

APLICAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS PELO STF: DADOS E CRÍTICAS

APPLICATION OF HUMAN RIGHTS INTERNATIONAL TREATIES BY STF: DATA AND REVIEWS

Nelson Camatta Moreira*
Leonardo Cunha Silva**

RESUMO

O presente estudo objetivou analisar o processo de implementação dos tratados internacionais de direitos humanos pelo Supremo Tribunal Federal entre os anos de 2001 e 2013. Utilizou-se do banco de jurisprudência disponibilizado no sítio eletrônico da Suprema Corte para levantar dados acerca das características comuns dos precedentes que invocaram esses tratados internacionais, meio pelo qual se observou que a utilização dos tratados internacionais dessa natureza nos precedentes da Corte tem aumentado progressivamente no decorrer dos últimos 13 anos, mas também tem se restringido, preponderantemente, à proteção dos direitos de primeira dimensão, em detrimento dos direitos sociais e econômicos. Nesse mesmo sentido, utilizou-se da discussão de filosofia política sobre o papel de uma corte constitucional para se compreender as causas desse fenômeno, o que resultou no reconhecimento da presença da crise hermenêutica, que impede a utilização de todo o potencial transformador dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição constitucional.

-
- ** Doutor em Direito (UNISINOS-RS), com estágio de pesquisa anual na Universidade de Coimbra, com bolsa de pesquisa CAPES. Mestre em Direito (UNISINOS-RS), com bolsa de pesquisa CAPES. Líder do Grupo de Pesquisa CNPQ “Hermenêutica Jurídica e Jurisdição Constitucional”, da FDV-ES. Professor da Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* (Doutorado e Mestrado) e da Graduação em Direito da FDV-ES. Email: nelsoncmoreira@hotmail.com.
- * Graduando em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Membro do Grupo de Pesquisa “Hermenêutica Jurídica e Jurisdição Constitucional”. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7047832324184278>. E-mail: leonardocunhasilva@hotmail.com.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 30, n. 2: 29-58, jul./dez. 2014

Palavras-chave: Tratados internacionais de direitos humanos; Aplicação; Supremo Tribunal Federal; Dados.

ABSTRACT

This paper aimed to analyze the enforcement process of human rights international treaties by the Federal Supreme Court from the years 2001 to 2013. The jurisprudence database was used which is available in the Federal Supreme Court's website in order to gather information on the common characteristics of previous subjects who called on these international treaties. It was possible to observe that the use of these human rights international treaties by the Federal Supreme Court has gradually increased throughout these 13 years. However, the performance has been preponderantly restricted to the protection of dimension individual rights over social and economical rights. In this way, political philosophy matters were discussed about the role of a Federal Court to comprehend the causes of this phenomenon which has caused the acknowledgment of a hermeneutics crisis. It prevents the usage of all the transforming potential of the human rights international treaties by the Constitutional authority.

Keywords: Human rights international treaties; Application; Federal Supreme Court; Brazil; Data.

INTRODUÇÃO

O século XX foi marcado por alterações profundas na Ciência do Direito. Em especial, após a Segunda Guerra Mundial, o discurso de autonomia radical entre direito, moral e política, assim como o de aplicação do Direito com base nos pressupostos da Ciência Moderna, cedeu espaço para a formação de um novo discurso, que reaproximou as esferas ética e jurídica.

De forma generalizada, o resgate ético do Direito é o retorno da aproximação entre Direito e justiça, que direciona a atuação legislativa, executiva e judiciária. Ao negar a autonomia do ordenamento jurídico e instituir um limite ético¹ ao conceito de Direito, assim como racionalizar as concepções do Estado de Direito de forma material (de acordo com seus valores sociais de preponderância), esse novo paradigma do Direito rompe com o positivismo cético e cria as bases para os Estados Democráticos no pós-guerra. Dessa forma, as

¹ Aqui tratado no sentido da fórmula da justiça de Gustav Radbruch, segundo a qual “quando nem sequer aspira realizar a justiça, quando na formulação do Direito positivo se deixa de lado conscientemente a igualdade, que constitui o núcleo da justiça, então não estamos só ante uma lei que estabelece um ‘Direito defeituoso’, e sim, melhor dizendo, o que ocorre é que estamos ante um caso de ausência de Direito” Cf. RADBRUCH, Gustav *apud* ALEXY, Robert. Una defensa de la fórmula de Radbruch. In: *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, n. 5, p. 75-96, 2001.

Aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pelo STF: dados e críticas

constituições do pós-guerra positivaram bens morais como justiça e bem comum de forma que se pudesse garantir a proteção dos cidadãos frente aos arbítrios das maiorias e do Estado, assegurar a concretização dos valores socialmente compartilhados e garantir um fortalecimento das estruturas de deliberação democrática.

Assim sendo, se, por um lado, os regimes totalitários europeus e as ditaduras latino-americanas chocaram o mundo por seu descaso com a dignidade humana, por outro, esses acontecimentos históricos permitiram a formação de uma consonância frente à necessidade de valorização da pessoa humana, base das Declarações de Direitos em âmbito internacional, que gerou um consenso valorativo outrora considerado impossível pelas doutrinas céticas.

Ilustra bem essa situação o caso ocorrido na Comissão da UNESCO sobre os direitos dos homens, em que “se admirava que se mostraram de acordo sobre a formulação de uma lista de direitos, paladinos de ideologias abertamente contrárias. ‘Em efeito, disseram eles, estamos de acordo no tocante a estes direitos, mas com a condição de que não nos perguntem o porquê’”².

Não em outro sentido, esse fenômeno de preocupação global com os direitos humanos, consubstanciados nos diversos Tratados Internacionais de Direitos Humanos assinados após 1945, foi transportado para as constituições nacionais, seja na forma da reprodução desses direitos³, seja pelo reconhecimento dessa interação dos valores compartilhados internamente com o sistema internacional de proteção da pessoa humana, marcado na Constituição brasileira pelo § 2º do art. 5º.

Contudo, no caso brasileiro, ao instituir os direitos à vida, à igualdade, à moralidade (e demais valores sociais), o texto constitucional cria uma realidade jurídica diferente daquela propagada e consolidada na cultura nacional no que se refere à interpretação do Direito, que se baseia na tradicional dogmática entendida a partir do formalismo, da neutralidade interpretativa e da obediência absoluta às leis⁴.

A partir da hipótese de que a aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos padece da mesma crise hermenêutica vista na aplicação dos direitos

² PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. La fundamentación de los derechos humanos. *Revista de Estudios Políticos*, n. 35, set./out., 1983.

³ Pode-se observar o grau de semelhança entre os direitos resguardados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos com os direitos fundamentais da Constituição de 1988, por exemplo, o *caput* do art. 5º, que representa uma consolidação dos arts. 7º, 3º e 17 da Declaração.

⁴ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006, p. 131-132.

fundamentais inseridos no texto constitucional⁵, a pesquisa que se segue tem como objetivo buscar responder a seguinte questão: como o STF tem aplicado os tratados internacionais de direitos humanos, que são reflexos do novo paradigma de resgate ético do Direito após a Segunda Guerra Mundial?

A CRISE DE PARADIGMAS NA MENTALIDADE JURÍDICA BRASILEIRA

A mentalidade tradicional do jurista brasileiro ainda guarda os aspectos das teorias normativas, para as quais os princípios internacionais incorporados no ordenamento estatal, por não terem um sentido unívoco, precisam ser traduzidos na forma de leis; caso contrário, são entendidos como não obrigatórios⁶. A partir desse pressuposto, Kelsen sustenta que

disposições constitucionais que convidam o legislador a se conformar à justiça, à equidade, à igualdade, à liberdade, à moralidade, etc. poderiam ser interpretadas como diretivas concernentes ao conteúdo das leis. Equivocadamente, é claro, porque só seria assim se a Constituição estabelecesse uma direção precisa, se ela própria indicasse um critério objetivo qualquer⁷.

Assim sendo, Kelsen defende que qualquer democracia que tiver um tribunal constitucional, deve, em sua Constituição, “abster-se desse gênero de fraseologia, e se quiser estabelecer princípios relativos ao conteúdo das leis, formulá-los da forma mais precisa possível”⁸. De forma que não se imagine que a Constituição queira, por ter empregado “uma palavra tão imprecisa e equívoca quanto a de justiça, ou qualquer outra semelhante, fazer que a sorte de qualquer lei votada pelo Parlamento dependesse da boa vontade de um colégio composto de uma maneira mais ou menos arbitrária do ponto de vista político”⁹ e gerasse um deslocamento de poder do Parlamento para uma esfera alheia ao Legislativo¹⁰.

A passagem de Kelsen é relevante para sua concepção de Direito. Sob um paradigma no qual apenas categorias transcendentais e objetivas são capazes de gerar conhecimento jurídico seguro, é importante que os textos normativos tenham poucas referências a valores plurívocos. Contudo, a crítica kelseniana aos princípios valorativos dos tratados internacionais demonstra a observação de um fenômeno jurídico novo, sob pressupostos antigos. Daí falar-se de uma “crise de

⁵ Acerca da crise hermenêutica *vide* STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011 e MOREIRA, Nelson Camatta. *Direitos e garantias constitucionais e tratados internacionais de direitos humanos*. Belo Horizonte, Fórum, 2012.

⁶ KELSEN, H. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 167-168.

⁷ KELSEN, op. cit., p. 169.

⁸ KELSEN, op. cit., p. 170.

⁹ KELSEN, op. cit., p. 169-170.

¹⁰ Idem.

Aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pelo STF: dados e críticas

paradigmas que obstaculiza a realização (o acontecer) da Constituição”¹¹.

Para solucionar o conflito de paradigmas entre aquele em que se funda os tratados internacionais de direitos humanos e aquele que impera na cultura jurídica nacional, é necessário que os juristas compreendam a nova ordem fundada pelo texto constitucional de 1988 e pelas declarações de direitos.

Nesse novo paradigma, o Poder Judiciário ganha destaque nas relações de poder que guiam a atuação estatal e a positivação dos direitos fundamentais está no “cerne do processo de redefinição das relações entre os três Poderes, ensejando a inclusão do Poder Judiciário no espaço da política”¹². Assim sendo,

o Poder Judiciário [é visto] como instituição estratégica nas democracias contemporâneas, não limitada às funções meramente declarativas do direito, impondo-se, entre os demais Poderes, como uma agência indutora de um efetivo *check and balances* e da garantia da autonomia individual e cidadã¹³.

Uma vez que o Poder Judiciário é o guardião dessa nova ordem jurídica, caberá a ele, em última instância, resguardar a ordem democrática expressa na Constituição. Somente assim pode-se pensar em um Estado Democrático no qual existe um tribunal constitucional que não se torna arbitrário frente à abertura moral dos textos normativos: a preponderância dos valores morais e o projeto social que guiam a atuação do tribunal constitucional já estão esculpidos no texto constitucional, atribuindo uma função política a tribunais dessa natureza, sem atribuir-lhes, no entanto, o poder de escolha, embora garanta o de concretização.

Para tanto, a partir do projeto político constitucional do Estado Democrático de Direito presente em determinado ordenamento jurídico, a atuação do tribunal constitucional passa a apresentar um caráter substancial, de relevante participação na esfera política.

O PAPEL POLÍTICO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO PARA A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A atuação substancial de uma corte constitucional baseia-se na ideia de que,

¹¹ Nesse sentido: “Questão delicada se impõe, então, ao aplicador da lei, ou seja, ao juiz, que, não obstante toda a complexidade atual, encontra-se ainda influenciado pelo pensamento exegético normativista que determina que ele se comporte da maneira classificada por François Ost como ‘jupiteriana’ no ordenamento jurídico”. Cf. MOREIRA, 2012, p. 79 e 144.

¹² VIANNA, Luiz Weneck *et al.* *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 22.

¹³ VIANNA *et al.*, *op. cit.*, p. 24.

ao se firmar como sociedade, os indivíduos assumem-reconhecem valores substanciais que conduzem à noção ideal de sociedade que desejam, formulando entendimentos sobre resultados justos e, por isso, acabam por tornar possível que o próprio tribunal constitucional garanta esses resultados. Assim, ao contrário das teses procedimentalistas cuja teoria tem como foco a legitimidade do Direito, as teorias substancialistas voltam-se aos elementos substanciais da justiça e do bem comum como guia para a atuação do tribunal constitucional¹⁴.

Nesse sentido, as discussões acerca da atuação substancialista do tribunal constitucional podem ser divididas, didaticamente, em duas correntes: aquela que defende a preponderância da tutela dos valores individuais; e outra que defende a dos valores sociais. De forma geral, os doutrinadores que defendem a primeira corrente acreditam que o Estado Democrático de Direito deve se ater na garantia das liberdades básicas e da igualdade de oportunidades aos cidadãos. Enquanto isso, os autores que defendem a segunda corrente entendem que as cortes constitucionais devem se utilizar dos instrumentos de jurisdição constitucional para concretizar as condições sociais dispostas no texto constitucional.

Entre os autores do substancialismo individualista está John Rawls, para quem a justiça como equidade é tida como substantiva, no sentido de que “se origina da tradição do pensamento liberal e pertence à comunidade mais ampla da cultura política das sociedades democráticas”¹⁵, em que, ao serem incorporados em uma Constituição, as liberdades fundamentais devem ser investigadas de forma histórica e compreendidas a partir do funcionamento das instituições democráticas em uma perspectiva cultural e social.

A relevância da cultura no estudo desses princípios não significa que as teorias de justiça padecem de um relativismo histórico-valorativo, mas que a adequação ao contexto social concreto não impede que também estejam de acordo com “princípios de direito e de justiça”¹⁶.

Portanto, apesar de as teorias e perspectivas construídas socialmente (de pretensão democrática) serem frutos da liberdade humana, elas esbarram na ideia de precisarem se mostrar como “politicamente razoáveis”¹⁷, ou seja, a concepção individualista concebida por Rawls, entende que “os princípios especificam determinados direitos, liberdades e oportunidades, conferindo-lhes certa prioridade sobre outras exigências, e prescrevem arranjos que capacitem a todos os

¹⁴ Acerca da justiça substancial como uma justiça de resultados e a justiça procedimental como uma justiça de procedimento, *vide* RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 499.

¹⁵ RAWLS, *op. cit.*, p. 512.

¹⁶ RAWLS, *op. cit.*, p. 491.

¹⁷ RAWLS, *op. cit.*, p. 447.

cidadãos a fazer uso importante e efetivo de suas liberdades”¹⁸.

Os pressupostos liberais também implicam uma preponderância da autonomia privada frente à pública, de forma que os valores individuais transcendem a esfera política. A “justiça como equidade [...] considera um equívoco subordinar o bem da sociedade civil àquele da vida pública”¹⁹. Da mesma forma, nega que algum procedimento equitativo tenha “valores que lhes sejam intrínsecos – por exemplo, um procedimento que exprima o valor de imparcialidade ao assegurar a todos igual oportunidade de defender sua posição”²⁰, de forma que a justiça do procedimento depende da capacidade dele de gerar resultados justos²¹.

Assim sendo, o substancialismo individualista tentará sanar os problemas gerados pelo paradigma normativista na análise da Constituição e dos tratados internacionais de direitos humanos (baixa normatividade dos textos e discricionariedade do julgadores) a partir da percepção do tribunal constitucional como um modelo institucional de “razão pública”, que é a característica do “povo democrático: é a razão de seus cidadãos, daqueles que compartilham do *status* da cidadania igual²², que tem por objeto “o bem público, aquilo que a concepção política de justiça requer da estrutura básica institucional da sociedade e os propósitos e fins a serviços dos quais tal estrutura deve se colocar”²³.

Assim, quando a Constituição institui as liberdades fundamentais, criam limites aquelas questões que envolvem os “elementos constitucionais essenciais”²⁴ e questões de justiça básica²⁵, de forma a “fixar um âmbito de liberdade imune a interferências externas indevidas”²⁶. Por isso, o tribunal constitucional deve-se utilizar dos “valores políticos da razão pública [que] fornecem à Corte as bases

¹⁸ RAWLS, op. cit., p. 159.

¹⁹ RAWLS, 2011, p. 498.

²⁰ RAWLS, op. cit., p. 499.

²¹ RAWLS, op. cit., p. 500.

²² RAWLS, op. cit., p. 250-251.

²³ Idem.

²⁴ Enquanto liberal, Rawls expressamente defende que questões de ordens econômicas e desigualdades sociais, apesar de importantes em relação a concepção de sociedade bem ordenada, não constituem um elemento constitucional essencial. Em suas palavras: “embora algum princípio de igualdade de oportunidades seja com certeza um elemento essencial desse tipo, tal como um princípio que exija liberdade equitativa de oportunidades (como a defini) vai além disso e não constitui um elemento essencial desse tipo. De maneira semelhante, embora um mínimo essencial que atenda às necessidades básicas de todos os cidadãos também seja um elemento essencial, aquilo que denominei ‘princípio de diferença’ exige muito mais do que isso e não constitui um elemento constitucional essencial”. Cf.: RAWLS, 2011, p. 270.

²⁵ RAWLS, 2011, p. 252.

²⁶ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000. p. 183.

da interpretação. Uma concepção política de justiça abarca as questões fundamentais tratadas pela lei mais alta e articula valores políticos com base nos quais essas questões podem ser decididas”²⁷. Dessa forma, permite-se que os textos constitucionais de conceituação difusa ganhem normatividade.

Nesse sentido, o tribunal constitucional “é somente o intérprete judicial de última instância da Constituição”²⁸, sem que o poder supremo lhe seja atribuído, assim como também não é dado ao Parlamento²⁹. Em consonância com a razão pública³⁰, o tribunal constitucional deve não apenas atuar defensivamente, mas também garantir o “modelo constitucional dessa razão”³¹, no sentido de que se pode utilizar do *judicial review*³² para reforçar a democracia, que ocorre com o reforço aos princípios da razão pública.

Assim, “o tribunal não é antimajoritário em relação à lei mais elevada quando suas decisões estão razoavelmente de acordo com a própria constituição, com as emendas que recebeu e com as interpretações feitas sobre ela que tenham sido politicamente determinadas”³³. Quem diz o que é a Constituição, portanto, não é o tribunal constitucional, mas o que o “povo, agindo constitucionalmente por meio dos outros poderes, por fim permitirá à Corte dizer o que é. Uma interpretação da Constituição pode impor-se à Corte por meio de emendas ou por uma maioria política ampla e duradoura”³⁴.

36

O dever de análise tanto da produção legislativa atual quanto da concepção pública de justiça exige do tribunal constitucional uma interpretação construtivista da Constituição e dos tratados internacionais de direitos humanos. A

²⁷ RAWLS, 2011, p. 277.

²⁸ RAWLS, 2011, p. 274.

²⁹ RAWLS, op. cit., p. 274.

³⁰ Destacando-se que os valores políticos da razão pública “não são [...] frutos de procedimentos majoritários, mas, ao contrário, são subscritos pelo conjunto dos membros da sociedade e, neste sentido, devem estar inscritos na Constituição”. Cf. CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000, p. 184.

³¹ RAWLS, 2011, p. 278.

³² “O controle jurisdicional, generalizado hoje em dia, denominado judicial review nos Estados Unidos da América do Norte, é a faculdade que as constituições outorgam ao Poder Judiciário de declarar a inconstitucionalidade de lei e de outros atos do Poder Público que contrariem, formal ou materialmente, preceitos ou princípios constitucionais” Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 49.

³³ RAWLS, 2011, p. 276.

³⁴ Neste ponto, cabe ressaltar o processo de tensão que se torna natural segundo essa concepção entre as maiorias e o tribunal constitucional, de forma que “em meio a qualquer grande mudança constitucional, quer seja legítima ou não, a Suprema Corte está fadada a ser o centro da controvérsia. Não é raro que seu papel obrigue a discussão política a transcorrer com base em princípios, de modo que a questão constitucional seja tratada em conformidade com os valores políticos da justiça e da razão pública”. Cf. RAWLS, 2011, p. 281 e 283.

Aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pelo STF: dados e críticas

inserção dos valores políticos na interpretação constitucional por parte do tribunal impede que a presença de termos vagos resulte na discricionariedade do julgador, ou que esses termos sejam tratados como normas sem conteúdo semântico específico, mas tornem-se princípios jurídicos deontológicos, “que decorrem da justiça e da equidade e que fixam limites ao poder governamental”³⁵.

Essa limitação encontra-se na produção do Direito pelo Legislativo, na administração pelo Executivo e na interpretação judicial do Judiciário. Assim, nos casos em que o tribunal constitucional é chamado a resolver questões acerca das liberdades básicas, há também o limite de integridade com a história institucional do tribunal e da sociedade em que atua³⁶.

Em suma, o substancialismo individualista encontra a resposta para os problemas de normatividade e discricionariedade, trazidos pela teoria normativista, com base no entendimento de que os direitos fundamentais constituem princípios que têm tanta força cogente quanto qualquer outra norma que tenha um conteúdo de aplicação mais definido. Da mesma maneira, transforma a história institucional do Direito e o dever de respeito aos valores políticos em limites à atuação do tribunal constitucional.

Contudo, as correntes substancialistas de caráter comunitário têm a “ideia de Constituição como um conjunto de valores compartilhados por determinada comunidade política, cabendo ao intérprete revelar à sociedade o seu existir comunitário”³⁷. Sendo assim, a atuação do tribunal constitucional precisa “estar orientada ou pela salvaguarda dos valores forjados pelo povo nos momentos decisivos de sua história constitucional ou pela adoção de medidas que representem a renovação da sua identidade política”³⁸.

Com isso, quer-se dizer que os termos difusos e abertos dos textos constitucionais contemporâneos representam a incorporação de valores sociais³⁹, que nem sempre estão submetidos a uma racionalidade comum, como querem os liberais, e nem geram uma prevalência necessária às liberdades. A atuação da corte constitucional precisa reconhecer o particularismo das identidades comunitárias e culturais e garantir a eficácia dos legítimos processos deliberativos democráticos nos quais se traduz o direito de autodeterminação cidadã⁴⁰.

³⁵ CITTADINO, 2000, p. 191.

³⁶ CITTADINO, 2000, p. 191-192.

³⁷ MOREIRA, 2012, p. 79.

³⁸ CITTADINO, 2000, p. 203.

³⁹ “O fundamento ético do ordenamento jurídico se revela, precisamente, no momento em que a Constituição apresenta, no seu corpo normativo, um sistema de valores. Por conseguinte, a aplicação das suas normas, por via interpretativa, se torna uma realização de valores” Cf. CITTADINO, 2000, p. 46.

⁴⁰ CITTADINO, 2000, p. 203.

Quando se fala em identidades culturais, trata-se de defender que a atuação do tribunal constitucional, principalmente naqueles países multiculturais, não deve significar uma posição de neutralidade, mas de empenho na busca pela preservação das identidades culturais. Por isso, nesses casos de multiculturalismo, defender o *judicial review* seria permitir o sacrifício dessas comunidades⁴¹. Não obstante, o *judicial review* pode ser “legítimo na medida em que preserva as decisões provenientes da autoridade de um povo mobilizado, capaz de soberanamente deliberar e instituir as normas e princípios que regulam as suas próprias relações”⁴².

Portanto, os valores sociais introduzidos nos textos constitucionais e nos tratados internacionais de direitos humanos devem ser interpretados a partir do entrelaçamento dos textos com o momento histórico concreto da sociedade, gerando uma leitura axiológica da Constituição que permita a concretização desses direitos⁴³. Essa perspectiva atribui ao texto constitucional um caráter “dirigente-valorativo-principiológico”⁴⁴, para o qual a incompatibilidade dos textos gerais e abstratos e das normas individuais e concretas podem ser resolvidos “pelo trabalho criativo do juiz, que se coloca ‘no lugar do legislador – o que implica que tenha de recorrer a considerações substantivas”⁴⁵.

Ao fazer isso, o Poder Judiciário torna-se uma opção na concretização dos anseios constitucionais, e o tribunal constitucional passa a ganhar relevo político, tendo em vista que o direito adquire uma dimensão transformadora⁴⁶. A atuação do tribunal constitucional, portanto, passa a ser a de concretizar “um

⁴¹ CITTADINO, op. cit., p. 195-196.

⁴² CITTADINO, 2000, p. 199.

⁴³ Nesse sentido: “o reconhecimento dos valores (comunitários) materializados na Constituição, no momento da interpretação, [...] requer uma leitura axiológica do Texto Constitucional no sentido sugerido, por exemplo, nos moldes que prevê o Tribunal Constitucional Federal, na Alemanha, que estabeleceu o ‘princípio da ação recíproca’, no qual cada elemento isolado da ordem jurídica pode, no seu todo e de acordo com o contexto, ser interpretado de modo diferente, a partir da compreensão da ‘ordem axiológica da lei constitucional’. Cf. MOREIRA, 2012, p. 152.

⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 148.

⁴⁵ STRECK, 2004, op. cit., p. 152.

⁴⁶ Para explicitar melhor a característica transformadora que o Direito e a atividade da jurisdição desempenham no Estado Democrático de Direito pela perspectiva comunitária: “o advento do Estado Democrático de Direito representa um salto e um *plus* (normativo) sobre o modelo anterior de Estado-Intervencionista [...]. Trata-se, enfim, de entender que o Estado Democrático de Direito exsurge de uma nova pactuação, com as especificidades próprias de cada país. Nesse contexto, a noção de Estado Democrático de Direito aparece como superador da noção de Estado Social. Ou seja, a noção de Estado Social dependia de mecanismos implementadores, razão pela qual o Direito apareceu (nos textos constitucionais) com a sua face transformadora” Cf. STRECK, 2004, p. 167.

‘ piso democrático ’ na avaliação das medidas de bem-estar e educacionais propostas pelos governantes⁴⁷. Como consequência, o substancialismo comunitário permitirá que o tribunal constitucional assuma uma atitude ativa no campo das políticas públicas para se alcançar os fins sociais que anseiam os direitos fundamentais, nos casos em que o Legislativo e o Executivo falharem⁴⁸.

Atribuída essa normatividade aos valores sociais incorporados no texto constitucional, o hermeneuta está vinculado ao sentido dos valores do existir comunitário, não cabendo falar de discricionariedade política uma vez que “ as condições de possibilidades para que o intérprete possa compreender um texto implicam (sempre e inexoravelmente) a existência de uma pré-compreensão (seus pré-juízos) acerca da totalidade (que a sua linguagem lhe possibilita) do sistema jurídico-político-social⁴⁹ ”.

Uma vez compreendido os pressupostos da teoria substancialista, que pode assumir uma dimensão individualista ou comunitária, percebe-se que a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil atribuem cada vez mais ao ordenamento jurídico pátrio um caráter substancialista de cunho comunitário, seja pelos objetivos do art. 3º do texto constitucional, seja pela ampliação dos remédios constitucionais (mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, etc.).

A Constituição, como demonstra Gisele Cittadino, “ não se definiu como um ordenamento valorativo neutro, pois está comprometida com determinados valores comunitários⁵⁰ ”, assim como “ não há dúvidas de que a função de guardião da Constituição remete necessariamente ao caráter político que assume o Supremo Tribunal Federal no novo texto constitucional⁵¹ ”. Da mesma forma, os tratados internacionais de direitos humanos confirmam os pressupostos de um ordenamento que, ao privilegiar “ o valor da dignidade da pessoa humana, bem como o valor dos direitos constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, confer[em] suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro⁵² ”.

Nesse sentido, parece sensato entender que os tratados internacionais de direitos humanos são imprescindíveis na atual função que precisa desempenhar o Supremo Tribunal Federal, seja para fazer concretizar os valores sociais também exigidos pelo texto constitucional, seja para garantir uma sociedade de cidadãos livres e com iguais oportunidades. O arcabouço teórico de filosofia política

⁴⁷ STRECK, 2004, p. 175.

⁴⁸ STRECK, op. cit., p. 186.

⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 2. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008. p. 297.

⁵⁰ CITTADINO, 2000, p. 62.

⁵¹ CITTADINO, op. cit., p. 62.

⁵² PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 33.

contemporânea disponível na comunidade jurídica construiu soluções para resolver os problemas da baixa normatividade dos direitos fundamentais e da possível discricionariedade que seu uso poderia gerar no tribunal constitucional. Contudo, ainda existe no Brasil muita resistência da corte constitucional em aplicá-los, razão pela qual se fala de uma “baixa compreensão dos direitos fundamentais”⁵³.

Nesse contexto, os pré-juízos que formam o “campo jurídico brasileiro” ainda são aqueles anteriores ao fenômeno de resgate ético do direito, fazendo a corte constitucional e os demais juristas relegarem os direitos fundamentais a um plano secundário, ignorando sua observação enquanto princípios e valores sociais e normativos⁵⁴. No outro lado desse mesmo fenômeno, está a utilização dos direitos fundamentais como meros “álibis teóricos para suplantar problemas metodológicos oriundos da ‘insuficiência’ das regras”⁵⁵, ou seja, como ornamentos retóricos para uma pseudojustificação das decisões arbitrariamente postas.

A análise jurisprudencial dos precedentes do Supremo Tribunal Federal que invocaram os tratados internacionais de direitos humanos permitiu a construção de um perfil na atuação da Corte Constitucional brasileira ao utilizar esses documentos, como será demonstrado a seguir.

40 ANÁLISE DA APLICAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Os dados que serão apresentados são frutos de pesquisa jurisprudencial realizada no mês de julho de 2014 no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal⁵⁶ para entender como têm sido utilizados os tratados internacionais de direitos humanos nas decisões da corte constitucional brasileira.

Metodologicamente, a pesquisa foi feita por palavras-chave que consistiram nos títulos dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, listados na obra da Flávia Piovesan⁵⁷. Os títulos utilizados como palavras-chave e seus respectivos termos de busca foram os seguintes:

TÍTULO DO TRATADO	PALAVRA-CHAVE
Carta das Nações (CN)	“carta adj2 das adj2 nações”

⁵³ MOREIRA, 2012, p. 115.

⁵⁴ MOREIRA, 2012, p. 116.

⁵⁵ STRECK, 2011, p. 114.

⁵⁶ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>.

⁵⁷ Vide PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 168.

Aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pelo STF: dados e críticas

Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)	“declaração adj2 universal adj3 direitos adj2 humanos”
Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos (PIDCP)	“pacto adj2 internacional adj3 direitos adj2 civis adj3 políticos”
Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)	“pacto adj2 internacional adj3 direitos adj2 econômicos adj2 sociais adj3 culturais”
Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (CPRCG)	“convenção adj4 prevenção adj4 repressão adj2 crime adj2 genocídio”
Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (CTTPCDD)	“convenção adj4 tortura adj4 tratamentos adj6 degradantes”
Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (CEDM)	“convenção adj4 eliminação adj7 discriminação adj4 mulher”
Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (PFCEDM)	“protocolo adj4 convenção adj4 eliminação adj7 discriminação adj4 mulher”
Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (CEDR)	“convenção adj4 eliminação adj7 discriminação adj2 racial”
Convenção sobre os Direitos da Criança (CDC)	“convenção adj4 direitos adj3 criança”
Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica (CADH)	“convenção adj2 americana adj3 direitos adj2 humanos” e “pacto adj3 são adj2 José adj3 costa adj2 rica”
Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PSS)	“protocolo adj3 são adj2 salvador”
Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (CIPTT)	“convenção adj2 interamericana adj7 tortura”
Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará (CBP)	“convenção adj2 interamericana adj12 mulher” e “convenção adj3 belém adj3 Pará”

Durante os testes para averiguação da qualidade dos termos de busca, foram observados alguns aspectos importantes do sistema de pesquisa de jurisprudência do sítio eletrônico do STF que se mostraram essenciais para a pesquisa jurisprudencial.

Como pode ser observado, foi necessária a utilização do operador de pesquisa “adjx”, que busca palavras-chave com base na proximidade dos termos que a compõem e na mesma ordem em que se encontram na expressão de busca, em que “x” representa a distância máxima que deve haver entre um termo e outro. Isso porque, conforme testado na pesquisa, a utilização dos títulos dos tratados sem esse operador gerava resultados falsos. Por exemplo, ao se utilizar a expressão de busca “carta das nações”, sem o operador “adjx”, obtiveram-se 11 precedentes como resultado de pesquisa. Entre eles, o *Habeas Corpus* 82.424, conhecido como Caso Ellwanger. A ementa desse precedente contém os termos “carta”,

“das” e “nações” em trechos distintos, mas em nenhum momento faz referência a “Carta das Nações”. Por conseguinte, ao se empregar a expressão de busca “carta adj2 das adj2 nações”, obtiveram-se quatro resultados, todos com referência à Carta.

Assim, convencionou-se utilizar o referido operador de busca para garantir resultados mais confiáveis sob a lógica de que as casas que compõem o valor de “x” deveriam sempre ser um algarismo superior à posição que o termo ocupa no título do tratado em relação ao termo anterior, para evitar a omissão de resultados em decorrência de vírgulas ou erros na indexação das emendas.

Outro ponto é o caso dos tratados cujos títulos se compõem de muitos termos. O sistema de busca do sítio eletrônico do STF não consegue racionalizar buscas com expressões muito extensas e muitos operadores. Por isso, no caso do “Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher”, por exemplo, foi necessário reduzir a expressão de busca para “protocolo adj4 convenção adj4 eliminação adj7 discriminação adj4 mulher”.

Por motivo parecido, foi necessário atribuir ao “Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais” a expressão de busca “protocolo adj3 são adj2 salvador”, com a peculiaridade de, nesse caso, a expressão a partir do título informal conseguir um conjunto maior de resultados de acórdãos (ADPF 101/DF e AP 470/MG) enquanto expressões reduzidas do título formal resultavam em apenas um precedente (ADPF 101/DF).

Ademais, é necessário tratar do caso da “Convenção Americana de Direitos Humanos”. Em decorrência de inúmeras decisões monocráticas do Ministro Carlos Velloso conterem apenas a menção ao nome informal do tratado, foi necessário utilizar a expressão “pacto adj3 são adj2 josé adj3 costa adj2 rica”. Contudo, no caso dos acórdãos, foi percebido que o sistema de indexação das ementas nem sempre adicionava o nome informal da Convenção, motivo pelo qual o número de resultados com base no título informal era 146 e, com base no, formal era 177, razão por que também foi necessária a utilização da expressão de busca “convenção adj2 americana adj3 direitos adj2 humanos”.

Semelhante a isso, a “Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher” precisou ser buscada por duas expressões tendo em vista que as decisões monocráticas privilegiavam o nome informal.

Por conseguinte, cabe registrar que os resultados extraídos a partir das decisões monocráticas podem não representar o conjunto total de decisões que mencionaram algum desses tratados uma vez que a base do sítio eletrônico do STF contém apenas decisões selecionadas, conforme informado no próprio sítio.

Assim, a partir dos resultados encontrados, foram extraídos os dados de

Aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pelo STF: dados e críticas

cada um dos precedentes. Para isso, fez-se uso de um formulário desenvolvido em programa informático de edição de planilhas. Esse formulário alimentou um banco de dados com as seguintes informações: palavra-chave utilizada; natureza do resultado (acórdão, decisão monocrática ou repercussão geral); tipo de ação processual (AgR, RE, etc.); número; estado de origem; relator; relator para acórdão; data de julgamento (dissecado em dia, mês e ano); órgão julgador; assunto 1; assunto 2; dimensão de direito preponderantemente tutelado (primeira, segunda ou terceira); e outras observações.

Ilustração 1 – Formulário de pesquisa

Palavra-chave usada:	
Natureza do resultado:	
Tipo de ação processual:	
Número:	
Estado de origem:	
Relator(a):	
Relator(a) para acórdão:	
Dia de julgamento:	
Mês de julgamento:	
Ano de julgamento:	
Órgão julgador:	
Assunto 1:	
Assunto 2:	
Dimensões de direitos prep.:	<input checked="" type="radio"/> Cíveis e políticos <input type="radio"/> Sociais <input type="radio"/> Difusos
Observações:	

Salvar

Limpar

A informação quanto a “assunto 1” e “assunto 2” representou a busca por enquadrar os precedentes por tema tendo em vista que o primeiro buscou enquadrá-lo no acontecimento fático que ensejou a ação e o segundo tratou do direito tutelado. Esses dados foram utilizados como informações de auxílio para, por exemplo, orientar a classificação da dimensão de direitos fundamentais preponderantemente tutelada, que visou classificar os precedentes tendo como critério se se tratava de direitos civis e políticos, direitos sociais ou direitos difusos.

Uma vez completo o banco de dados, pôde-se gerar tabelas a partir de diversos filtros que permitiram a observação de alguns comportamentos na aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pelo STF entre os anos de 2001 e 2013.

Menção aos tratados internacionais de direitos humanos

No período entre 2001 e 2013, o Supremo Tribunal Federal mencionou pelo menos um dos tratados internacionais de direitos humanos (TIDH) listados 940 vezes, divididos por tratado da seguinte maneira:

Tabela 1 – Menções aos TIDH

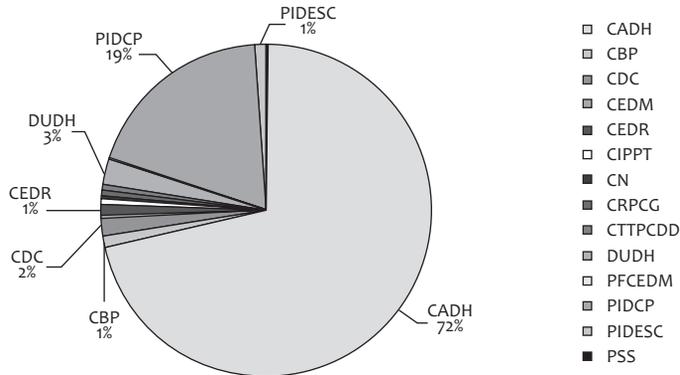
TRATADO INTERNACIONAL	NÚMERO DE MENÇÕES
CADH	675
CBP	11
CDC	20
CEDR	6
CEDM	2
CIPPT	4
CN	4
CRPCG	1
CTTPCDD	4
DUDH	27
PFCEDM	1
PIDCP	176
PIDESC	8
PSS	1
TOTAL GERAL	940

Fonte: STF/Pesquisa de jurisprudência.

Observa-se uma grande diferença no número de menções em relação ao tratado buscado. A CADH representa a maior parte das menções, alcançando a marca de 72% de representatividade do total dos resultados. O segundo tratado mais mencionado é o PIDCP, com 19% das menções, seguido pela DUDH (3%), CDC (2%), CEDR e CBP (1%). Os demais somados representam 1% do total.

Gráfico 1 – Menções aos TIDH – porcentagem

Aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pelo STF: dados e críticas



Fonte: STF/Pesquisa de jurisprudência.

Essa concentração de menções na CADH pode ser explicada pelo grau de relevância desse documento para o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. A CADH foi assinada em 1969 e entrou em vigor em 1978, sendo que o Brasil só veio a aprová-la em 1992, com o Decreto Legislativo n. 27, e a promulgá-la pelo Decreto n. 678, em novembro do mesmo ano. Contudo, surpreende a DUDH apresentar tão baixa representativa do total frente à sua importância não apenas no âmbito regional, mas também no âmbito global do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Da mesma forma, esse destaque para a CADH também pode ser explicado pela grande quantidade de precedentes que trataram do tema da prisão civil por dívida do depositário infiel de 2001 a 2013. Foram identificados 278 precedentes entre acórdãos e decisões monocráticas que versaram sobre o tema, o que representa pelo menos 29% dos 940 resultados obtidos. No entanto, como se pode ver, a grande menção à CADH é influenciada por múltiplos fatores.

Tabela 2 – Menções aos TIDH por natureza do precedente

TRATADO INTERNACIONAL	ACÓRDÃO	DECISÃO MONOCRÁTICA	REPERCUSSÃO GERAL	TOTAL GERAL
CADH	177	496	2	675
CBP	4	7		11
CDC	5	15		20
CEDC	1	5		6
CEDM	2			2
CIPPT	3	1		4
CN	4			4
CRPCG	1			1
CTTPCDD	3	1		4
DUDH	12	15		27
PFCEDM	1			1
PIDCP	55	121		176
PIDESC	5	3		8
PSS	1			1
Total geral	274	664	2	940

46

Fonte: STF/Pesquisa de jurisprudência.

Enquanto isso, ao se analisar as 940 menções do STF sob o filtro da natureza do resultado obtido, observa-se que a maior quantidade desses resultados refere-se a decisões monocráticas, seguida pelo resultado de acórdãos e, por fim, com a presença de duas repercussões gerais. A ordem entre os tratados mais mencionados permanece, tanto em relação aos acórdãos quanto em relação às decisões monocráticas. Apesar disso, percebe-se uma leve desconcentração das menções quanto aos acórdãos em relação à CADH, que representam 64% dos acórdãos, e uma ligeira ampliação da concentração no PIDCP que representa 20% dos resultados objetivos, redução e ampliação estas se vistas ambas tendo como referência os resultados obtidos a partir da análise sem o filtro de 'natureza do resultado'.

Número de precedentes que mencionaram tratados internacionais e sua variação no tempo

Considerando que várias vezes um mesmo caso pode ensejar a referência a mais de um tratado internacional objeto da pesquisa, fez-se necessário, a fim de se inferir outros dados, eliminar os resultados das menções que pertenciam ao

Aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pelo STF: dados e críticas

mesmo precedente. Para tanto, utilizou-se do recurso de editor de planilhas “remover duplicadas” tendo como referência resultados que fossem idênticos nos quesitos: natureza do resultado; tipo de ação processual; número; estado de origem; relator; relator para acórdão; data de julgamento e órgão julgador.

Dessa depuração sobraram 781 resultados que, distribuídos em relação à natureza do julgamento, formaram a seguinte tabela:

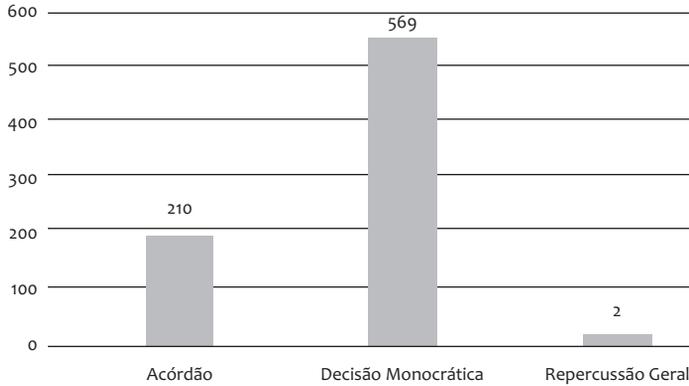
Tabela 3 – Número de decisões – por natureza do precedente

NATUREZA DO JULGAMENTO	NÚMERO DE DECISÕES
Acórdão	210
Decisão monocrática	569
Repercussão geral	2
Total geral	781

Fonte: STF/Pesquisa de jurisprudência.

A redução representou uma quantia de quase 17% dos resultados obtidos em relação à menção, o que demonstra que na maior parte dos casos, 66,1% deles, o Supremo Tribunal Federal fez menção a apenas um tratado internacional de direitos de humanos. Graficamente, o resultado pode ser observado da seguinte forma:

Gráfico 2 – Total de precedentes que mencionaram pelo menos um TIDH



Fonte: STF/Pesquisa de jurisprudência.

Quando se condicionam esses resultados ao filtro temporal, ou seja, são analisados a partir da data em que ocorreram os julgamentos, consegue-se ter a noção de como os tratados internacionais têm sido historicamente utilizados pelo Tribunal Constitucional brasileiro. Quando se submeteram os resultados ao critério do ano do julgamento, chegou-se aos seguintes dados:

48

Tabela 4 – Total de precedentes em relação ao ano de julgamento

RÓTULOS DE LINHA	ACÓRDÃO	DECISÃO MONOCRÁTICA	REPERCUSSÃO GERAL	TOTAL GERAL
2001	5	22		27
2002	8	40		48
2003	7	41		48
2004	5	21		26
2005	11	33		44
2006	14	17		31
2007	24	20		44
2008	36	50	1	87
2009	30	62		92
2010	18	69		87
2011	16	54		70
2012	18	55	1	74
2013	18	85		103
Total geral	210	569	2	781

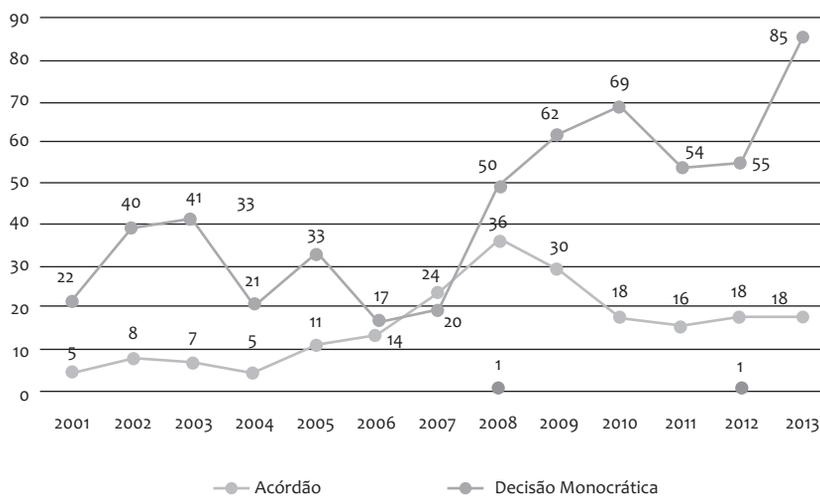
Fonte: STF/Pesquisa de jurisprudência.

Aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pelo STF: dados e críticas

A Tabela demonstra claramente uma mudança substancial no número de acórdãos que mencionaram pelo menos um tratado internacional entre os anos de 2004 e 2005, que até esse marco não chegavam a 10 precedentes e após ele não voltou a atingir patamar menor que 11 resultados. Esses resultados, por óbvio, afetaram o histórico da relação geral de precedentes em seu todo, gerando um fenômeno semelhante quando observados os números gerais, que saltaram de 26, em 2004, para 44, em 2005.

Graficamente, pode-se confirmar que houve aumentos no número de precedentes nesses períodos, mas também pode-se observar que não se trata do aumento mais significativo entre 2001 e 2013. No caso dos acórdãos, é possível inferir que a mais substancial elevação no número de precedentes ocorreu entre 2007 e 2008 e representou o fim de um contínuo aumento do número de decisões iniciado em 2004. No mesmo sentido, as decisões monocráticas acompanharam o radical aumento dos acórdãos no ano de 2007 para 2008, mas, ao contrário dos acórdãos, não parou de aumentar nos anos seguintes, apesar de se observar uma desaceleração da taxa de aumento.

Gráfico 3 – Linha histórica dos precedentes que mencionaram pelo menos um TIDH entre os anos de 2001 e 2013



Fonte: STF/Pesquisa de jurisprudência.

O Gráfico também demonstra que o ano de 2007 foi o único desde 2001 em que o número de decisões monocráticas é menor que o de acórdãos. Cabe relembrar que a base de dados do sítio eletrônico do STF, quanto a decisões monocráticas, tem precedentes selecionados. Concernentemente aos acórdãos, observa-se que os anos entre 2006 e 2009 foram os que mais mencionaram

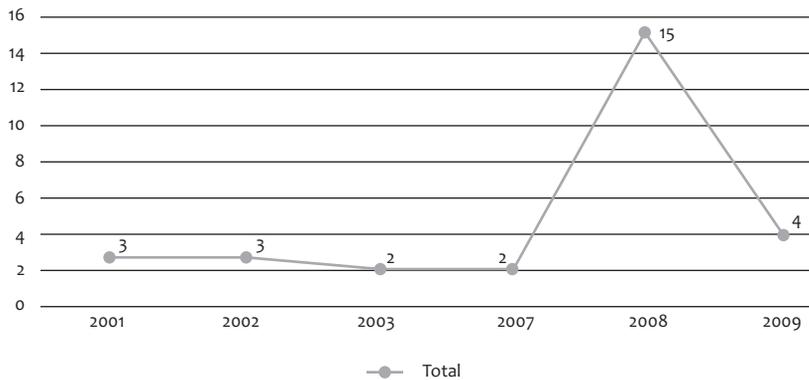
tratados internacionais e que, desde de 2010, tem-se mantido uma moda de 18 resultados. Desse modo, apesar de variações específicas entre acórdãos e decisões monocráticas, a linha de tendência dos últimos 13 anos tem sido de aumento.

Ainda sobre o Gráfico, observa-se que a primeira menção, entre 2001 e 2013, a um tratado internacional de direitos humanos em um precedente de repercussão geral ocorreu em 2008, exatamente o mesmo ano que marca o ápice dos precedentes com natureza de acórdãos, assim como marca o súbito aumento do número de decisões monocráticas. Ao analisar no banco de dados sobre qual tema tratava esse precedente, percebe-se que se refere ao RE 562051/MT, que reconheceu a repercussão geral do tema acerca da (im) possibilidade de prisão civil do depositário infiel, cujo mérito da questão foi julgado no RE 466343.

Para entender melhor os efeitos desse tema no histórico de julgamentos do Supremo Tribunal Federal em relação aos tratados internacionais, utilizou-se o filtro temático da pesquisa, selecionando apenas precedentes que haviam sido identificados como se tratando do caso da prisão do depositário infiel, o que gerou os seguintes resultados:

50

Gráfico 4 – Linha histórica dos acórdãos sobre a prisão civil do depositário infiel entre 2001 e 2013



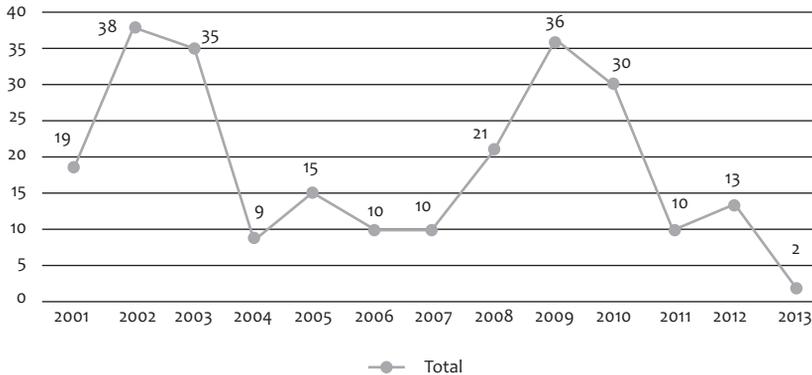
Fonte: STF/Pesquisa de jurisprudência.

O Gráfico 4 demonstra que 2008, por um lado, foi o ano em que mais se julgou de forma colegiada a questão do depositário infiel. Por outro, também mostra que foi um período excepcional, tendo em vista que o tema era tratado pelo menos desde 2001, mas nunca havia superado a marca de mais de três decisões. Outro dado importante é que 2009 marca o último ano em que um tratado internacional de direito humano é mencionado em um caso de depósito infiel

Aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pelo STF: dados e críticas

cuja natureza é de acórdão.

Gráfico 5 – Linha histórica das decisões monocráticas sobre a prisão civil do depositário infiel entre 2001 e 2013



Fonte: STF/Pesquisa de jurisprudência.

Em se tratando das decisões monocráticas, observa-se que em 2009 houve um grande número de dessas decisões sobre o tema. O julgamento da decisão monocrática ajuda a entender esse fenômeno, tendo em vista que com ele o STF pode criar filtros para as demandas sobre o tema. Da mesma forma, explica o súbito aumento das decisões monocráticas sobre o assunto, que foram decrescendo nos anos seguintes.

Ainda quanto à diminuição, percebe-se que o tema da prisão do depositário infiel influenciou consideravelmente o histórico de aplicação dos tratados internacionais pelo STF, mas não consegue explicar o aumento no número de decisões monocráticas em 2009 e 2010.

Por fim, cabe ressaltar que a comparação dos gráficos específicos sobre o tema com aquele referente aos resultados gerais demonstra que até 2008 o tema tinha um impacto relevante em relação aos casos nos quais o STF mencionou pelo menos um tratado internacional listado, a ponto das duas linhas do Gráfico 3 seguirem tendências semelhantes, o que vem se perdendo depois daquele ano.

Número de precedentes que mencionaram tratados internacionais e sua variação em relação ao tipo de ação processual e a dimensão de direito tutelada

A análise dos precedentes quanto ao tempo apresentou um pequeno, mas contínuo, aumento da menção dos tratados internacionais de direitos humanos da jurisdição constitucional brasileira desde 2001. Isso implica um maior uso

desses diplomas internacionais na composição de lides e na resolução de impasses jurídicos. Para se aprofundar a análise de como os tratados internacionais de direitos humanos têm sido utilizados, levantaram-se as informações acerca da natureza jurídica de cada um dos precedentes coletados, cujos resultados estão exibidos na Tabela 5.

Tabela 5 – Precedentes que mencionaram pelo menos um TIDH por tipo de ação processual

TIPO DE AÇÃO	ACÓRDÃO	DECISÃO MONOCRÁTICA	REPERCUSSÃO GERAL	TOTAL GERAL
AC		2		2
ACO		3		3
ADC	3	1		4
ADI	5	1		6
ADPF	8			8
AI	8	67		75
AO		2		2
AP	6	5		11
ARE		21		21
EXT	8	2		10
HC	129	260		389
INQ	7			7
MI	4	1		5
MS	1	9		10
PET	1			1
RCL	2	26		28
RE	21	162	2	185
RHC	7	7		14
Total Geral	210	569	2	781

Fonte: STF/Pesquisa de jurisprudência.

Assim, infere-se que o *Habeas Corpus* lidera o ranking como a ação processual na qual mais se mencionaram tratados internacionais de direitos humanos, seguido pelo Recurso Extraordinário e pelo Agravo de Instrumento. Isso demonstra que os tratados internacionais são mais utilizados nas crises relaciona-

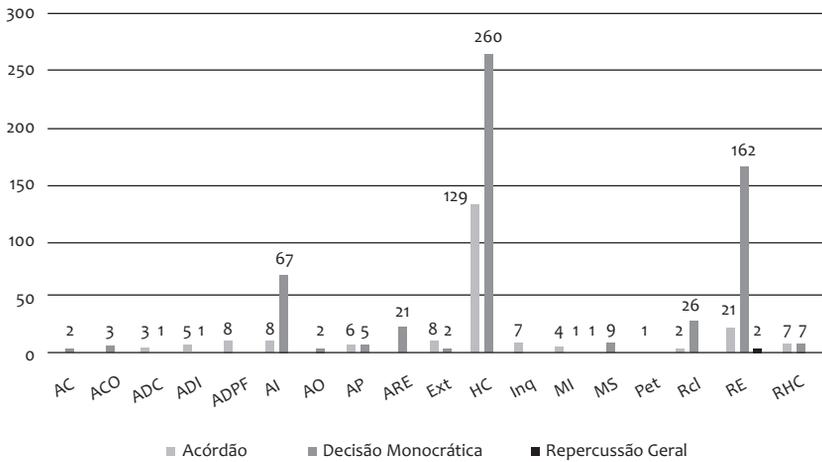
Aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pelo STF: dados e críticas

das às condutas em geral, e não ao controle de constitucionalidade e convencionalidade do Direito.

Nesse sentido, ao se somarem os números de precedentes que representam aqueles instrumentos processuais que atuam no controle concentrado de constitucionalidade (ADI, ADO, ADC e ADPF), chega-se à quantia de 18 resultados, o que representa 2% do total de precedentes encontrados. No mesmo sentido, observa-se que não foi encontrada nenhuma ADO em que se tenha mencionado pelo menos um tratado internacional de direitos humanos.

Estatísticas produzidas pelo próprio STF demonstram que o número de ADI em tramitação na Corte Constitucional supera a soma de 3.000 processos, o número de ADPF é acima de 200, o de ADC é 25 e o de ADO é de 14⁵⁸. Cabe falar, portanto, de uma baixa participação dos tratados internacionais na atuação de *judicial review* da corte constitucional brasileira.

Gráfico 6 – Número de precedentes que mencionaram pelo menos um TIDH por tipo processual de ação



Fonte: STF/Pesquisa de jurisprudência.

Da mesma forma, observa-se que o uso de tratados internacionais em dispositivos como o mandado de injunção é pequeno. O mandado de injunção,

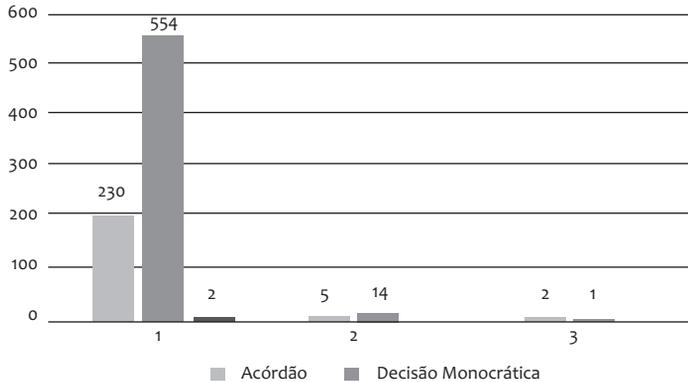
⁵⁸ Dados conseguidos no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Estatísticas do STF*. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.as?servico=estatistica&pagina=acervoinicio> Acesso em: 11 ago. 2014.

enquanto remédio constitucional tipicamente brasileiro, visa sanar a “mora legislativa” em regulamentar os direitos já reconhecidos pelo ordenamento constitucional⁵⁹, principalmente em se tratando daquelas matérias que demandam um planejamento financeiro-administrativo do Estado, como os direitos sociais e difusos.

Nesse contexto, torna-se propícia a análise dos precedentes do STF por meio do critério da dimensão de direitos fundamentais preponderantemente tutelada. Quando se fala em dimensão de direito, utiliza-se a tradicional classificação em direitos civis e políticos – que se referem às liberdades públicas de autonomia da vida privada e às liberdades políticas de participação do indivíduo que acabam por se opor ao Estado –; direitos sociais – que se baseiam na ideia de prestações que visam atender as necessidades coletivas de uma comunidade, como educação e saúde –; e os direitos difusos – como os direitos do consumidor e do meio ambiente, que demandam uma efetiva atuação dos cidadãos e têm a coletividade como titular⁶⁰.

Ao se classificarem os precedentes por esses critérios de análise, chegou-se às seguintes conclusões:

Gráfico 7 – Decisões que mencionaram pelo menos um TIDH por dimensão de direito tutelado



Fonte: STF/Pesquisa de jurisprudência.

Como pode ser observado, a grande parte das menções a tratados internacionais pelo STF se ocupa da busca pela tutela de direitos individuais, o que coaduna com o fato de a principal ação constitucional que menciona tratados internacionais ser o *Habeas Corpus*, assim como auxilia a entender por que a

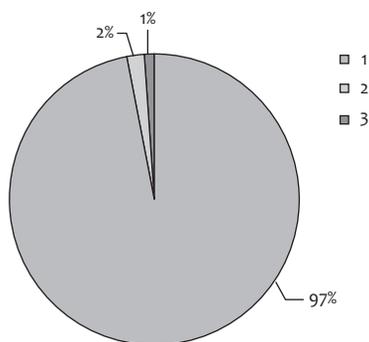
⁵⁹ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 880.

⁶⁰ Vide TAVARES, 2006, p. 410-414.

Aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pelo STF: dados e críticas

CADH e o PIDSC são os tratados internacionais mais mencionados pelo STF. Nesta pesquisa, observou-se que do total de precedentes, 97% se referem aos direitos de primeira dimensão. Os direitos sociais ocuparam quantidade bem menor, de 2%, e os difusos alcançaram 1%.

Gráfico 8 – Preponderância de dimensão de direito tutelado em precedentes



Fonte: STF/Pesquisa de jurisprudência.

REFLEXÕES FINAIS: A BAIXA UTILIZAÇÃO DO POTENCIAL TRANSFORMADOR DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

55

Em 1988, o então presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Ulysses Guimarães, iniciou o discurso de promulgação da Carta Constitucional da seguinte forma: “A Constituição mudou na sua elaboração, mudou na definição dos poderes, mudou restaurando a Federação, mudou quando quer mudar o homem em cidadão, e só é cidadão quem recebe justo e suficiente salário, lê e escreve, mora, tem hospital e remédio, lazer quando descansa”⁶¹.

O discurso do parlamentar representa os anseios constitucionais que fundaram a República em 1988 e demonstra como condições materiais mínimas são necessárias para a construção da cidadania. Nesse sentido, observa-se a grande responsabilidade do STF, em garantir que essa ordem constitucional seja cumprida, ao ser instituído como guardião da Constituição.

Para somar aos valores advindos da Assembleia Nacional Constituinte, o poder originário brasileiro decidiu abrir o texto constitucional aos princípios internacionais de proteção da pessoa humana e se inseriu em um contexto de interação entre o ordenamento jurídico interno e internacional, formando um

⁶¹ GUIMARÃES, Ulysses. Discurso do deputado Ulysses Guimarães, presidente da assembleia nacional constituinte, em 05 de outubro de 1988, por ocasião da promulgação da constituição federal. *Revista GV*, São Paulo, n. 8. p. 595-602, jul./dez., 2008. p. 595.

verdadeiro “sistema integrado de defesa dos direitos humanos”⁶².

No entanto, a realização desse projeto de integração e a concretização do projeto constitucional de 1988 dependem do reconhecimento, por parte do Poder Judiciário e, em especial, do Supremo Tribunal Federal, da nova função que o Estado Democrático de Direito o incumbiu: a de garantir o *plus* normativo dos direitos fundamentais⁶³.

As informações observadas a partir da análise do perfil de utilização dos tratados internacionais de direitos humanos pela Supremo Tribunal Federal demonstram um discreto, mas contínuo, aumento na utilização desses diplomas normativos na jurisdição constitucional brasileira. Com base nos resultados, também pôde-se observar que os tratados internacionais têm sido utilizados, predominantemente, na proteção dos direitos civis e políticos e, em especial, do direito de liberdade de locomoção.

Por mais que a utilização desses tratados em prol dos direitos individuais represente um salto qualitativo na prestação judicial do Poder Judiciário, não representa uma substancial mudança no paradigma normativista presente na cultura jurídica nacional. Isso porque a prevalência da utilização dos tratados internacionais em ações do tipo *Habeas Corpus* e Recurso Extraordinário retrata a continuidade da lógica liberal-individualista-normativista, em que a proteção dos direitos fundamentais passa apenas pela proteção dos direitos individuais concebidos pontualmente frente aos arbítrios estatais.

Assim, não se pode falar (por enquanto) nem mesmo da presença de um substancialismo individualista na utilização dos tratados internacionais de direitos humanos, já que este supera o normativismo para entender o tribunal constitucional como verdadeiro agente político capaz de reafirmar a razão pública e os princípios de justiça e Direito. Portanto, é imprescindível para o substancialismo individualista que a jurisdição constitucional atue de forma ativa com base de *judicial review* para garantir as liberdades básicas, o que não se observa na utilização dos tratados internacionais de direitos humanos. Ainda está presente uma lógica de mera proteção de indivíduo, de forma individualmente concebida, e não de teoria política razoável capaz de guiar a República para a concretização dos princípios de uma sociedade de cidadãos livres e com iguais oportunidades.

De maneira ainda mais visível, observa-se o distanciamento da jurisdição constitucional brasileira com o substancialismo comunitário. A atuação da corte constitucional, no que se refere aos tratados internacionais acerca de direitos

⁶² Cf. TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, v. 1.

⁶³ STRECK, 2004, p. 167.

Aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pelo STF: dados e críticas

sociais e econômicos, é mínima e mostra-se “incapaz de lidar com a realidade [...] a partir da explicitação de um novo projeto (comunitário) de Estado”⁶⁴.

Os direitos sociais presentes na Constituição fazem mais do que gerar uma espécie de ‘direitos subjetivos de titularidade coletiva’. Como dito por Ulysses Guimarães, os direitos sociais são imprescindíveis para inserção de uma gama de marginalizados na sociedade brasileira e para a concretização da cidadania. Por conta disso, os tratados internacionais referentes a direitos econômicos e sociais precisam ser reconhecidos como instrumentos para a realização substantiva do projeto constitucional-dirigente.

Observa-se, portanto, um quadro em que a implementação dos tratados internacionais de direitos humanos torna-se um “exemplo privilegiado da patente crise hermenêutica no Brasil”⁶⁵ e o potencial transformador desses diplomas internacionais vê-se limitado pela lógica liberal-normativista, que impede a concretização do Estado Democrático de Direito enquanto paradigma cuja Constituição não apenas explicita o contrato social, mas “constitui-a-ção do Estado”⁶⁶.

Por fim, cabe ressaltar a corresponsabilidade dos demais juristas nessa crise hermenêutica. Especialmente a advocacia e a promotoria têm o importante papel de impulsionar a mudança paradigmática que a Constituição de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos podem promover. Quando levam ao Poder Judiciário as obrigações que a República toma, em âmbito internacional, para com seus cidadãos, advogados e promotores fazem mais do que apenas garantir interesses privados ou sociais, também instigam o judiciário a rever suas pré-compreensões e a responsabilidade que tem para com a Constituição.

57

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Una defensa de la fórmula de Radbruch. *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, n. 5, p. 75-96, 2001

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Estatísticas do STF*. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=acervoinicio> Acesso em: 11 ago. 2014.

GUIMARÃES, Ulysses. Discurso do deputado Ulysses Guimarães, presidente da assembleia nacional constituinte, em 05 de outubro de 1988, por ocasião da promulgação da constituição federal. *Revista GV*, São Paulo, n. 8. p. 595-602, jul./dez., 2008.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000.

⁶⁴ MOREIRA, 2012, p. 182.

⁶⁵ MOREIRA, 2012, p. 115.

⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 146.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 30, n. 2: 29-58, jul./dez. 2014

- KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- MOREIRA, Nelson Camatta. *Direitos e garantias constitucionais e tratados internacionais de direitos humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. La fundamentación de los derechos humanos. *Revista de Estudios Políticos*, n. 35, set./out., 1983.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 2. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, v. 1.
- VIANNA, Luiz Weneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

Data de recebimento: 28/8/2014

Data de aprovação: 10/3/2015