



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS – PUC  
MESTRADO EM DIREITO, RELAÇÕES INTERNACIONAIS E DESENVOLVIMENTO

ONOFRE ROSA ALEXANDRE

**APLICABILIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS  
HUMANOS NO BRASIL: REFLEXOS NA ÁREA TRIBUTÁRIA**

GOIÂNIA  
2013

ONOFRE ROSA ALEXANDRE

**APLICABILIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS  
HUMANOS NO BRASIL: REFLEXOS NA ÁREA TRIBUTÁRIA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu de Mestrado em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento da Pontifícia Universidade Católica de Goiás, como exigência parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento, sob a orientação do Professor Doutor José Antônio Tietzmann e Silva.

GOIÂNIA  
2013

Dados Internacionais de Catalogação da Publicação (CIP)  
(Sistema de Bibliotecas PUC Goiás)

Alexandre, Onofre Rosa.

A381a Aplicabilidade dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil [manuscrito] : reflexos na área tributária / Onofre Rosa Alexandre. – 2013.

174 f. ; il. ; 30 cm.

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Programa de Mestrado em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento, 2013.

“Orientador: Prof. Dr. José Antônio Tietzmann e Silva”.

1. Tratados. 2. Direitos humanos. 3. Impostos. I. Título.

CDU 341.24(043)

ONOFRE ROSA ALEXANDRE

**APLICABILIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL: REFLEXOS NA ÁREA TRIBUTÁRIA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu de Mestrado em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento da Pontifícia Universidade Católica de Goiás, como exigência parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento, sob a orientação do Professor Doutor José Antônio Tietzmann e Silva.

Banca Examinadora

Nota para a Dissertação

---

Professor-orientador

---

Professor-membro

---

Professor-membro

---

Professor-membro

---

Professor-membro

## RESUMO

Esta dissertação trata dos reflexos, na área tributária, da aplicabilidade no direito brasileiro dos tratados internacionais de direitos humanos. Tal aplicabilidade decorre da abertura da ordem jurídica nacional, pela Constituição de 1988, ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, possibilitando a incorporação daqueles tratados ao direito interno, como fonte normativa para a proteção dos referidos direitos. Quanto ao impacto jurídico de tais tratados no direito interno, apresenta-se, para as situações de conflitos normativos, a eficácia do método dialógico de solução de antinomias, norteado pelo princípio hermenêutico internacional *pro homine*. E em razão da superioridade hierárquica atribuída às normas internacionais de direitos humanos, demonstra-se que elas se afiguram como limites verticais materiais à produção normativa estatal, sendo possível o controle de convencionalidade da legislação doméstica em face de tais tratados internacionais. A partir das referidas constatações, estuda-se a aplicabilidade dos tratados internacionais de direitos humanos na área tributária, sendo examinadas específicas violações dos direitos humanos pelo atual modelo de tributação, em matérias relacionadas com as técnicas de concretização do princípio da capacidade contributiva; a não concessão de benefícios tributários por discriminação decorrente de posição econômica; o desrespeito ao direito de não-autoincriminação; o desrespeito ao princípio do *non bis in idem*. Conclui-se, ao final, que a aplicação dos tratados de direitos humanos à matéria tributária exsurge como fundamento imprescindível e inafastável a ser invocado, pelo contribuinte e pelo aplicador do direito, frente às violações de tais direitos pelo sistema de tributação vigente; além de contribuir para que o direito tributário se converta em instrumento minimizador das desigualdades sociais e propulsor do desenvolvimento dos povos.

**Palavras chaves:** Tratados Internacionais. Direitos Humanos. Tributação.

## ABSTRACT

This dissertation deals with the reflections in the tax area, the applicability in Brazilian law of international human rights treaties. Such applicability stems from the opening of the national legal system, by Constitution of 1988, the international system of human rights protection, enabling the incorporation of those treaties into domestic law, as normative source for the protection of those rights. As regards the legal impact of such treaties in domestic law, presents to the situations of normative conflict, the effectiveness of the dialogical method of solution of antinomies, guided by hermeneutical principle international *pro homine*. And because of the hierarchical superiority attributed to international treaties of human rights, demonstrates that they appear as vertical limits to production materials normative state, and possible control of conventionality of domestic legislation in the face of such international treaties. From these findings, we study the applicability of international human rights treaties in tax being examined specific violations of human rights by the current taxation model in matters relating to the technical implementation of the principle of ability to pay, not granting tax benefits for discrimination arising from economic position; disrespect the right not to self-incrimination; disrespect to the principle of *non bis in idem*. It was concluded in the end that the application of the Human Rights Treaties to tax matters arises as indispensable foundation and essential to be invoked by the taxpayer and by applying the law, concerning the violations of such rights by the system of taxation in force, in addition to contribute to the tax law becomes an instrument for minimizing social inequalities and trigger development of peoples.

**Keywords:** International Treaties. Human Rights. Taxation.

## LISTA DE TABELAS

<b>Tabela 1:</b> Tratados, comitês respectivos e siglas. (ALVES, 2010, 122).....	154
<b>Tabela 2:</b> Síntese dos direitos expressos nos tratados de direitos humanos em epígrafe (ALVES, 2010, p. 123-124) .....	155

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>CAPÍTULO I - MARCOS HISTÓRICOS DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS .....</b>	<b>22</b>
1.1 O Processo de Formação do Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos .....	22
1.1.1 A declaração universal dos direitos do homem .....	26
1.1.2 Os pactos de Nova York de 1966.....	31
1.1.3 A convenção americana de direitos humanos ou pacto de São José da Costa Rica.....	37
1.1.4 A conferência mundial sobre direitos humanos de Viena de 1993.....	44
1.2 O Brasil e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos .....	47
<b>CAPÍTULO II - A APLICABILIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO DIREITO INTERNO .....</b>	<b>49</b>
2.1 A Integração dos Tratados Internacionais ao Direito Interno.....	49
2.2 A Incorporação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos ao Direito Brasileiro .....	56
2.3 A Hierarquia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Direito Interno .....	59
2.4 O Posicionamento do Supremo Tribunal Federal Quanto à Hierarquia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.....	63
2.5 Críticas ao Entendimento da Suprema Corte: Posicionamento Defendido Quanto à Hierarquia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.....	68
2.6 O Impacto Jurídico dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Direito Interno.....	76
2.6.1 A solução das antinomias normativas entre o direito internacional e o direito interno.....	69
2.6.2 O respeito aos tratados internacionais de direitos humanos e o controle de convencionalidade das leis.....	86

<b>CAPÍTULO III - REFLEXOS DOS PRINCIPAIS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO .....</b>	<b>95</b>
3.1 A Aplicabilidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos em Matéria Tributária .....	95
3.2 Revisitando o Princípio da Capacidade Contributiva à Luz dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.....	98
3.2.1 Delimitação conceitual de capacidade contributiva .....	98
3.2.2 Regressividade: característica da tributação praticada no Brasil .....	101
3.2.3 A capacidade contributiva e a proporcionalidade .....	105
3.2.4 A capacidade contributiva como um direito humano protegido pelos tratados internacionais de direitos humanos .....	106
3.3 A Denúncia Espontânea de Infração Seguida do Pagamento Parcelado do Tributo à Luz dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos .....	114
3.3.1 O Instituto da Denúncia Espontânea de Infrações Tributárias .....	114
3.3.2 A Autodenúncia Seguida do Pagamento Parcelado do Tributo.....	119
3.3.3 A incidência dos tratados internacionais de direitos humanos sobre a denúncia espontânea seguida de parcelamento do tributo .....	123
3.3.3.1 A Possibilidade de o Contribuinte Invocar, por Discriminação em Virtude de Posição Econômica, a Incidência dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.....	124
3.3.3.2 Posição do Pacto de São José e dos Demais Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Direito Positivo Brasileiro .....	127
3.3.3.3 Possibilidade de se Recorrer ao Poder Judiciário para Obtenção do Direito à Exclusão da Multa de Mora Mesmo no Caso de Pagamento Parcelado do Tributo Autodenunciado .....	128
3.4 O Direito à Não-Autoincriminação Frente as Declarações e Informações Tributárias, Exigidas pela Administração Fazendária, sob o Impacto dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.....	129
3.4.1 O Direito à Não-Autoincriminação na Constituição Brasileira.....	129
3.4.1.1 Breve Síntese do Entendimento Doutrinário .....	129
3.4.1.2 O Entendimento Jurisprudencial .....	130
3.4.2 A Não-Autoincriminação no Direito Tributário .....	133
3.4.2.1 O Princípio da Legalidade e a Obrigação do Fisco de Provar o Fato Típico .....	135

3.4.2.2 Dever de Colaboração do Contribuinte .....	136
3.4.2.3 Necessidade de Ponderação entre o Direito à Não-Autoincriminação, o Dever de Colaboração e o Princípio da Proporcionalidade .....	137
3.4.3 Os tratados internacionais de direitos humanos como fonte do direito à não-autoincriminação .....	140
3.4.4 A influência dos tratados internacionais de direitos humanos no direito à não-autoincriminação .....	142
3.5 A Garantia do Princípio do <i>Non Bis In Idem</i> Tributário e a Exigência de Multa de Ofício Qualificada, Frente aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos ...	144
3.5.1 A colocação da questão .....	144
3.5.2 A natureza específica das multas fiscais .....	144
3.5.3 Impossibilidade da persecução penal concomitante com o lançamento de multa de ofício qualificada, frente ao princípio do <i>non bis in idem</i> .....	146
3.5.4 O princípio do <i>non bis in idem</i> que irradia dos tratados internacionais de direitos humanos como proteção contra a persecução penal concomitante com o lançamento de multa de ofício qualificada .....	151
3.6 Relações Entre as Normas dos Tratados de Direitos Humanos da ONU e o Direito Tributário e a Política Fiscal de Estados que os Ratificaram .....	152
3.6.1 Tributação e direitos sociais .....	157
3.6.1.1 Normas Tributárias, Política Fiscal e a Questão da Pobreza .....	157
3.6.1.2 Tributação, Regulamentação de Mercadorias e Serviços e Direitos Sociais .....	157
3.6.1.3 Normas Tributárias, Política Fiscal e a Questão do Trabalho .....	157
3.6.1.4 Incentivos Fiscais e Habitação .....	158
3.6.1.5 Incentivos Fiscais e Educação .....	159
3.6.1.6 Arrecadação e Destinação da Arrecadação .....	159
3.6.2 Tributação e Grupos Vulneráveis .....	160
3.6.2.1 Questões de Gênero .....	160
3.6.2.2 Outros Grupos Vulneráveis .....	161
3.6.3 Compatibilidade das interpretações com o direito brasileiro .....	162
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>163</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>169</b>

## INTRODUÇÃO

Dentre as inúmeras alterações sofridas pelo Direito na chamada pós-modernidade, decorrentes da nova ordem internacional instalada ao final da Segunda Guerra Mundial, adquirem singular relevância as transformações provocadas nas instituições jurídicas, pela asserção do tema “direitos humanos” na ordem do dia das relações interestatais.

Nesse sentido o entendimento de Mazzuoli (2010, p. 19-20):

Um dos fatos seguramente mais marcantes do final do século XX foi a expansão do tema *direitos humanos* na agenda internacional, seja ela dos Estados e seus respectivos Ministérios de Relações Exteriores, seja das organizações internacionais de caráter global.

[...]

Os direitos humanos tornaram-se, para falar como Erik Jayme, o novo *Leitmotiv* a conduzir a cultura jurídica contemporânea.

De fato, proliferaram no pós-Segunda Guerra inúmeros instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, em razão do comum receio de repetição das monstruosidades do Holocausto e, quiçá, do próprio extermínio da humanidade, formando-se um verdadeiro sistema internacional de proteção dos direitos humanos, em que todos os instrumentos integram-se em uma aplicação coordenada e complementar, norteadas pelo princípio hermenêutico internacional *pro homine*.

Essa pluralidade de fontes normativas, que caracterizou marcadamente o novo Estado Constitucional e Humanista de Direito, teve reflexos na Constituição Brasileira de 1988, que consagrou, de forma inédita, a abertura da ordem jurídica pátria a esse sistema internacional de proteção, incorporando inequivocamente ao direito interno os tratados internacionais de direitos humanos, na medida em que admitiu uma dupla fonte normativa para a proteção de tais direitos, uma proveniente do direito interno e outra do direito internacional.

Todavia, em que pese a força normativa com que as normas de direitos humanos integram o direito brasileiro, os referidos tratados internacionais de direitos humanos são pouco ou nada estudados pelos cursos jurídicos, tampouco mereceram análise jurisprudencial mais acurada, pelas mais diversas instâncias judicantes do país.

De fato, da observação do cenário jurídico nacional, especialmente em nível doutrinário, constata-se uma unânime inquietação, na medida em que o extraordinário desenvolvimento e expansão por que vem passando o tema dos direitos humanos na era pós-moderna, não tem encontrado a devida ressonância quanto à sua aplicabilidade no atual contexto jurídico brasileiro, especialmente na área tributária, ainda mais carente de estudos quanto à incidência dos tratados internacionais de direitos humanos na espécie.

E tal matéria se reveste de particular relevância na presente conjuntura jurídica pátria, face à ratificação pelo Brasil dos principais tratados internacionais relacionados aos direitos humanos, marcando um novo momento para o direito público brasileiro, por permitir a efetiva aplicação interna desses tratados, especialmente no regime jurídico tributário nacional, abrindo novas possibilidades de intervenção do Direito sobre a realidade social.

Dentro do quadro apresentado, destina-se o presente trabalho a contribuir para a supressão de uma verdadeira lacuna na doutrina jurídica pátria especializada, no que se refere à aplicabilidade dos tratados internacionais de direitos humanos ao sistema jurídico tributário nacional, identificando-se os pontos de aproximação entre o sistema de proteção internacional dos direitos humanos e o direito tributário brasileiro, bem como os possíveis caminhos jurídico-legais que conduzam à concretização das prescrições daqueles tratados.

Atento a tais desideratos, a problemática relacionada com o tema em estudo circunscreve-se, especialmente, aos seguintes pontos: a) as alterações sofridas pelo Direito na chamada pós-modernidade são decorrência, sobretudo, da nova ordem internacional que se instalou ao final da Segunda Guerra Mundial, revolucionando as instituições jurídicas, notadamente após a asserção do tema “direitos humanos” na pauta e na ordem do dia das relações interestatais. Quais as principais características do Direito pós-moderno, no concernente ao tema dos direitos humanos?; b) quanto à aplicabilidade dos tratados internacionais de direitos humanos no direito interno, qual o impacto jurídico desses tratados que integralizados ao ordenamento interno, quer possuam ou não equivalência de emendas constitucionais?; c) no que tange às relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno, como resolver os casos de antinomias normativas entre esses dois sistemas jurídicos?; d) quais metodologias são apontadas como forma de superação do princípio da supremacia da Constituição

pela supremacia da norma mais favorável (princípio *pro homine*)?; e) considerando-se o *status* legal, supralegal, constitucional ou supraconstitucional das normas de direitos humanos, quais efeitos podem decorrer desses possíveis níveis hierárquicos no direito brasileiro?; f) dadas as dificuldades para alteração da legislação brasileira, quais os possíveis caminhos para a implementação concreta dos direitos humanos na área tributária?; g) é possível sustentar que em uma área tão técnica como a tributação há espaço para discussões humanistas?; h) a ordem constitucional brasileira fez uma clara opção por um Estado com muitos encargos, sobretudo positivos, na promoção dos Direitos Humanos — e, em especial, na erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais e regionais. Na forma como estruturado, o sistema tributário nacional busca atingir aqueles ideais?

O método de abordagem a ser adotado será o hipotético-dedutivo, assim, das hipóteses formuladas como prováveis respostas ao problema, a pesquisa procurará conexões entre o material coletado e a ocorrência de fenômenos abrangidos pelas hipóteses básicas e secundárias, sempre pelo processo da interferência dedutiva.

A investigação será realizada mediante pesquisa bibliográfica, a partir de referências teóricas já publicadas, pela análise de entendimentos jurisprudenciais, bem assim pela realização de pesquisas junto aos organismos especializados internacionais e via internet. Será empreendido o estudo dogmático-jurídico e o analítico-sintético do material normativo, doutrinário e jurisprudencial relativo ao tema.

Para tanto, proceder-se-á à análise, no Capítulo I deste trabalho, do processo de formação do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, sendo abordados os marcos históricos da proteção internacional de tais direitos.

O Capítulo II da presente dissertação será dedicado ao exame dessa integração, ao direito interno, dos tratados internacionais, enfatizando-se os especificamente relacionados à tutela dos direitos humanos, sendo ainda examinados os desdobramentos dessa incorporação e o nível hierárquico dos tratados internalizados ao direito brasileiro. Neste ponto, será ainda demonstrado que, ao ratificarem tais tratados, os Estados-partes contraem a obrigação de cumprir, por seus poderes constituídos, os compromissos assumidos. Nesse sentido esclarece Trindade (2002, p. 650):

Estas obrigações gerais, a serem devidamente cumpridas, implicam naturalmente o concurso de todos os poderes do Estado, de todos os seus órgãos e agentes. [...] As obrigações convencionais de proteção vinculam os *Estados-Partes*, e não só seus Governos. Ao Poder Executivo incumbe tomar todas as medidas – administrativas e outras – a seu alcance para dar fiel cumprimento àquelas obrigações. A responsabilidade internacional pelas violações dos direitos humanos sobrevive aos Governos, e se transfere a Governos sucessivos, precisamente por se tratar de responsabilidade *do Estado*. Ao Poder Legislativo incumbe tomar todas as medidas dentro de seu âmbito de competência, seja para regulamentar os tratados de direitos humanos de modo a dar-lhes eficácia no plano do direito interno, seja para harmonizar este último com o disposto naqueles tratados. E ao Poder Judiciário incumbe aplicar efetivamente as normas de tais tratados no plano interno, e assegurar que sejam respeitadas. Isto significa que o Judiciário nacional tem o dever de prover recursos internos eficazes contra violações tanto dos direitos consignados na Constituição como dos direitos consagrados nos tratados de direitos humanos que vinculam o país em questão, ainda mais quando a própria Constituição nacional assim expressamente o determina. O descumprimento das normas convencionais engaja de imediato a responsabilidade internacional do Estado, por ato ou omissão, seja do Poder Executivo, seja do Legislativo, seja do Judiciário.

Ressalte-se que a questão da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao direito interno tem sido alvo de amplo debate pelos intérpretes e aplicadores do Direito, cumprindo, no Capítulo II deste trabalho, o enfrentamento do tema à luz da evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, sendo, bem assim, apresentado o posicionamento defendido neste trabalho, no sentido da hierarquia materialmente constitucional de todos os tratados internacionais de direitos humanos.

De outro lado, cabe salientar que, hodiernamente, no atual Estado Constitucional e Humanista de Direito, a comunicação entre a arquitetura internacional de proteção dos direitos humanos e o direito interno foi intensificada em razão da inserção das denominadas “cláusulas de diálogo” nos próprios instrumentos internacionais de proteção, – que intercomunicam a ordem jurídica internacional com a ordem jurídica interna –, apresentando-se no presente estudo a eficácia do método dialógico de solução de antinomias, que tem como norte o princípio hermenêutico internacional *pro homine*. Nessa linha, o pensamento de Mazzuoli (2010, p. 19-20):

Contudo, se é certo que o tema dos direitos humanos constitui a *meta* ou o *Leitmotiv* da sociedade internacional e da cultura jurídica contemporâneas, não é menos certo que a sua implementação prática, pelos diversos Estados que ratificam seus instrumentos de proteção, ainda carece de maior efetividade, notadamente no que tange às soluções das antinomias que decorrem das incompatibilidades da ordem jurídica interna com os

mandamentos convencionais (tanto do sistema global, como dos sistemas regionais) de que o Estado é parte.

Outrossim, a partir do mencionado *status* hierárquico constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro, serão examinados os limites materiais à produção normativa estatal, consubstanciados na Constituição e nos tratados internacionais, sendo, para a hipótese de descumprimento de tais limites, analisado o instituto do controle jurisdicional de convencionalidade das leis, como eficiente e concreto instrumento de tutela dos direitos humanos violados.

A partir das análises acima referidas, no Capítulo III deste trabalho será demonstrada a integral aplicabilidade, na seara tributária, dos tratados internacionais de direitos humanos, comprovando-se que tais instrumentos de proteção podem e devem ser estendidos ao campo da tributação, constituindo-se em verdadeiras fontes jurídicas do direito tributário.

Tal aplicabilidade, passível de ser explorada a partir de diferentes vertentes (e. g. a tributação como forma de concretude daqueles direitos, as limitações ao poder de tributar, a observância do princípio da capacidade contributiva, a prevenção de discriminações, a efetivação dos direitos dos contribuintes etc), será sempre devida como instrumento de tutela dos direitos humanos.

Isso porque a tributação pode se apresentar – e comumente o faz – como limitadora do exercício dos direitos humanos, restringindo-os ou mesmo eliminando-os, seja em busca de efeitos extrafiscais, seja por intuits meramente arrecadatários. Destarte, para tais hipóteses, avulta-se a aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos à matéria tributária como um último caminho (*ultima ratio*), uma imprescindível ferramenta de defesa (administrativa e judicial) do cidadão-contribuinte contra a violação dos seus direitos humanos.

Em razão do exposto, serão examinados no Capítulo III deste trabalho, os reflexos da incidência dos tratados internacionais de direitos humanos, especificamente sobre os institutos da capacidade contributiva; da denúncia espontânea de infração seguida do pagamento parcelado do tributo; do direito à não-autoincriminação frente às declarações e informações tributárias exigidas pela administração fazendária; da garantia do princípio do *non bis in idem* tributário perante a exigência de multa de ofício qualificada; e, por fim, de relatos sobre a

aplicabilidade dos tratados internacionais de direitos humanos na área tributária, constantes de registros junto a órgãos da Organização das Nações Unidas – ONU.

Não se trata, todavia, de um exame meramente analítico, mas, sobretudo, crítico, que evidencia a premente necessidade de compatibilização do modelo de tributação vigente – que, em muitos pontos, afronta os direitos humanos sob os auspícios da lei – com os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, evidenciando-se o papel do aplicador do direito no restabelecimento, com fundamento nos tratados internacionais de direitos humanos, do respeito aos direitos humanos violados pelos próprios poderes constituídos do Estado.

Ao final, a partir da centralidade que o tema dos direitos humanos deve assumir também no direito tributário, serão evidenciados alguns mecanismos concretos aptos a comprovar o quanto os tratados internacionais de direitos humanos podem contribuir para que o direito tributário, muito além de simples mecanismo arrecadatório, se converta em instrumento minimizador das desigualdades sociais e propulsor do desenvolvimento dos povos.

Como referenciais teóricos do presente estudo, serão utilizadas, nos Capítulos I e II deste trabalho, as doutrinas, concernentes aos direitos humanos, de Valério de Oliveira Mazzuoli, Antônio Augusto Cançado Trindade, Flávia Piovesan e Fábio Konder Comparato; acrescidas, no Capítulo III, dos entendimentos doutrinários de Ricardo Lobo Torres, Hugo de Brito Machado, Sacha Calmon Navarro Coelho e Micaela Domingues Dutra, relacionados à seara tributária.

Assim, à vista das ideias defendidas pelas citadas doutrinas humanistas demonstrar-se-á que a partir da Constituição de 1988, passou-se a vivenciar uma intensificação e conjugação do direito internacional e do direito interno, do que resultou um fortalecimento do sistema internacional de proteção dos direitos fundamentais, dotado de “uma principiologia e lógica próprias, fundadas no princípio da primazia dos direitos humanos. Testemunha-se o processo de internacionalização do direito Constitucional somado ao processo de constitucionalização do Direito Internacional” (PIOVESAN, 2013b, p. 76).

Outrossim, encontra-se superada a discussão quanto à força imperativa dos tratados internacionais, que obriga os Estados signatários e seus cidadãos. Os questionamentos, hodiernamente, cingem-se a saber, primeiro, se sua aplicabilidade/vigência se dá, no plano interno, de modo automático ou se a adoção

de certas formalidades é necessária; e segundo, na hipótese de confronto entre o direito interno e o internacional, qual sistema normativo deverá prevalecer.

Na análise da forma como os tratados internacionais se integram à legislação do Estado, surgem duas teorias: a monista e a dualista. De acordo com a teoria monista, o direito interno e o direito internacional compõem uma mesma e única ordem jurídica, tratando-se de dois ramos de um mesmo sistema jurídico. Por isto mesmo, o ato de ratificação por si só gera efeitos no plano interno e internacional, bastando a ratificação para que se dê sua vigência interna. Neste sentido (MAZZUOLI, 2011a, p. 81):

Em outras palavras, uma norma internacional quando aceita por um Estado (v.g., quando este *ratifica* um tratado) já tem aptidão para ser aplicada no plano do seu Direito interno, sem a necessidade de ser 'transformada' em norma interna (por ato posterior de um dos poderes constituídos, v.g., o Poder Legislativo).

Na teoria dualista, o direito interno e o direito internacional constituem-se em dois sistemas distintos e independentes. Assim, o sistema internacional não obriga os indivíduos enquanto suas normas não sejam transformadas em direito interno. Para os dualistas,

a norma internacional só pode ser aplicada no âmbito interno a partir do momento em que é transformada em norma jurídica interna, ou seja, existe a necessidade de uma formalidade de ato interno para que se possa falar em obrigatoriedade e executoriedade no território nacional (SIQUEIRA JR, 2003, p. 15).

Em se tratando de tratados comuns, não há na Constituição nenhum dispositivo que enfrente a questão da relação entre o direito internacional e o direito interno, não havendo menção expressa à corrente monista ou dualista. Diante da omissão constitucional acerca da matéria, a doutrina majoritária preconiza a adoção da corrente dualista. Com efeito, para a produção de efeitos jurídicos no Brasil, é necessária a expedição pelo Presidente da República de um decreto de execução. Neste sentido:

No sistema jurídico pátrio, como ocorre em outros, verifica-se a anomia legislativa no que tange à ausência de disciplina entre a norma interna e o tratado. A Carta constitucional não faz qualquer menção expressa, consagrando qualquer uma das correntes monista ou dualista. De fato, o sistema jurídico pátrio se aproxima da teoria dualista, sem contudo adotar o

radicalismo da lei formal para que a norma internacional incorpore o sistema interno. Também não se contentou com a tese monista, ou seja, a simples ratificação (SIQUEIRA JR, 2003, p. 15).

Tratando sobre a incorporação dos tratados internacionais no direito brasileiro, preleciona Piovesan (2000, p. 158):

A doutrina predominante tem entendido que, em face do vazio e silêncio constitucional, o Brasil adota a corrente dualista, pela qual há duas ordens jurídicas diversas: a ordem interna e a ordem internacional. Para que o tratado ratificado produza efeitos no ordenamento jurídico interno, faz-se necessária a edição de um ato normativo nacional. No caso brasileiro, este ato tem sido um decreto de execução, expedido pelo Presidente da República, com a finalidade de conferir execução e cumprimento ao tratado ratificado no âmbito interno.

No tocante aos efeitos da integralização dos tratados na ordem jurídica nacional, partir-se-á do entendimento dos citados autores de que, uma vez em vigor no plano internacional, os tratados ratificados pelo Brasil, devidamente promulgados e publicados, passam a produzir efeitos na ordem jurídica doméstica.

Conforme preleciona Mazzuoli (2011a, p. 362-363):

O primeiro e mais imediato dos efeitos gerados por um tratado na ordem jurídica interna é o de revogar todas as disposições em contrário ou incompatíveis da legislação infraconstitucional (aí compreendidas, à exceção das emendas constitucionais, todas as demais espécies normativas que compõem o arcabouço normativo nacional). Tudo quanto está abaixo da Constituição, os tratados comuns (e não os que dispõem sobre direitos humanos, que têm índole e nível constitucionais) revogam ou modificam, se com eles incompatível ou expressamente em contrário. Havendo incompatibilidade entre as disposições convencionais e as normas de Direito interno, uma vez que aquelas obedecem, em regra, aos mesmos parâmetros de vigência e eficácia das disposições legislativas domésticas, resolve-se eventual antinomia sempre em favor do tratado, que é hierarquicamente superior a qualquer disposição interna infraconstitucional. [...] Outro efeito dos tratados, internamente, é o de autorizar que os particulares reclamem, perante as instâncias judiciais ordinárias, a satisfação dos direitos neles estabelecidos e o cumprimento das obrigações deles decorrentes. Isto, entretanto, só será possível caso se verifique, pelo conteúdo do instrumento, que o mesmo tem como destinatário certo o cidadão. Um tratado de proteção dos direitos humanos que, por sua natureza, cria direito subjetivo ao cidadão, poderá ter o seu fiel cumprimento exigido perante uma instância judicial interna.

Ainda quanto aos efeitos da integralização dos tratados no direito interno, impõe-se salientar que

Ao ratificar um tratado, o Estado assume quatro ordens de obrigações: a) respeitar, fazer respeitados e garantir os direitos reconhecidos pelo texto a toda pessoa sujeita à sua jurisdição; b) adaptar sua legislação interna ao estabelecido pelo tratado; c) assegurar que suas autoridades não tomem medidas ou promovam ações que sejam contra o disposto no tratado; d) colocar à disposição de toda pessoa que se sinta violada em seus direitos, recursos jurídicos efetivos para corrigir a situação (PIOVESAN, 2000, p. 310).

E ao ratificar um tratado internacional de direitos humanos, além de assumir obrigações específicas quanto a cada um dos direitos e garantias previstos, o Estado-parte assume uma obrigação geral de respeito e cumprimento de tais direitos, por seus poderes constituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário), e respectivos órgãos e agentes.

Já no concernente à incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos ao direito brasileiro, adotar-se-á a doutrina segundo a qual os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil foram erigidos à condição de **fonte normativa** do sistema jurídico nacional, como bem assinala Mazzuoli (2011a, p. 820), para quem, com a disposição do § 2º, do art. 5º, a Constituição de 1988

[...] passou a reconhecer claramente, no que tange a seu sistema de direitos e garantias, *uma dupla fonte normativa*: a) aquela advinda do Direito interno (*direitos expressos e implícitos* na Constituição, estes últimos subentendidos nas regras de garantias, bem como os decorrentes do regime e dos princípios pela Constituição adotados), e; b) aquela outra advinda do Direito Internacional (decorrente dos *tratados internacionais* de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil seja parte). De forma expressa, a Carta de 1988 atribuiu aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos devidamente ratificados pelo Estado brasileiro a condição de fontes do sistema constitucional de proteção de direitos.

Como se vê, tais entendimentos trazem a ideia de que os direitos elencados em tais tratados integram e complementam os direitos fundamentais previstos constitucionalmente, devendo conferir-se a esses direitos o regime constitucional previsto para os demais direitos e garantias fundamentais.

[...] Esse processo de inclusão implica a incorporação pelo Texto Constitucional de tais direitos. Ao efetuar a incorporação, a Carta atribui aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional. Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Essa conclusão advém ainda da interpretação sistemática e teleológica do Texto, especialmente em face da

força expansiva dos valores da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional (PIOVESAN, 2013a, p. 114).

Destarte, com o advento da Constituição Federal de 1988 (art. 5º, § 2º), vem a lume nova classificação dos direitos fundamentais. Piovesan (2013a, p. 120) propõe, nesse sentido,

uma nova classificação de direitos previstos pela Constituição. Por ela, os direitos seriam organizados em três grupos distintos: a) o dos direitos expressos na Constituição (por exemplo, os direitos elencados pelo texto nos incisos I a LXXVII, do art. 5º); b) **o dos direitos expressos em tratados internacionais de que o Brasil seja parte**; e finalmente, c) o dos direitos implícitos (direitos que estão subentendidos nas regras de garantias, bem como os direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição). Grifou-se.

Na mesma linha, afigura-se atualmente pacífico no Brasil o entendimento de que todas as normas constitucionais servem

[...] não somente como modelo para auferir-se a constitucionalidade das normas ordinárias e complementares, como de parâmetro hermenêutico para a interpretação e fixação do alcance das normas infraconstitucionais, além de vincularem a atuação do Poder Executivo (MELO; PFEIFFER, 2000, p. 312).

Quanto à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos sobre o direito interno, fundar-se-á o presente estudo nos entendimentos dos citados autores, que asseveram que por força do art. 5º, §§ 1º e 2º, da Carta de 1988, aos direitos constantes dos tratados internacionais de direitos humanos foi conferida hierarquia constitucional. Neste sentido:

A hierarquia constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos decorre da previsão constitucional do art. 5º, § 2º, à luz de uma interpretação sistemática e teleológica da Carta, particularmente da prioridade que atribui aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Essa opção do constituinte de 1988 se justifica em face do caráter especial dos tratados de direitos humanos e, no entender de parte da doutrina, da superioridade desses tratados no plano internacional, tendo em vista que integrariam o chamado *jus cogens* (direito cogente e inderrogável) (PIOVESAN, 2013b, p. 58-59).

Acerca do tema, assinala Trindade (1991, p. 139-140):

Por meio desse dispositivo constitucional, os direitos humanos consagrados em tratados de direitos humanos em que o Brasil seja parte incorporam-se *ipso facto* no direito interno brasileiro, no âmbito do qual passam a ter 'aplicação imediata' (art. 5 (1)) da mesma forma e no mesmo nível que os direitos constitucionalmente consagrados. A intangibilidade dos direitos e garantias individuais é determinada pela própria Constituição Federal, que inclusive proíbe expressamente até mesmo qualquer emenda tendente a aboli-los (art. 60 (4) (IV)). A especificidade e o caráter especial dos tratados de direitos humanos encontram-se, assim, devidamente reconhecidos pela Constituição Brasileira vigente.

Na mesma linha, o pensamento de Weis (2010, p. 45):

Novamente faz-se questão de frisar a posição desta obra quanto ao reconhecimento da materialidade constitucional dos tratados de direitos humanos [...] Trata-se da coexistência de dois sistemas normativos paralelos, ambos vigentes no País, mas que têm mecanismos próprios e estanques de criação, modificação ou extinção de suas previsões, afastando os problemas que surgem quando se pretende a fusão de ambos. Como sistemas jurídicos paralelos, ambos são aptos a gerar direitos subjetivos para as pessoas submetidas à soberania brasileira. E, sobrevivendo eventual conflito quanto ao sentido e alcance de um dado direito, no caso concreto, conforme se busque sua previsão num ou noutro sistema, tal se resolve não pela indagação de qual seja a norma 'superior', mas, sim, da que promova de forma mais ampla e eficaz o direito em questão, na forma preconizada pelas regras de interpretação dos direitos humanos, previstas nos respectivos tratados.

De fato, tem a doutrina pátria mais abalizada entendido que, com a previsão do § 2º, do art. 5º, a Constituição expressamente declara o conteúdo constitucional dos direitos constantes dos tratados internacionais firmados pelo Brasil.

Sobre o status constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, Mazzuoli (2011a, p. 819):

Com base neste dispositivo, que segue a tendência do constitucionalismo contemporâneo, 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. E a nossa interpretação sempre foi a seguinte: se a Constituição estabelece que os direitos e garantias nela elencados 'não excluem' outros provenientes dos tratados internacionais 'em que a República Federativa do Brasil seja parte', é porque ela própria está a autorizar que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil 'se incluem' no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem. É dizer, se os direitos e garantias expressos no texto constitucional 'não excluem' outros provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, é porque, pela lógica, na medida em que tais instrumentos passam a assegurar outros direitos e garantias, a Constituição 'os inclui' no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu 'bloco de constitucionalidade'.

No concernente à solução das antinomias normativas entre o direito internacional e o direito interno, adota-se a doutrina de Mazzuoli (2010, p. 129-176) apresenta o método do “diálogo das fontes” como critério novo de solução das antinomias ocorrentes.

Assim, partindo da premissa de hierarquia materialmente constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos (por força do § 2º, do art. 5º, da Constituição), o ilustre autor, após demonstração da ineficácia dos métodos tradicionais de solução de antinomias, vem apontar “quatro tipos de diálogos entre as normas internacionais de proteção dos direitos humanos e o ordenamento jurídico interno” que “aplicam-se prioritariamente aos casos de conflitos entre os tratados de direitos humanos e a Constituição”, quais sejam: *os diálogos de complementaridade, de integração, de inserção e de transigência* (MAZZUOLI, 2010, p. 154).

Destarte, quanto ao impacto jurídico dos tratados internacionais de direitos humanos no direito interno, desenvolve Mazzuoli a aplicação do método de solução de antinomias do “diálogo das fontes” face a quatro hipóteses ou situações distintas – mesmas hipóteses apresentadas por PIOVESAN (2013b, p. 69).

Sobre a aplicabilidade dos tratados internacionais de direitos humanos em matéria tributária, adotar-se como base para os presentes estudos as ideias defendidas pelos autores acima especificados de que os tratados internacionais de direitos humanos possuem princípios que se projetam sobre o ordenamento jurídico como um todo, inclusive sobre as relações entre o fisco e o contribuinte (face à multidimensionalidade do direito tributário e à interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos), tais como a garantia de justiça, igualdade, liberdade, devido processo legal, sendo de se ressaltar a pouquíssima literatura encontrada no direito brasileiro no tocante ao tema.

# CAPÍTULO I

## MARCOS HISTÓRICOS DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

### 1.1 O Processo de Formação do Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos

Atualmente, os direitos humanos contam com uma proteção interna, de que se ocupa o direito constitucional, e uma proteção internacional, regida pelo direito internacional dos direitos humanos, direito do pós-guerra, nascido em decorrência das barbáries cometidas no Holocausto.

No mundo pós-Segunda Guerra, o tema dos direitos humanos passou a constituir-se numa meta superior a ser alcançada pela sociedade internacional em seu conjunto, vislumbrando-se a necessidade de um efetivo sistema internacional de proteção desses mesmos direitos, a fim de evitar que viessem a se repetir, na sociedade internacional pós-moderna, as monstruosas violações de direitos humanos de outrora.

Nesse contexto desenvolveram-se os tratados e instrumentos internacionais de proteção, “como *resposta* às arbitrariedades e violações de direitos humanos de diversos tipos” (TRINDADE, 2007, p. 215). De fato, o desenvolvimento do aludido sistema internacional de proteção dos direitos humanos pode ser atribuído ao genocídio cometido contra milhares de pessoas na era Hitler e à crença coletiva de que muitas dessas violações não ocorreriam se existisse um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos. Neste sentido:

O legado do Holocausto para a internacionalização dos direitos humanos, portanto, consistiu na preocupação que gerou na consciência coletiva mundial da falta que fazia uma arquitetura internacional de proteção desses direitos, com vistas a impedir que atrocidades daquela monta jamais viessem a novamente ocorrer no planeta (MAZZUOLI, 2011a, p. 814).

Na análise deste cenário histórico, Bobbio chega a afirmar que o início da era dos direitos é reconhecido com o pós-guerra, já que “somente depois da 2ª Guerra

Mundial é que esse problema passou da esfera nacional para a internacional, envolvendo – pela primeira vez na história – todos os povos” (2004, p. 49).

O sistema internacional de proteção dos direitos humanos, inaugurado com a Carta das Nações Unidas de 1945 e com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, é hoje um *corpus juris* autônomo e um dos mais importantes capítulos do direito internacional público contemporâneo. Hodiernamente,

[...] o *telos* dos tratados internacionais de direitos humanos também é, em tudo, diverso dos chamados tratados comuns, uma vez que não visam a salvaguarda dos direitos dos *Estados* em suas relações recíprocas, mas a proteção dos direitos *das pessoas* pertencentes aos seus Estados-partes. As obrigações contidas nos tratados internacionais de direitos humanos extrapolam os limites físicos sobre os quais se assenta a soberania estatal, para ir além das fronteiras estatais e atingir toda a sociedade internacional de maneira *erga omnes*, aproximando-se daquilo que Kant já desenvolvera no seu *Projeto de Paz Perpétua*: a violação de um direito em qualquer lugar e a qualquer pessoa se faz sentir em todos os lugares e a todas as pessoas (MAZZUOLI, 2010, p. 30-31).

Assim, a partir da aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, vem a lume todo um processo de internacionalização dos direitos humanos, de que decorreu a produção de inúmeros tratados internacionais de proteção dos direitos das pessoas. Tais instrumentos internacionais acabaram por formar um verdadeiro *código* internacional de proteção dos direitos humanos, como leciona Thomas Buergenthal no Prólogo à obra de Trindade (1991, p. 31):

O direito internacional dos direitos humanos não existia como um ramo distinto do direito internacional antes da segunda guerra mundial. Formou-se, para todos os propósitos práticos, com a entrada em vigor da Carta das Nações Unidas. Expandiu-se e enriqueceu-se substantivamente pelos numerosos instrumentos internacionais de direitos humanos adotados no âmbito das Nações Unidas e de suas agências especializadas, assim como das várias organizações intergovernamentais regionais hoje existentes. O resultado desse processo legiferante é um maciço código internacional de direitos humanos que, somente em volume, supera o de qualquer outro ramo do direito internacional. Este código, como já observei em outros escritos, tem humanizado o direito internacional contemporâneo e internacionalizado os direitos humanos ao reconhecer que os seres humanos têm direitos sob o direito internacional e que a denegação desses direitos engaja a responsabilidade internacional dos Estados independentemente da nacionalidade das vítimas de tais violações.

Ressalte-se que o sistema internacional de proteção dos direitos humanos diferencia-se, em vários pontos, do clássico direito das gentes, principalmente por erigir o indivíduo à condição de *sujeito* de direito internacional público, permitindo à

vítima, para a salvaguarda dos seus direitos violados reconhecidos por tratados, vindicar diretamente a proteção desses direitos, na hipótese de ineficácia das instâncias internas.

Esse sistema internacional ainda possui como diferencial o fato de

[...] trazer o Estado à responsabilidade para consigo mesmo, em caso de não proteção dos direitos garantidos aos seus (ou outros) nacionais; [...] quebrar antigos dogmas da soberania absoluta dos Estados e das imunidades, à medida que vai se ingerindo em assuntos que até então eram de domínio reservado (*domaine réservé*) dos Estados, abandonando principalmente os axiomas westfalianos da igualdade entre os sujeitos e da reciprocidade entre as partes-contratantes (cujo descumprimento, em outros domínios, pode ser fator de nulidade e extinção da própria norma) (MAZZUOLI, 2010, p. 30-31).

Na atualidade, ao lado do sistema normativo global de proteção dos direitos humanos (surgido no âmbito da Organização das Nações Unidas), está o sistema normativo regional de proteção, que procura internacionalizar os direitos humanos no plano regional, especificamente na África, Europa e América. Tais sistemas, coexistentes e complementares entre si, formam o universo de instrumentos de proteção dos direitos humanos no plano internacional, que devem interagir em benefício do indivíduo a ser protegido<sup>1</sup>.

O sistema global de proteção abrange instrumentos de alcance geral e específico. Assim, no âmbito do sistema global, o sistema geral de proteção é endereçado a todo e qualquer indivíduo, concebido em sua abstração e generalidade. Já o sistema especial de proteção tem em vista o sujeito de direito em sua especificidade e concreticidade, de que são exemplos a proteção da criança, das mulheres, dos grupos étnicos minoritários, etc.

Deste modo, tendo por norte o valor da primazia da pessoa humana, os sistemas global e regional de proteção de direitos humanos se complementam, interagindo ainda com o sistema nacional de proteção, com vistas à conferir a mais ampla e efetiva tutela aos direitos fundamentais.

Comparato (2001, p. 215), tratando sobre o contexto de surgimento da Organização das Nações Unidas a partir do pós-guerra, pondera:

---

<sup>1</sup> Tal significa que a falta de solução para um caso concreto no sistema interamericano, europeu ou africano de direitos humanos, não impede que a vítima da violação se dirija às Nações Unidas para vindicar o mesmo direito previsto em tratado pertencente ao sistema global; e vice-versa.

[...] A 2ª Guerra Mundial, diferentemente, foi deflagrada com base em proclamados projetos de subjugação de povos considerados inferiores, lembrando os episódios de conquista das Américas a partir dos descobrimentos. Ademais, o ato final da tragédia – o lançamento da bomba atômica em Hiroshima e Nagasaki, em 6 e 9 de agosto de 1945, respectivamente – soou como um prenúncio de um apocalipse: o homem acabara de adquirir o poder de destruir toda a vida na face da Terra.

[...]

As consciências se abriram, enfim, para o fato de que a sobrevivência da humanidade exigia a colaboração de todos os povos na reorganização das relações internacionais, com base no respeito incondicional à dignidade humana.

[...]

Por isso, enquanto a Sociedade das Nações não passava de um clube de Estados, com liberdade de ingresso e retirada conforme suas conveniências próprias, as Nações Unidas nasceram com a vocação de se tornarem a organização da sociedade política mundial, à qual deveriam pertencer portanto, necessariamente, todas as nações do globo empenhadas na defesa da dignidade da pessoa humana.

Assim, com base nesse pensamento universal que marcou o pós-guerra, foi formulada a Carta das Nações Unidas, de onde se extrai:

#### NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS, RESOLVIDOS

a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla,

#### E PARA TAIS FINS

praticar a tolerância e viver em paz, uns com outros, como bons vizinhos, e unir as nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais, e a garantir, pela aceitação de princípios e a instituição dos métodos, que a força armada não será usada a não ser no interesse comum, a empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos;

RESOLVEMOS CONJUGAR NOSSOS ESFORÇOS PARA A CONSECUÇÃO DESSES OBJETIVOS (2001, pp. 218-219).

### 1.1.1 A declaração universal dos direitos do homem

Elaborada sob o impacto das atrocidades cometidas na 2ª Guerra Mundial, a Declaração Universal dos Direitos Humanos é aprovada pela ONU em 10.12.1948, contando com aprovação unânime de 48 Estados, com 08 abstenções (África do Sul, Arábia Saudita, Bielo-Rússia, Iugoslávia, Polônia, Tchecoslováquia, Ucrânia e União Soviética). A ausência, por parte dos Estados, de quaisquer questionamentos ou reservas aos princípios da Declaração “e a inexistência de qualquer voto contrário às suas disposições atribuem à Declaração Universal o significado de um código e plataforma comum de ação” (PIOVESAN, 2013b, p. 48), “um código de conduta mundial” (MAZZUOLI, 2011a, p. 858).

A Declaração de 1948, concebida como a interpretação autorizada dos arts. 1º a 55 da Carta da ONU, introduz no cenário internacional extraordinária inovação, veiculando uma linguagem de direitos original em que o valor da liberdade é conjugado com o da igualdade:

Combinando o discurso liberal da cidadania com o discurso social, a Declaração passa a elencar tanto direitos civis e políticos (art. 3º a 21) como direitos sociais, econômicos e culturais (art. 22 a 28). Duas são as inovações introduzidas pela Declaração: a) parificar, em igualdade de importância, os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais; e b) afirmar a inter-relação, indivisibilidade e interdependência de tais direitos (PIOVESAN, 2013a, p. 213- 214).

Com efeito, é de suma importância, historicamente, essa nova concepção dos direitos humanos, ineditamente apresentada pela Declaração Universal, uma concepção necessariamente integral de todos os direitos humanos. Nesse sentido, a lição de Trindade (2002, p. 632-633):

Transcendendo as divisões ideológicas do mundo de seu próprio tempo, situou assim no mesmo plano todas as ‘categorias’ de direitos – civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Este enfoque seria retomado duas décadas depois, na I Conferência Mundial de Direitos Humanos (1968) e nele se insistiria mais recentemente na II Conferência Mundial de Direitos Humanos (1993). Os direitos proclamados compreenderam os de caráter pessoal, os atinentes às relações do indivíduo com grupos e o mundo exterior, as liberdades públicas e os direitos políticos, assim como os direitos econômicos, sociais e culturais.

Registre-se que, logo no artigo I, a Declaração proclama, em matéria de direitos fundamentais, a tríade basilar, os três princípios axiológicos fundamentais: a liberdade, a igualdade e a fraternidade<sup>2</sup>. No artigo II da Declaração é afirmado o princípio da igualdade essencial do ser humano, a despeito das múltiplas diferenças de ordem biológica e cultural que os distinguem entre si. Assim, a isonomia ou igualdade perante a lei, proclamada no artigo VII, é mera decorrência desse princípio.

O princípio da liberdade assume, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, uma dimensão tanto política (declarada no artigo XXI), quanto individual (prevista nos artigos VII a XIII e XVI a XX), afigurando-se, portanto, ambas essas dimensões da liberdade como complementares e interdependentes.

A liberdade política, sem as liberdades individuais, não passa de engodo demagógico de Estados autoritários ou totalitários. E o reconhecimento das liberdades individuais, sem efetiva participação política do povo no governo, mal esconde a dominação oligárquica dos mais ricos (COMPARATO, 2001, p. 228-229).

Por fim, na base dos direitos econômicos e sociais, afirmados pela Declaração nos artigos XXII a XXVI, encontra-se o princípio da solidariedade, consubstanciado em exigências elementares de proteção às classes ou grupos sociais mais fracos ou necessitados, quais sejam:

- a) O direito à seguridade social (arts. XXII e XXV);
- b) O direito ao trabalho e à proteção contra o desemprego (art. XXIII, 1);
- c) Os principais direitos ligados ao contrato de trabalho, como a remuneração igual por trabalho igual (art. XXIII, 2), o salário mínimo (art. XXIII, 3); o repouso e o lazer, a limitação horária de jornada de trabalho, as férias remuneradas (art. XXIV);
- d) A livre sindicalização dos trabalhadores (art. XXIII, 4);
- e) O direito à educação: ensino elementar obrigatório e gratuito, a generalização da instrução técnico-profissional, a igualdade de acesso ao ensino superior (art. XXVI).

---

<sup>2</sup> Cf. leciona Comparato (2001, p. 228-229), [...] “A formação histórica dessa tríade sagrada remonta à Revolução Francesa, mas a sua consagração oficial em textos jurídicos só se fez tardiamente. A Declaração dos Direitos do Homem e Do Cidadão de 1789, tal como o *Bill of Rights* de Virgínia de 1776, só se referem à liberdade e à igualdade. A fraternidade veio a ser mencionada, pela primeira vez – e, ainda assim, não como princípio jurídico, mas como virtude cívica –, na Constituição francesa de 1791. Foi somente no texto constitucional da segunda república francesa, em 1948, que o tríptico veio a ser oficialmente declarado”.

Ressalte-se que, após elencar, nos três primeiros artigos, os valores fundamentais dos direitos humanos, a Declaração afirma a proibição absoluta da escravidão e do tráfico de escravos (art. IV). Sobre a ordem sequencial dos dispositivos da Declaração,

[...] teria sido mais lógico fazer preceder esse dispositivo da declaração de princípio consignada no artigo VI: “todo homem tem direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei”. Este o princípio supremo em matéria de direitos humanos. Na verdade, os escravos não são os únicos seres humanos aos quais se denegam todos os direitos: o mesmo ocorreu com os apátridas durante a 2ª Guerra Mundial (COMPARATO, 2001, p. 230-231).

Quanto à natureza jurídica da Declaração Universal de 1948, entende-se que integra as normas de *jus cogens* internacional, por ser a exteriorização das regras costumeiras universalmente reconhecidas em relação aos direitos humanos. De fato, os direitos definidos na Declaração Universal retratam, integralmente, o que é reconhecido como respeito à dignidade humana pelos costumes e princípios jurídicos internacionais.

Assim, ainda que não assuma a forma de tratado internacional, a Declaração Universal de 1948 apresenta

[...] força jurídica obrigatória e vinculante, na medida em que constitui a interpretação autorizada da expressão ‘direitos humanos’ constante dos arts. 1º (3) e 55 da Carta das Nações Unidas. Ressalte-se que, à luz da Carta, os Estados assumem o compromisso de assegurar o respeito universal e efetivo aos direitos humanos. Ademais, a natureza jurídica vinculante da Declaração Universal é reforçada pelo fato de – na qualidade de um dos mais influentes instrumentos jurídicos e políticos do século XX – ter-se transformado, ao longo dos mais de cinquenta anos de sua adoção, em direito costumeiro internacional e princípio geral do Direito Internacional (PIOVESAN, 2013a, p. 219-220).

Saliente-se que a doutrina mais abalizada é unânime, quanto à Declaração Universal dos Direitos Humanos, no sentido de atribuir-lhe o papel de marco definitivo do fenômeno de internacionalização dos direitos humanos (SARLET, 1998, p. 57). Piovesan (2005, p. 43-45) acerca do tema assevera que:

Neste sentido, em 10 de dezembro de 1948, é aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, como marco maior do processo de reconstrução destes direitos. Introduce nela a concepção contemporânea de direitos humanos, caracterizada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único

para a dignidade e titularidade destes direitos. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem assim uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais.

[...]

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, na qualidade de marco maior do movimento de internacionalização dos direitos humanos, fomentou a conversão destes direitos em tema de legítimo interesse da comunidade internacional. Como observa Kathryn Sikkink: "O Direito Internacional dos Direitos Humanos pressupõe como legítima e necessária a preocupação de atores estatais e não estatais a respeito do modo pelo qual os habitantes de outros Estados são tratados. A rede de proteção dos direitos humanos internacionais busca redefinir o que é matéria de exclusiva jurisdição doméstica dos Estados".

Fortalece-se, assim, a ideia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, isto é, não deve se restringir à competência nacional exclusiva ou à jurisdição doméstica exclusiva, porque ela revela tema de legítimo interesse internacional. Por sua vez, esta concepção inovadora aponta duas importantes consequências: a revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado [...]; a cristalização da ideia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de Direito.

A partir da aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e a partir da concepção contemporânea dos direitos humanos por ela introduzida, começa a se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de inúmeros tratados internacionais voltados à proteção dos direitos fundamentais.

Na mesma linha:

O processo de generalização da proteção dos direitos humanos desencadeou-se no plano internacional a partir da adoção em 1948 da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Era preocupação corrente, na época, a restauração do direito internacional em que viesse a ser reconhecida a capacidade processual dos indivíduos e grupos sociais no plano internacional. Para isto contribuíram de modo decisivo as duras lições legadas pelo holocausto da Segunda Guerra Mundial. Já não se tratava de proteger indivíduos sob certas condições ou em situações circunscritas como no passado (e.g., proteção de minorias, de habitantes de territórios sob mandato, de trabalhadores sob as primeiras convenções da Organização Internacional do Trabalho – OIT), mas doravante de proteger o ser humano como tal (TRINDADE, 2002, p. 629-630).

A Declaração Universal de 1948 abriu caminho à adoção de sucessivos tratados e instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, a atualmente operarem, regular e permanentemente, nos planos global e regional de proteção. Nesse sentido, tratando sobre a *Projeção da Declaração Universal de*

1948 no *Direito Internacional e no Direito Interno*, assevera Trindade (2002, p. 637-639), em lição lapidar:

A autoridade da Declaração de 1948, nesse sentido, fortaleceu-se, ao ser reconhecida como refletindo normas do direito internacional consuetudinário; seus princípios passaram a ser vistos como correspondendo a princípios gerais do direito. (...)

Os instrumentos de direitos humanos nos planos global e regional têm encontrado uma fonte comum de inspiração na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, à qual se referem expressamente em seus preâmbulos. Em nada surpreende encontrar a liberdade de escolha (pelo indivíduo reclamante) do procedimento internacional – consagrada nos próprios instrumentos internacionais – a ser acionado seja no plano global ou regional – o que pode reduzir ou minimizar a possibilidade de conflito em nível internacional. Os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos passaram a mostrar-se complementares uns aos outros, nos planos global e regional. O foco de atenção voltou-se, da ênfase tradicional na delimitação clássica de competências, à garantia de uma proteção cada vez mais eficaz dos direitos humanos.

Ainda sobre os reflexos da Declaração de 1948, merece registrar que, na jurisprudência dos tribunais internacionais, passaram a figurar referências à Declaração Universal e que, juntamente com os instrumentos internacionais de proteção a ela subsequentes, a Declaração passou “a servir de fundamento à ação internacional na salvaguarda dos direitos humanos” (TRINDADE, 2002, p. 641).

Além do mais, a Declaração Universal influenciou, marcadamente, nos planos substantivo e operacional, os próprios instrumentos internacionais de direitos humanos, que passaram a ser dotados de fundamentos e princípios básicos próprios, bem como de um conjunto normativo a exigir uma interpretação e aplicação em prol da realização “do objeto e propósito dos instrumentos de proteção. E, no plano operacional, passaram a contar com uma série de mecanismos próprios de supervisão” (TRINDADE, 2002, p. 641).

Acrescenta ainda Piovesan (2013a, p. 220), no que tange aos reflexos da Declaração nos âmbitos internacional e interno, que, internacionalmente, a Declaração tem estimulado a elaboração de instrumentos destinados à proteção dos direitos humanos, consubstanciando-se, outrossim, em referência para a adoção de resoluções no âmbito das Nações Unidas. No que respeita ao seu impacto nas ordens jurídicas nacionais, tem-se que “os direitos nela previstos têm sido incorporados por Constituições nacionais e, por vezes, servem como fonte para decisões judiciais nacionais”.

De fato, também no direito interno dos Estados se projetou a Declaração Universal, uma vez que nas Constituições nacionais de numerosos Estados suas normas encontraram expressão, e passaram a servir de modelo para as disposições legislativas internas, no sentido de tutela dos direitos humanos. Ademais, perante os tribunais nacionais de numerosos países, a Declaração de 1948 passou a ser invocada, no que se refere à interpretação do direito convencional ou interno relativo aos direitos humanos, orientando as decisões judiciais. “A Declaração Universal, em suma, tem assim contribuído decisivamente para a incidência da dimensão dos direitos humanos no direito tanto internacional como interno” (TRINDADE, 2002, p. 641).

E no direito interno brasileiro, a Declaração de 1948 veio a servir de paradigma para a própria Constituição Brasileira de 1988, que contemplou incontáveis dispositivos da Declaração Universal, o que evidencia que o atual direito constitucional brasileiro encontra-se integrado e em sintonia com o sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

### **1.1.2 Os pactos de Nova York de 1966**

No contexto do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, afigura-se relevante o exame de dois tratados internacionais distintos que passaram a incorporar os direitos constantes da Declaração Universal: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966. Tais instrumentos converteram os dispositivos da Declaração em normas juridicamente obrigatórias e vinculantes, conferindo operatividade técnica aos direitos nela previstos, passando a constituir-se em referência imprescindível na análise do sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

Até dezembro de 2012, 167 Estados já haviam aderido ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e 160 Estados haviam aderido ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

**O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos** foi aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1966, entrando em vigor somente 1976,

quando obteve o número de ratificações necessárias. De fato, embora aprovado pela Assembleia Geral da ONU em 16 de dezembro de 1966, por 106 votos a favor e nenhum contra, entrou em vigor apenas em 23 de março de 1976, sendo que, no Brasil, foi promulgado internamente pelo Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992.

Acabando por incorporar uma gama de direitos civis e políticos mais extensa do que a apresentada na Declaração Universal, esse Pacto possui autoaplicabilidade, estipulando a obrigação dos Estados-partes de assegurarem a aplicação dos direitos nele elencados a todos os indivíduos sob sua jurisdição, tomando as providências necessárias para tanto. Por isto mesmo, incumbe ao Estado-parte compor um sistema legal capaz de responder com eficácia às violações dos direitos civis e políticos.

O Pacto incorpora diversos dispositivos da Declaração Universal com maior detalhamento, garantindo: o direito à vida; o direito de não ser submetido à tortura ou a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes; o direito a não ser escravizado, nem submetido à servidão; os direitos à liberdade e à segurança pessoal e a não se sujeitar à prisão ou detenção arbitrárias; o direito a um julgamento justo; a igualdade perante a lei; a liberdade de movimento; o direito a uma nacionalidade; o direito de casar e formar família; as liberdades de pensamento, consciência e religião; as liberdades de opinião e de expressão; a liberdade de associação; o direito de sindicalizar-se e o direito de voto e de participação do governo, dentre outros, nos termos dos artigos 14 e 15, do Pacto.

Outrossim, o Pacto ampliou o catálogo dos direitos civis e políticos, prevendo novos direitos e garantias não incluídos na Declaração Universal, como o direito de não ser preso em razão de descumprimento de obrigação contratual (art. 11); o direito da criança ao nome e à nacionalidade (art. 24); a proteção dos direitos de minorias à identidade cultural, religiosa e linguística (art. 27); a proibição da propaganda de guerra ou de incitamento a intolerância étnica ou racial (art. 20); o direito à autodeterminação (art. 1º), dentre outros.

Em casos excepcionais, o Pacto admite a derrogação temporária dos direitos que apresenta, nos termos do artigo 4º, dentro dos limites impostos pela decretação do estado de emergência, proibindo-se medidas discriminatórias fundadas em raça, cor, sexo, língua, religião ou origem social. Admite, ainda, se necessária à segurança nacional ou à ordem pública, a limitação de determinados direitos, conforme disposto nos artigos 21 e 22.

O Primeiro Protocolo Facultativo relativo ao Pacto entrou em vigor em 23 de março de 1976 e teve por finalidade assegurar o melhor resultado aos propósitos do Pacto, para o que faculta ao Comitê de Direitos Humanos receber e considerar petições individuais, em caso de violações dos direitos ali consagrados, sistemática que não foi versada no Pacto.

A grande dificuldade prática do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos foi a resistência dos Estados em aceitarem os mecanismos de supervisão e monitoramento que elenca nos arts. 28 a 45. Por estes dispositivos foi também instituído um Comitê de Direitos Humanos com um papel de monitoramento relativamente à implementação pelos Estados dos direitos previstos no Pacto.

Tal Comitê reúne duas atribuições, sendo uma de natureza conciliatória decorrente do art. 41 do Pacto, e outra de natureza investigatória, decorrente do Protocolo Facultativo ao Pacto, sendo a sistemática das queixas interestatais o ponto mais complexo relativo à função conciliatória do Comitê.

O procedimento do art. 41 relativo às queixas interestatais significa a possibilidade de um Estado queixar-se de outro Estado perante o Comitê. Tal procedimento entrou em vigor em 1979, mas nunca foi acionado, até os dias atuais, por qualquer dos Estados-partes.

O Segundo Protocolo ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos entrou em vigor em 11 de julho de 1991, e também ampliou a gama de direitos civis e políticos prevista pela Declaração Universal, entre os quais está a vedação relativa à pena de morte.

**O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**, tal qual o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, entrou em vigor internacional em 03 de janeiro de 1976, com a principal finalidade de dar juridicidade aos preceitos da Declaração Universal de 1948, notadamente na sua segunda parte (arts. 22 a 27). Sua aprovação pela Assembleia Geral da ONU ocorreu em 16 de dezembro de 1966, quando foi assinado por 105 Estados, com nenhum voto contrário e 17 ausências. No Brasil, o Pacto foi promulgado internamente pelo Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992.

Entretanto, o Pacto contém um elenco de direitos muito mais amplo e melhor elaborado que o da Declaração Universal, constituindo-se no primeiro instrumento

jurídico a detalhar esses direitos chamados de “segunda geração”<sup>3</sup> no âmbito das Nações Unidas.

Este Pacto abarca em seu conteúdo um extenso catálogo de direitos, entre os quais podem ser elencados: o direito dos povos à autodeterminação (art. 1º, § 1º), em virtude do qual os povos determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico social e cultural; o direito de homens e mulheres à igualdade no gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais enumerados no tratado (art. 3º); o direito de toda pessoa ter a possibilidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito (art. 6º, § 1º); o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente: a) uma remuneração que proporcione, no mínimo, a todos os trabalhadores: i) um salário equitativo e uma remuneração igual por um trabalho de igual valor, sem qualquer distinção (em particular, as mulheres devem ter a garantia de condições de trabalho não inferiores às dos homens e perceber a mesma remuneração que eles, por trabalho igual); ii) uma existência decente para eles e suas famílias; b) condições de trabalho seguras e higiênicas; c) igual oportunidade para todos de serem promovidos, em seu trabalho, à categoria superior que lhes corresponda, sem outras considerações que as de tempo, de trabalho e de capacidade; d) o descanso, o lazer, a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas, assim como a remuneração dos feriados (art. 7º); garante-se o direito de toda pessoa de fundar com outros sindicatos e de filiar-se ao sindicato de sua escolha, sujeitando-se unicamente aos estatutos da organização interessada, com o objetivo de promover e de proteger seus interesses

---

<sup>3</sup> Não se desconhece que a expressão “geração de direitos” é alvo de críticas por sua errônea utilização, sugerindo a falsa substituição gradativa de uma geração por outra. Por isto mesmo, alguns juristas, especialmente Bonavides (2010, p. 571-572), têm sugerido a substituição do termo “geração” pelo vocábulo “dimensão”, para afastamento da equivocada ideia de sucessão, de caducidade dos direitos das gerações antecedentes. Todavia, mesmo esta última classificação dos direitos humanos (em dimensões), vem sofrendo críticas, no sentido de que “a doutrina continua incorrendo no erro de querer classificar determinados direitos como se eles fizessem parte de uma dada dimensão, sem atentar para o aspecto da indivisibilidade dos direitos fundamentais. (...) O ideal é considerar que todos os direitos fundamentais podem ser analisados e compreendidos em múltiplas dimensões, ou seja, na dimensão individual-liberal (primeira dimensão), na dimensão social (segunda dimensão), na dimensão de solidariedade (terceira dimensão) e na dimensão democrática (quarta dimensão). (...) Essa é a única forma de salvar a teoria das dimensões dos direitos fundamentais” (LIMA, 2003, p. 2). Por isto mesmo, utiliza-se no presente trabalho a expressão “geração de direitos”, seguindo o pensamento de Piovesan (2013b, p. 50), que preleciona: “adota-se o entendimento de que uma geração de direitos não substitui a outra, mas com ela interage. Isto é, afasta-se a ideia da sucessão ‘geracional’ de direitos na medida em que se acolhe a ideia da expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos consagrados, todos essencialmente complementares e em constante dinâmica de interação”.

econômicos e sociais (art. 8º, § 1º, alínea a); reconhece-se o direito à previdência social, inclusive ao seguro social (art. 9º), etc.

O objetivo primordial do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi a incorporação, como preceitos juridicamente obrigatórios e vinculantes, dos dispositivos relacionados com os direitos sociais, econômicos e culturais estabelecidos na Declaração Universal.

Ressalte-se que, diferentemente do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos, o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais concebe uma realização progressiva desses direitos (direitos programáticos), condicionada à atuação do Estado, que deve adotar todas as medidas, tanto com esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômicos e técnicos, até o máximo de seus recursos disponíveis, com vistas a alcançar progressivamente a completa realização desses direitos (art. 2º, § 1º, do Pacto).

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais prevê nos seus artigos 16 a 25 um sistema de monitoramento onde o mecanismo, previsto inicialmente, é o de relatórios que os Estados devem apresentar, sobre as medidas que tenham adotado e sobre o progresso realizado, com o objetivo de assegurar a observância dos direitos reconhecidos no Pacto.

Todos os relatórios deverão ser encaminhados ao Secretário-Geral das Nações Unidas, que enviará cópias dos mesmos ao Conselho Econômico e Social (ECOSOC) para exame, conforme as disposições do próprio Pacto. Então, o Secretário-Geral da ONU encaminhará também às agências especializadas cópias dos relatórios enviados pelos Estados-partes no Pacto que sejam igualmente membros de tais agências especializadas, na medida em que os relatórios, ou parte deles, guardem relação com questões que sejam da competência de tais agências, conforme seus respectivos instrumentos constitutivos.

Nos termos do art. 17, § 1º, do Pacto, a apresentação dos relatórios deve ser feita por etapas, segundo um programa estabelecido pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, no prazo de um ano a contar da data da entrada em vigor do tratado, após consulta aos Estados-partes e às agências especializadas interessadas. Os relatórios poderão indicar os fatores e as dificuldades que prejudiquem o pleno cumprimento das obrigações previstas no Pacto.

Na forma do art. 19, do Pacto, o ECOSOC poderá encaminhar à Comissão (atual Conselho) de Direitos Humanos da ONU, para fins de estudo e de

recomendação de ordem geral, ou para informação, caso julgue apropriado, os relatórios relativos aos direitos humanos que apresentarem os Estados, consoante os arts. 16 e 17, e os referentes aos direitos humanos que apresentarem as agências especializadas, nos termos do art. 18. Conforme o art. 20, os Estados-partes no Pacto e as agências especializadas interessadas poderão encaminhar ao ECOSOC comentários sobre qualquer recomendação de ordem geral, feita em razão do art. 19, ou sobre qualquer referência a uma recomendação de ordem geral que venha a constar de relatório da Comissão (atual Conselho) de Direitos Humanos, ou de qualquer documento mencionado no referido relatório.

Destarte, a partir do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, forma-se a Carta Internacional dos Direitos Humanos (*International Bill of Rights*), composta pela Declaração Universal de 1948 e pelos dois pactos internacionais de 1966, restando inaugurado o sistema global de proteção dos direitos humanos. Sobre o tema:

A Carta Internacional dos Direitos Humanos inaugura, assim, o sistema global de proteção desses direitos (...) O sistema global, por sua vez, viria a ser ampliado com o advento de diversos tratados multilaterais de direitos humanos, pertinentes a determinadas e específicas violações de direitos, como o genocídio, a tortura, a discriminação racial, a discriminação contra as mulheres, a violação dos direitos das crianças, entre outras formas específicas de violação. Daí a adoção da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, da Convenção sobre os Direitos da Criança, entre outras (PIOVESAN, 2013, p. 232-233).

Ao lado desse sistema global de proteção – integrado pela Declaração Universal de 1948 e pelos dois pactos internacionais de 1966, e ampliado pelos diversos tratados multilaterais referentes a específicas violações de direitos humanos –, surgem os sistemas regionais, que buscam no âmbito regional internacionalizar os direitos humanos. Como já mencionado, atualmente existem três sistemas regionais principais: o europeu, o interamericano e o africano.

O sistema europeu tem como principal instrumento a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950 e se traduz no sistema mais avançado, tendo, por meio

da jurisdição da Corte Europeia de Direitos Humanos<sup>4</sup>, fixado mecanismo compulsório para apreciação das comunicações individuais. O sistema africano, a sua vez, ainda é incipiente, apresentando como principal instrumento a Carta Africana dos Direitos Humanos e contando, outrossim, com a Comissão Africana de Direitos Humanos, criada em 1998 mediante Protocolo à Carta.

O sistema interamericano (que interessa a este estudo por aplicar-se diretamente ao Brasil) tem como instrumento de maior relevo a Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica, que será a seguir abordado.

### **1.1.3 A convenção americana de direitos humanos ou Pacto de São José da Costa Rica**

Também denominada Pacto de São José da Costa Rica, a Convenção Americana de Direitos Humanos foi assinada em São José, Costa Rica, em 1969, entrando em vigor em 1978, sendo que, até dezembro de 2012, contava com 25 Estados-partes<sup>5</sup>.

Não obstante a importância deste documento no Continente Americano, alguns países como Estados Unidos e Canadá ainda não ratificaram a Convenção Americana. O Brasil somente no ano de 1992 a ratificou, tendo ocorrido sua promulgação interna por meio do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992.

A Convenção Americana reconhece e garante um elenco de direitos civis e políticos semelhante ao preceituado pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, não enunciando, de forma específica, qualquer direito social, cultural ou econômico. Entretanto, no ano de 1988, foi adotado um Protocolo Adicional à Convenção pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos,

---

<sup>4</sup> A Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950 estabeleceu originariamente a Comissão e a Corte Europeia de Direitos Humanos; entretanto, com o Protocolo nº 11, em vigor desde novembro de 1998, houve a fusão da Comissão com a Corte.

<sup>5</sup> Ressalte-se que somente Estados-membros da Organização dos Estados Americanos possuem o direito de aderir à Convenção Americana, que contava com 25 Estados-partes até dezembro de 2012.

referente aos direitos sociais, culturais e econômicos (Protocolo de São Salvador, que entrou em vigor em 1999)<sup>6</sup>.

Dentre os direitos reconhecidos, destacam-se: o direito à personalidade jurídica, o direito à vida, o direito a não ser submetido à escravidão, o direito à liberdade, o direito a um julgamento justo, o direito à compensação em caso de erro judiciário, o direito à privacidade, o direito à liberdade de consciência e religião, o direito à liberdade de pensamento e expressão, o direito à resposta, o direito à liberdade de associação, o direito ao nome, o direito à nacionalidade, o direito à igualdade perante a lei, o direito à proteção judicial, o direito à liberdade de movimento e residência, o direito de participar do governo, dentre outros.

Como tem a melhor doutrina asseverado, os dois primeiros artigos da Convenção constituem a sua base. Segundo o art. 1º, constitui obrigação dos Estados-partes respeitar os direitos e as liberdades reconhecidas pela Convenção e assegurar o pleno exercício desses direitos e liberdades sem qualquer discriminação. Outrossim, pelo art. 2º, da Convenção, os Estados-partes se comprometem, na hipótese do exercício desses direitos não estar garantido por previsões legislativas internas, a adotar tais “medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades”.

Ademais, a Convenção Americana estabelece a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana<sup>7</sup>, órgãos com objetivo de monitoramento e concretização dos direitos que assegura.

A **Comissão Interamericana de Direitos Humanos**, que no ano de 1960 iniciou seu funcionamento, possui competência quanto a todos os Estados-partes da Convenção Americana e, outrossim, no que respeita aos direitos consagrados na Declaração Americana de 1948, quanto a todos os Estados-membros da Organização dos Estados Americanos<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> O Brasil ratificou tal Protocolo em 1999, tendo sido o mesmo promulgado internamente pelo Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999.

<sup>7</sup> A criação da Corte Interamericana foi proposta, pela Delegação do Brasil, na Conferência de Bogotá de 1948.

<sup>8</sup> Assim, os Estados que não ratificaram a Convenção Americana não ficam desonerados das obrigações que assumiram nos termos da Carta da OEA e da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948, podendo assim acionar a Comissão Interamericana, que em relação aos direitos violados no Estado em questão poderá fazer aos competentes governos as devidas recomendações. No caso de descumprimento do estabelecido pela Comissão, poderá ser acionada a Assembleia Geral da OEA, para a adoção de medidas sancionatórias contra o Estado.

Promover a observância e a proteção dos direitos humanos na América é a principal função da Comissão Interamericana. Para tanto, cabe à Comissão fazer recomendações aos governos dos Estados-partes, prevendo a adoção de medidas adequadas à proteção desses direitos; preparar estudos e relatórios que se mostrem necessários; solicitar aos governos informações relativas às medidas por eles adotadas concernentes à efetiva aplicação da Convenção; e submeter um relatório anual à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos. [...] É também da competência da Comissão examinar as comunicações, encaminhadas por indivíduo ou grupos de indivíduos, ou ainda entidade não governamental, que contenham denúncia de violação a direito consagrado pela Convenção, por Estado que dela seja parte, nos termos do art. 44 e 41. O Estado, ao se tornar parte da Convenção, aceita automática e obrigatoriamente a competência da Comissão (PIOVESAN, 2013a, p. 335-337).

É ainda previsto um sistema de comunicações interestatais, como cláusula facultativa, sendo necessária a declaração expressa, dos Estados-partes, reconhecendo a competência da Comissão para receber e examinar comunicações em que um Estado-parte impute a outro Estado-parte a violação a direito previsto na Convenção.

Revela-se digno de nota o papel extraordinário exercido pela Comissão Interamericana na realização de investigações *in loco*, durante regimes ditatoriais na América Latina (especialmente na década de 70), denunciando, por meio de relatórios, graves e maciças violações de direitos humanos. À guisa de exemplo, podem ser citados “importantes relatórios apresentados sobre desaparecimentos forçados na Argentina (1979) e sobre a repressão no Chile, exercendo a Comissão relevante auxílio no processo de democratização das Américas” (PIOVESAN, 2013b, p. 94-95).

A **Corte Interamericana de Direitos Humanos** é composta por sete juízes nacionais dos Estados-membros da Organização dos Estados Americanos, eleitos pelos Estados-partes da Convenção Americana, apresentando atribuições de natureza consultiva e contenciosa.

Cuida-se de órgão jurisdicional do sistema interamericano, com a competência de resolver os casos de violações de direitos humanos perpetradas pelos Estados-partes da OEA e que tenham ratificado a Convenção Americana. “Trata-se de tribunal internacional *supranacional*, com competência para condenar os Estados-partes na Convenção Americana por violação de direitos humanos” (MAZZUOLI, 2011a, p. 889).

A competência consultiva da Corte refere-se à interpretação das disposições da Convenção Americana e dos tratados relativos à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos. A competência contenciosa, de caráter jurisdicional se

relaciona com o julgamento de casos concretos face à alegação de violação de preceitos da Convenção por algum dos seus Estados-partes.

No plano consultivo, qualquer membro da OEA (parte ou não da Convenção) pode solicitar o parecer da Corte no que respeita à interpretação da Convenção ou mesmo de qualquer tratado de proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos; ainda no plano consultivo, a Corte pode opinar sobre a compatibilidade de preceitos das legislações estatais em face dos instrumentos internacionais.

Registre-se que, no plano contencioso, a competência da Corte restringe-se aos Estados-partes da Convenção, e que tenham, outrossim, reconhecido expressamente tal jurisdição<sup>9</sup> – enquanto a competência consultiva é automática, a contenciosa é facultativa. Impõe-se ainda ressaltar a legitimação dos particulares e instituições privadas na submissão de um caso à Corte, uma vez que estão impedidos do ingresso direto à Corte por força do art. 61 da Convenção; exclusivamente a Comissão Interamericana e os Estados-partes é que detêm tal legitimidade.

Deste modo, apesar de os indivíduos não terem acesso direto à Corte, também podem dar início ao procedimento de processamento internacional do Estado com a apresentação de petição à Comissão. Ressalte-se que, nos termos do art. 44 da Convenção, qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violações desta Convenção por um Estado-parte.

No exercício de sua competência contenciosa, a Corte Interamericana exerce papel de crucial importância, proferindo sentenças definitivas e inapeláveis, segundo o Pacto de São José. Assim, quanto aos Estados que reconheceram a jurisdição da Corte, as sentenças “tem força jurídica vinculante e obrigatória” (PIOVESAN, 2000, p. 45), sendo que, na hipótese de fixação de indenização compensatória à parte lesada, tal decisão poderá ser executada no país respectivo, pelo mesmo procedimento de execução de sentenças contra o Estado previsto na legislação nacional (arts. 68, §§ 1º e 2º da Convenção).

---

<sup>9</sup> O Brasil somente aderiu à competência contenciosa da Corte Interamericana em 1998, por meio do Decreto Legislativo nº 89, de 3 de dezembro de 1998 (V. Diário Oficial da União, de 04.12.1998).

Tais sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos não necessitam de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça para terem eficácia interna no Brasil. De fato, ao teor do art. 68, 1, da Convenção Americana, suas sentenças possuem eficácia imediata na ordem jurídica interna, devendo ser imediatamente cumpridas pelo Estado condenado.

Neste sentido preleciona Magalhães (2002, p. 102):

É conveniente acentuar que sentença internacional, embora possa revestir-se do caráter de sentença estrangeira, por não provir de autoridade judiciária nacional, com aquela nem sempre se confunde. (...) Em ambos os casos, a submissão do Estado à jurisdição da Corte Internacional ou do juízo arbitral é facultativa. Pode aceitá-la ou não. Mas se aceitou, mediante declaração formal, como se verifica com a autorizada pelo Decreto Legislativo nº 89, de 1998, o país está obrigado a dar cumprimento à decisão que vier a ser proferida. Se não o fizer, estará descumprindo obrigação de caráter internacional e, assim, sujeito a sanções que a comunidade internacional houver por bem aplicar (...) Tal sentença, portanto, não depende de homologação do Supremo Tribunal Federal [entenda-se, hoje, como Superior Tribunal de Justiça], até mesmo porque pode ter sido esse Poder o violador dos direitos humanos, cuja reparação foi determinada. Não se trata, nesse caso, de sentença *inter alios* estranha ao país. Sendo parte, cabe cumpri-la, como faria com decisão de seu Poder Judiciário.

No mesmo sentido:

Isto tudo somado só leva a crer que o STJ não tem competência constitucional, e tampouco legal, para homologar sentenças proferidas por tribunais internacionais, que decidem acima do pretense poder soberano estatal, e têm jurisdição sobre o próprio Estado. Pensar de outra maneira é subversivo dos princípios internacionais que buscam reger a sociedade dos Estados em seu conjunto, com vistas à perfeita coordenação dos poderes dos Estados no presente cenário internacional de proteção de direitos (MAZZUOLI, 2011a, p. 897).

Saliente-se que, na hipótese de o Estado não observar o comando do art. 68, § 1º, da Convenção Americana – no sentido de que as decisões da Corte devem ser acatadas pelos Estados *sponte sua* –, estará incorrendo em nova violação da Convenção, abrindo a possibilidade de novo processo contencioso contra esse Estado no sistema interamericano (TRINDADE, 2002, p. 612-613).

No Brasil, é a União – como responsável no plano interno pelos atos da República, condenada internacionalmente – a responsável pelo pagamento de eventual verba indenizatória estabelecida pela Corte Interamericana. Assim, como assevera Mazzuoli (2011a, p. 899),

Caso o Estado não cumpra *sponte sua* a sentença da Corte cabe à vítima ou ao Ministério Público Federal (com fundamento no art. 109, inc. III, da Constituição, segundo o qual “aos juízes federais compete processar e julgar as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional”) deflagrar ação judicial a fim de garantir o efetivo cumprimento da sentença, uma vez que as mesmas também valem como *título executivo* no Brasil, tendo aplicação imediata, devendo tão somente obedecer aos procedimentos internos relativos à execução de sentença desfavorável ao Estado.

Impõe-se ainda destacar que, em relação ao Brasil, até o ano de 2010 mais de 70 casos foram submetidos à Comissão Interamericana, sendo apenas 8 casos submetidos à Corte Interamericana em face do Estado brasileiro.

Ressalte-se que a primeira condenação internacional do Brasil por violação de direitos humanos protegidos pela Convenção Americana se deu relativamente ao *Caso Damião Ximenes Lopes*, fruto da Demanda nº 12.237, encaminhada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (que tem sede em Washington, nos Estados Unidos) à Corte Interamericana de Direitos Humanos (localizada em San José, na Costa Rica) em 1º de outubro de 2004. Informa Mazzuoli (2011a, p. 898).

O caso dizia respeito à morte do Sr. Damião Ximenes Lopes (que sofria de deficiência mental) em um centro de saúde que funcionava à base do *Sistema Único de Saúde*, chamado Casa de Repouso Guararapes, localizado no Município de Sobral, Estado do Ceará. Durante sua internação para tratamento psiquiátrico a vítima sofreu uma série de torturas e maus-tratos, por parte dos funcionários da citada Casa de Repouso. A falta de investigação e punição dos responsáveis, e ainda de garantias judiciais, acabaram caracterizando a violação da Convenção em quatro principais artigos: o 4º (direito a vida), o 5º (direito à integridade física), o 8º (garantias judiciais) e o 25º (direito à proteção judicial). Na sentença de 4 de julho de 2006 – que foi a primeira do sistema interamericano a julgar a violação de direitos humanos de pessoa portadora de deficiência mental –, a Corte Interamericana determinou, entre outras coisas, a obrigação do Estado brasileiro de investigar os responsáveis pela morte da vítima e de realizar programas de capacitação para os profissionais de atendimento psiquiátrico, e o pagamento de indenização (no prazo de uma ano) por danos materiais e imateriais à família da vítima, no valor de US\$ 146 mil.

Neste caso, observando a regra do art. 68, § 1, do Pacto de São José (que dispõe que “os Estados-partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes”), o governo brasileiro procedeu ao imediato pagamento do valor ordenado pela Corte Interamericana. Assim, através do Decreto nº 6.185, de 13 de agosto de 2007, o Presidente da República autorizou a Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República a “promover

as gestões necessárias ao cumprimento da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, expedida em 4 de julho de 2006, referente ao caso Damião Ximenes Lopes, em especial indenização pelas violações dos direitos humanos aos familiares ou a quem de direito couber, na forma do Anexo a este Decreto” (art. 1º).

Na segunda condenação do Brasil na Corte Interamericana (relativa ao Caso Arley José Escher e outros, sobre interceptações telefônicas ilegais a trabalhadores do Movimento Sem Terra – MST) o governo brasileiro procedeu da mesma maneira, editando o Decreto nº 7.158, de 20.04.2010, por meio do qual autorizou a Secretaria de Recursos Humanos da Presidência da República a dar cumprimento à sentença da Corte de 06.07.2009, pagando o montante de US\$ 22 mil a cinco beneficiários (MAZZUOLI, 2011a, p. 898).

Cabe o registro, outrossim, do caso Gomes Lund e outros *versus* Brasil<sup>10</sup>, em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Brasil, em 24 de outubro de 2010, em razão do desaparecimento de integrantes da guerrilha do Araguaia por ocasião das operações militares ocorridas na década de 70.

Realçou a Corte que as disposições da lei de anistia de 1979 são manifestamente incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação de graves violações de direitos humanos, nem para a identificação e punição dos responsáveis. Enfatizou que leis de anistia relativas a graves violações de direitos humanos são incompatíveis com o Direito Internacional e as obrigações jurídicas internacionais contraídas pelos Estados. Respaldou sua argumentação em vasta e sólida jurisprudência produzida por órgãos das Nações Unidas e do sistema interamericano, destacando também decisões judiciais emblemáticas invalidando leis de anistia na Argentina, no Chile, no Peru, no Uruguai e na Colômbia (PIOVESAN, 2013, p. 94-95).

Atualmente no sistema interamericano, são seus próprios órgãos que realizam a supervisão do cumprimento das decisões que eles próprios proferem. Isto porque a Convenção Americana não estabelece mecanismo específico para supervisionar o cumprimento das decisões da Comissão ou da Corte, embora a Assembleia Geral da OEA tenha o mandato genérico a este respeito, nos termos do art. 65 da Convenção Americana. Por isso, Trindade e Robles (*apud* PIOVESAN, 2013b, p. 112), informam que

---

<sup>10</sup> Gomes Lund e outros vs. Brasil, Inter-American Court, 24-11-2010.

{...} a Corte Interamericana vem exercendo *motu proprio* a supervisão da execução de suas sentenças, dedicando-lhe um ou dois dias de cada período de sessões. Mas a supervisão – como exercício de garantia coletiva – da fiel execução das sentenças e decisões da Corte é uma tarefa que recai sobre o conjunto dos Estados-partes da Convenção.

À vista do exposto, pode-se seguramente afirmar que, frente às situações de inércia ou ineficácia das instituições nacionais, o sistema interamericano tem se apresentado no cenário mundial como relevante mecanismo internacional de proteção dos direitos humanos.

#### **1.1.4 A conferência mundial sobre direitos humanos de Viena de 1993**

Como já mencionado, no pós-Segunda Guerra proliferaram-se os instrumentos internacionais de direitos humanos, nos planos globais e regionais de proteção, percebendo a sociedade internacional que a questão “direitos humanos” tornou-se um tema de legítimo interesse internacional.

Extraí-se do cenário internacional pós-moderno que essa força expansiva dos direitos humanos

[...] teve como mola propulsora a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos de Viena de 1993, que agregou ao princípio já conhecido da universalidade dos direitos humanos outros três – a indivisibilidade, a interdependência e a inter-relacionariedade –, conforme se depreende do § 5º de sua Declaração e Programa de Ação (MAZZUOLI, 2010, p. 22).

A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos foi realizada em Viena, no ano de 1993, sob o sistema da Organização das Nações Unidas, onde mais de 180 dos Estados-membros presentes reafirmaram os *termos universais* da Declaração dos Direitos do Homem. Portanto, quase quarenta anos após a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a Conferência de Viena veio consagrar e reafirmar o compromisso universal datado de 1948 (FACHIN, 2009, p. 71-72).

É de se notar que a Conferência de Viena pôde contar com a experiência acumulada nos últimos anos na operação dos órgãos de supervisão internacionais, tendo como finalidade avaliar esta experiência, examinar os problemas de coordenação dos múltiplos instrumentos de proteção e as formas de aperfeiçoá-los e dotá-los de maior eficácia (TRINDADE, 1997, p. 178).

Segundo se colhe da informação de Fachin (2009, p. 75):

A Declaração de Viena de 1993 exigiu da comunidade internacional, 'ter em mente' particularidades históricas, religiosas, nacionais e regionais na implementação dos direitos humanos universais. Lida de modo literal essa ordem não excepcional. Todo indivíduo humano, todo grupo humano, toda nação, todo Estado é *particular*, e possui uma história particular e um caráter particular. O imperativo do respeito pela pessoa humana, que é a base da doutrina dos direitos universais, exige de nós 'ter em mente' que todo indivíduo humano vive em grupos sociais e nações, e dentro da jurisdição dos Estados, quando as soluções para os problemas *práticos* de implementação dos princípios dos direitos humanos em circunstâncias sociais reais são trabalhadas.

No campo dos direitos humanos internacionais, a Conferência de Viena de 1993 trouxe várias conquistas através de sua respectiva Declaração e Programa de Ação, destacando Mazzuoli (2010, p. 26):

[...] a) a reafirmação dos propósitos da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e de que a *universalidade* dos direitos humanos é imune a dúvidas; b) a complementação do princípio da universalidade com os princípios da indivisibilidade, interdependência e inter-relacionariedade; c) o reconhecimento da superioridade da visão universalista em relação à visão relativista, entendendo-se que as particularidades nacionais e regionais, bem como os diversos contextos históricos e culturais de um país *devem ser levados em consideração, mas sem prejudicar a proteção dos direitos humanos*; d) a reiteração de que os conceitos de democracia e desenvolvimento devem andar juntos e se complementam mutuamente; e e) a reafirmação de que o *desenvolvimento* é sim um direito, que tem como destinatário final o ser humano.

Tais pontos fundamentais, reconhecidos na Conferência de Viena, já podem ser considerados como os novos paradigmas do direito internacional público pós-moderno.

No que se refere às obrigações dirigidas aos Estados, a Conferência de Viena de 1993 trouxe ainda significativo avanço, ao introduzir na sua Declaração e Programa de Ação que incumbe aos Estados o provimento de recursos internos “capazes de reparar as violações de direitos humanos, assim como o fortalecimento de sua estrutura de administração da justiça à luz dos padrões consagrados nos instrumentos internacionais de direitos humanos” (TRINDADE, 2002, p. 647).

Merece ainda destacar que, na medida em que confirmou o conteúdo da Declaração das Nações Unidas sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986<sup>11</sup>, veio

---

<sup>11</sup> Em 1986 foi aprovada a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento pela Assembleia Geral da ONU, por meio de sua Resolução nº 41/128, a qual reconheceu que “o desenvolvimento é um

a “inserir, definitivamente, no universo conceitual do Direito Internacional dos Direitos Humanos o direito ao desenvolvimento” (TRINDADE, 2002, p. 647).

A parte operativa II, a mais detalhada do principal documento da Conferência de Viena (correspondente ao Programa de Ação), dedicou-se

[...] à necessidade de maior coordenação e racionalização no trabalho dos órgãos de supervisão internacionais dos instrumentos de direitos humanos nas Nações Unidas; ao aperfeiçoamento do sistema de relatórios, ao maior uso do sistema de petições ou denúncias sob tratados de direitos humanos; ao fortalecimento do sistema de seus relatores especiais e grupos de trabalho; ao uso de indicadores adequados para medir o grau de realização dos direitos econômicos, sociais e culturais; e ao desenvolvimento de mecanismos de prevenção e de seguimento (em relação aos sistemas de petições e relatórios). Por meio de tais mecanismos se haveria de fortalecer os instrumentos existentes de proteção, de modo a assegurar um *monitoramento contínuo* dos direitos humanos em todo o mundo (TRINDADE, 2002, p. 647-648).

À vista do exposto, infere-se a grande influência da Conferência de Viena para o processo de asserção dos direitos humanos, chegando a doutrina a afirmar

---

processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa ao constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes”. Tal Declaração consagrou o direito ao desenvolvimento como direito humano, conceituando-o em seu art. 1º nos seguintes termos: “Um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados” (trechos extraídos da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento adotada pela Resolução n.º 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986). Tratando sobre o alcance do direito ao desenvolvimento, assevera Lafer (1999) que, no campo dos valores, em matéria de direitos humanos, a consequência de um sistema internacional de polaridades definidas – Leste/Oeste, Norte/Sul – foi a batalha ideológica entre os direitos civis e políticos (herança liberal patrocinada pelos EUA) e os direitos econômicos, sociais e culturais (herança social patrocinada pela então URSS). Nesse cenário surge o “empenho do Terceiro Mundo de elaborar uma identidade cultural própria, propondo direitos de identidade cultural coletiva, como o direito ao desenvolvimento”. A seu turno, preleciona Cardia (2005, p. 57) que, no final da década de cinquenta e início da de sessenta, frente à independência de grande parte das antigas colônias, a questão do desenvolvimento entra definitivamente como um dos pilares da atuação da ONU, pois os grupos do então denominado “Terceiro Mundo”, que constituíam nessa época (e ainda hoje constituem) a maioria na Assembleia Geral da ONU, reivindicavam a independência de outros Estados ainda sob dominação colonial, a ampliação da cooperação internacional justa e o desenvolvimento dos seus povos. Assim, devido à forte pressão dos países de “Terceiro Mundo”, na década de 1960 nasceu o direito ao desenvolvimento como “um programa normativo de cooperação em diversas áreas das relações econômicas, com vistas a superar as profundas diferenças de desenvolvimento existentes entre os povos do mundo”. Ressalte-se que, muito antes da Declaração da ONU sobre Direito ao Desenvolvimento de 1986, a Carta Africana de Direitos de Humanos e dos Povos de 1981 já havia reconhecido expressamente o direito ao desenvolvimento como um direito do ser humano em seu artigo 22º, nºs 1 e 2. Todavia, o reconhecimento definitivo do direito ao desenvolvimento como um direito humano inquestionável levou-se a efeito na Conferência de Viena de 1993 sobre Direitos Humanos, em seu Capítulo I, ponto 10: “A Conferência Mundial sobre Direitos do Homem reafirma o direito ao desenvolvimento, conforme estabelecido na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, enquanto direito universal e inalienável e parte integrante dos Direitos do homem fundamentais”.

que, a partir dela, os direitos humanos “antes abordados – quando o eram – de forma marginal nos encontros dedicados a assuntos econômicos e sociais, tornaram-se uma espécie de fio condutor das demais discussões” (ALVES, 1997, p. 12), constatando-se uma sensível modificação na sua natureza, que passou a receber novas propriedades, suplementares às que sempre foram atribuídas aos mesmos.

## **1.2 O Brasil e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos**

A Constituição Brasileira de 1988, como marco jurídico da institucionalização no Brasil dos direitos humanos e da transição democrática do País, ineditamente, consagra a prevalência do respeito aos direitos humanos como paradigma reclamado pela ordem internacional.

“Esse princípio invoca a abertura da ordem jurídica brasileira ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos e, ao mesmo tempo, exige uma nova interpretação de princípios tradicionais como a soberania nacional e a não intervenção, impondo a flexibilização e relativização desses valores. Se para Estado brasileiro a prevalência dos direitos humanos é princípio a reger o Brasil no cenário internacional, está-se conseqüentemente admitindo a concepção de que os direitos humanos constituem tema de legítima preocupação e interesse da comunidade internacional. Os direitos humanos, para a Carta de 1988, surgem como tema global” (PIOVESAN, 2013b, p. 83).

De fato, a partir da Constituição de 1988, passou-se a vivenciar uma intensificação e conjugação do direito internacional e do direito interno, do que resultou um fortalecimento do sistema internacional de proteção dos direitos fundamentais, dotado de “uma principiologia e lógica próprias, fundadas no princípio da primazia dos direitos humanos. Testemunha-se o processo de internacionalização do direito Constitucional somado ao processo de constitucionalização do Direito Internacional” (PIOVESAN, 2013b, p. 76)

Ressalte-se que, atualmente, praticamente todos os tratados internacionais significativos sobre direitos humanos, integrantes do sistema global de proteção desses direitos, já se encontram ratificados pelo Brasil e em vigor no país. Assim, à guisa de exemplos, já se encontram incorporados ao direito brasileiro: a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948), a Convenção

Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951), o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados (1966), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1979), o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1999), a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (1998), o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança Referentes à Venda de Crianças, à Prostituição Infantil e à Pornografia Infantil (2000) o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança Relativo ao Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados (2000) e, ainda, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, conhecida como *Convenção de Mérida* (2003). Aliem-se a estes instrumentos os tratados sobre direitos sociais (v.g., as convenções da OIT) e em matéria ambiental (também incorporados e em vigor no Brasil).

Outrossim, no que respeita ao sistema interamericano de direitos humanos, o Brasil já é parte de praticamente todos os tratados existentes, a exemplo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988), do Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte (1990) da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985), da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994), da Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (1994) e da Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (1999).

Feitas essas considerações, passa-se à análise da aplicabilidade de alguns desses instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos no direito Interno brasileiro.

## CAPÍTULO II

### A APLICABILIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO DIREITO INTERNO

#### 2.1 A Integração dos Tratados Internacionais ao Direito Interno

Os tratados internacionais constituem-se em acordos internacionais obrigatórios e vinculantes, englobando as Convenções, os Pactos, as Cartas e demais acordos internacionais, e consubstanciando-se na principal fonte de obrigação do direito internacional.

Entende-se por tratado

[...] todo acordo formal, concluído entre sujeitos do Direito Internacional Público, regido pelo Direito das Gentes e que visa a produção de efeitos de direito para as partes contratantes. Ou, na definição de Paul Reuter, tratado “é uma manifestação de vontades concordantes, imputável a dois ou mais sujeitos de direito internacional, e destinada a produzir efeitos jurídicos de conformidade com as normas do direito internacional” (MAZZUOLI, 2011b, pág. 40)

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados trouxe uma definição de *tratado internacional*, em seu artigo 2º, § 1º, a, como “um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica”.

Como se vê, restringiu a Convenção o conceito aos tratados celebrados entre os Estados, não envolvendo os tratados dos quais participam organizações internacionais. Ressalte-se que a presente análise limitar-se-á aos tratados celebrados pelos Estados, uma vez que, para o exame do sistema internacional de proteção de direitos humanos, são estes os tratados que interessam.

Posto isto, cabe considerar que, atualmente, encontra-se superada a discussão quanto à força imperativa dos tratados internacionais, que obriga os Estados signatários e seus cidadãos. Os questionamentos, hodiernamente, cingem-se a saber, primeiro, se sua aplicabilidade/vigência se dá, no plano interno, de modo automático ou se a adoção de certas formalidades é necessária; e segundo, na

hipótese de confronto entre o direito interno e o internacional, qual sistema normativo deverá prevalecer.

Na análise da forma como os tratados internacionais se integram à legislação do Estado, surgem duas teorias: a monista e a dualista. De acordo com a teoria monista, o direito interno e o direito internacional compõem uma mesma e única ordem jurídica, tratando-se de dois ramos de um mesmo sistema jurídico. Por isto mesmo, o ato de ratificação por si só gera efeitos no plano interno e internacional, bastando a ratificação para que se dê sua vigência interna. Neste sentido (MAZZUOLI, 2011a, p. 81):

Em outras palavras, uma norma internacional quando aceita por um Estado (v.g., quando este *ratifica* um tratado) já tem aptidão para ser aplicada no plano do seu Direito interno, sem a necessidade de ser 'transformada' em norma interna (por ato posterior de um dos poderes constituídos, v.g., o Poder Legislativo).

Na teoria dualista, o direito interno e o direito internacional constituem-se em dois sistemas distintos e independentes. Assim, o sistema internacional não obriga os indivíduos enquanto suas normas não sejam transformadas em direito interno. Para os dualistas,

a norma internacional só pode ser aplicada no âmbito interno a partir do momento em que é transformada em norma jurídica interna, ou seja, existe a necessidade de uma formalidade de ato interno para que se possa falar em obrigatoriedade e executoriedade no território nacional (SIQUEIRA JR, 2003, p. 15).

De fato, em se tratando de tratados comuns, não há na Constituição nenhum dispositivo que enfrente a questão da relação entre o direito internacional e o direito interno, não havendo menção expressa à corrente monista ou dualista. Diante da omissão constitucional acerca da matéria, a doutrina majoritária preconiza a adoção da corrente dualista. Com efeito, para a produção de efeitos jurídicos no Brasil, é necessária a expedição pelo Presidente da República de um decreto de execução. Neste sentido:

No sistema jurídico pátrio, como ocorre em outros, verifica-se a anomia legislativa no que tange à ausência de disciplina entre a norma interna e o tratado. A Carta constitucional não faz qualquer menção expressa, consagrando qualquer uma das correntes monista ou dualista. De fato, o sistema jurídico pátrio se aproxima da teoria dualista, sem contudo adotar o

radicalismo da lei formal para que a norma internacional incorpore o sistema interno. Também não se contentou com a tese monista, ou seja, a simples ratificação (SIQUEIRA JR, 2003, p. 15).

Tratando sobre a incorporação dos tratados internacionais no direito brasileiro, preleciona Piovesan (2000, p. 158):

A doutrina predominante tem entendido que, em face do vazio e silêncio constitucional, o Brasil adota a corrente dualista, pela qual há duas ordens jurídicas diversas: a ordem interna e a ordem internacional. Para que o tratado ratificado produza efeitos no ordenamento jurídico interno, faz-se necessária a edição de um ato normativo nacional. No caso brasileiro, este ato tem sido um decreto de execução, expedido pelo Presidente da República, com a finalidade de conferir execução e cumprimento ao tratado ratificado no âmbito interno.

Acerca do tema, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

A Suprema Corte brasileira tem exigido, após a aprovação do tratado pelo Congresso Nacional e à troca dos respectivos instrumentos de ratificação – o que, de resto a prática brasileira já segue há vários anos –, que seja o tratado internacional *promulgado* internamente, por meio de um *decreto de execução presidencial* (não se exigindo seja o tratado ‘transformado’ em lei interna). Para o Supremo Tribunal Federal tal *decreto executivo*, enquanto momento culminante do processo de incorporação dos tratados ao sistema jurídico brasileiro, é manifestação *essencial e insuprimível*, considerando-se seus três efeitos básicos: a) a *promulgação* do tratado internacional; b) a *publicação* oficial de seu texto; e c) a *executoriedade* do ato internacional. Nesse sentido, poder-se-ia dizer que o STF tem assumido a posição dualista moderada. Mas deve-se esclarecer que a Suprema Corte jamais conseguiu demonstrar o dispositivo constitucional no qual se fundamentou para dizer da obrigatoriedade da promulgação executiva do tratado entre nós (MAZZUOLI, 2011a, p. 79).

Todavia, impõe-se ressaltar que tal interpretação não se aplica aos tratados internacionais de direitos humanos, haja vista que, como adiante restará demonstrado, por força do aludido § 1º do art. 5º, da Constituição Federal, tais tratados dispensam a edição do referido decreto de execução e assim que ratificados, produzem efeitos na ordem jurídica interna, possuindo aplicabilidade imediata. Cabe citar nesse ponto a lição do referido autor: “quando em jogo o tema “direitos humanos” uma solução mais fluida (e, portanto, transigente) pode ser adotada, posição essa que não deixa de ser *monista*, tampouco *internacionalista*, mas refinada com *dialogismo* (que é a possibilidade de um “diálogo” entre as fontes de proteção internacional e interna, a fim de escolher qual a “melhor norma” a ser aplicada no caso concreto). Assim, no que tange ao tema dos “direitos humanos” é

possível falar na existência de um *monismo internacionalista dialógico*” (MAZZUOLI, 2011a, p. 90).

Prossegue ainda o autor (2011a, p. 355):

No Brasil, *promulgam-se* executivamente (por *decreto* presidencial) todos os tratados aprovados pelo Congresso Nacional, valendo como ato atestatório da existência do tratado. (...) O mesmo não se diga em relação aos tratados de direitos humanos, cuja protelação destes atos suplementares pode servir de pretexto para *não cumprir* e *não atribuir os direitos* que o tratado prevê aos cidadãos, devendo-se, por isso, considerar que eles têm aplicação imediata a partir de suas respectivas ratificações, sendo sua promulgação algo facultativo.

Enfrentando, particularmente, a questão dos efeitos da regra do § 3º do art. 5º da Constituição no que respeita à aplicabilidade dos tratados de direitos humanos no Brasil, estabelece:

[...] *Aplicação imediata dos tratados de direitos humanos independentemente da regra do § 3º do art. 5º da Constituição* [...] Isso porque a regra que garante aplicação imediata às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, insculpida no § 1º do art. 5º da Constituição (*verbis*: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”) **sequer remotamente induz a pensar que os tratados de direitos humanos só terão tal aplicabilidade imediata (pois eles também são normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais) depois de aprovados pelo Congresso Nacional pelo quórum estabelecido no § 3º do art. 5º.** Pelo contrário: A Constituição é expressa em dizer que as “normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais” têm aplicação imediata, mas não diz quais são ou quais deverão ser essas normas. A Constituição não especifica se elas devem provir do Direito interno ou do Direito Internacional (por exemplo, dos tratados internacionais de direitos humanos), mas apenas diz que todas elas têm aplicação imediata, independentemente de serem ou não aprovadas por maioria qualificada. Tal significa que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil podem ser imediatamente aplicados pelo Poder Judiciário, com *status* de norma constitucional, independentemente de promulgação e publicação no *Diário Oficial da União* e independentemente de serem aprovados de acordo com a regra do novo § 3º do art. 5º da Carta de 1988 (MAZZUOLI, 2011a, p. 847). Grifos adicionados.

Neste particular, posiciona-se de igual modo Piovesan (2013a, p. 158-160):

O § 3º do art. 5º tão somente veio a fortalecer o entendimento em prol da incorporação automática dos tratados de direitos humanos. (...) Em síntese, relativamente aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, a Constituição Brasileira de 1988, em seu art. 5º, § 1º acolhe a sistemática da incorporação automática dos tratados, o que reflete a adoção da concepção monista. Ademais, como apreciado no tópico anterior, a Carta de 1988 confere aos tratados de direitos humanos o *status* de norma constitucional, por força do art. 5º, §§ 2º e 3º. O regime jurídico diferenciado

conferido aos tratados de direitos humanos não é, todavia, aplicável aos demais tratados, isto é, aos tradicionais.

Por isto mesmo, concordamos com Piovesan quando defende o entendimento de que

[...] a Constituição adota um sistema jurídico misto, na medida em que para os tratados de direitos humanos acolhe a sistemática de incorporação automática, enquanto que para os tratados tradicionais acolhe a sistemática da incorporação não automática (2000, p.159).

Por força do art. 5º, §§ 2º e 3º, a Carta de 1988 atribui aos direitos enunciados em tratados internacionais hierarquia de norma constitucional, incluindo-os no elenco dos direitos constitucionalmente garantidos, que apresentam aplicabilidade imediata. Os demais tratados internacionais têm força hierárquica infraconstitucional, nos termos do art. 102, III, b, do texto (que admite o cabimento de recurso extraordinário de decisão que declarar a inconstitucionalidade de tratado), e se submetem à sistemática de incorporação legislativa (2013b, p. 140).

Antes de se efetuar a análise, propriamente dita, dos efeitos da integralização dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica nacional, cumpre abordar, ainda que de forma sucinta, a questão da aplicabilidade provisória do tratado enquanto este não entra formalmente em vigor. A matéria, no âmbito do direito internacional, se acha regulada pelo art. 25, § 1º, alíneas *a* e *b*, da Convenção de Viena de 1969. Na dicção dos referidos dispositivos convencionais, o tratado poderá ser aplicado *provisoriamente* durante o interregno em que não entra formalmente em vigor, se o próprio tratado assim dispuser (neste caso, desde a adoção do texto ou em data imediatamente posterior) ou se os Estados negociadores assim acordarem por outra forma (v.g., por meio de um protocolo ou troca de notas simultâneo ou posterior).

Saliente-se que, nos termos do citado § 2º do art. 25 da Convenção, cada um dos contratantes poderá por fim, unilateralmente, à sua aplicação provisória, desde que notifique os demais pactuantes de sua intenção de *não se tornar parte* no tratado.

Como se vê, não se trata de um vigor provisório do tratado, mas de sua aplicação provisória, enquanto não entra em vigor.

Acerca do tema, ressalta Mazzuoli (2011b, p. 184):

A importância que a aplicação provisória dos tratados vem galgando a cada dia tem demonstrado tratar-se de uma boa solução aos problemas da entrada em vigor dos tratados, especialmente o relativo à demora em se obter aprovação interna. A prática internacional tem demonstrado que assuntos vários (como os relativos a transportes, cooperação, comércio, pesca, transferência de tecnologia e tantos outros) estão a demandar soluções ágeis dos Estados, não podendo depender de demora ou de burocracia internas de cada um dos contratantes. Daí a faculdade que os negociadores têm de já fazer constar no tratado (ou acordarem por outra forma) que o mesmo será provisoriamente aplicado, enquanto não entrar formalmente em vigor.

Todavia, o Parlamento brasileiro reservou o art. 25 da Convenção de Viena no Decreto Legislativo nº 496/2009 (que aprovou a Convenção no Brasil), uma vez que tal aplicação provisória esbarra na letra do texto constitucional (arts. 49, inc. I e 84, inc. VIII, da Constituição Federal), que determina a submissão ao Congresso Nacional de todos os tratados celebrados pelo Chefe do Executivo, sendo de se ressaltar que, no Brasil, não são poucos os autores que “entendem que, cabendo ao Congresso Nacional referendar (*resolver definitivamente*) os tratados assinados pelo Chefe do Executivo, não estaria excluída a aplicação provisória de tais acordos, antes dessa aprovação” (MAZZUOLI, 2011a, p. 248-249).

Apresentado, nos termos acima, o entendimento quanto à aplicabilidade provisória dos tratados, prossegue-se no tema, passando-se à análise dos efeitos da integralização dos tratados na ordem jurídica nacional, cabendo asseverar, desde logo, que, uma vez em vigor no plano internacional, os tratados ratificados pelo Brasil, devidamente promulgados e publicados, passam a produzir efeitos na ordem jurídica doméstica.

Conforme preleciona Mazzuoli (2011a, p. 362-363):

O primeiro e mais imediato dos efeitos gerados por um tratado na ordem jurídica interna é o de revogar todas as disposições em contrário ou incompatíveis da legislação infraconstitucional (aí compreendidas, à exceção das emendas constitucionais, todas as demais espécies normativas que compõem o arcabouço normativo nacional). Tudo quanto está abaixo da Constituição, os tratados comuns (e não os que dispõem sobre direitos humanos, que têm índole e nível constitucionais) revogam ou modificam, se com eles incompatível ou expressamente em contrário. Havendo incompatibilidade entre as disposições convencionais e as normas de Direito interno, uma vez que aquelas obedecem, em regra, aos mesmos parâmetros de vigência e eficácia das disposições legislativas domésticas, resolve-se eventual antinomia sempre em favor do tratado, que é hierarquicamente superior a qualquer disposição interna infraconstitucional. [...] Outro efeito dos tratados, internamente, é o de autorizar que os particulares reclamem, perante as instâncias judiciais ordinárias, a

satisfação dos direitos neles estabelecidos e o cumprimento das obrigações deles decorrentes. Isto, entretanto, só será possível caso se verifique, pelo conteúdo do instrumento, que o mesmo tem como destinatário certo o cidadão. Um tratado de proteção dos direitos humanos que, por sua natureza, cria direito subjetivo ao cidadão, poderá ter o seu fiel cumprimento exigido perante uma instância judicial interna.

Ainda quanto aos efeitos da integralização dos tratados no direito interno, impõe-se salientar que

Ao ratificar um tratado, o Estado assume quatro ordens de obrigações: a) respeitar, fazer respeitados e garantir os direitos reconhecidos pelo texto a toda pessoa sujeita à sua jurisdição; b) adaptar sua legislação interna ao estabelecido pelo tratado; c) assegurar que suas autoridades não tomem medidas ou promovam ações que sejam contra o disposto no tratado; d) colocar à disposição de toda pessoa que se sinta violada em seus direitos, recursos jurídicos efetivos para corrigir a situação (PIOVESAN, 2000, p. 310).

E ao ratificar um tratado internacional de direitos humanos, além de assumir obrigações específicas quanto a cada um dos direitos e garantias previstos, o Estado-parte assume uma obrigação geral de respeito e cumprimento de tais direitos, por seus poderes constituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário), e respectivos órgãos e agentes, do seguinte modo:

Essa obrigação geral se traduz para o Poder Executivo no dever de “organizar o poder público para garantir a todas as pessoas sob sua jurisdição o livre e pleno exercício de tais direitos”. Isto significa que a estrutura governamental deve adotar medidas, no âmbito de sua competência constitucional, para implementar administrativamente tais direitos e garantias protegidos bem como prevenir sua violação. Ocorrendo tais violações, cabe-lhe investigar sua autoria e promover a ação judicial cabível. Comprovados os danos produzidos, deve ainda promover, além da responsabilização dos agentes, a reparação das vítimas.

Para o Poder Legislativo, o dever geral de proteção dos direitos e liberdades consagrados na Convenção traduz-se no dever de adequação do direito interno à normativa internacional de proteção dos direitos humanos. Esta adequação referida revela-se, segunda a lição de Cançado Trindade, ou na regulamentação dos tratados para assegurar-lhes eficácia no direito interno, ou na alteração das leis nacionais para harmonizá-las com as disposições convencionais internacionais, ou, ainda, permita-se acrescentar, na abstenção de editar leis restritivas ou supressivas de direitos e garantias assegurados. (...)

Ao Poder Judiciário, por sua vez, compete a interpretação e aplicação harmoniosa das normas constantes dos tratados internacionais de proteção de direitos humanos com as normas do direito interno, em conformidade com os princípios e valores democráticos que lhes são peculiares, traduzindo-se na obrigação geral de que ‘as sentenças dos tribunais nacionais devem tomar em devida conta as disposições convencionais dos tratados de direitos humanos que vinculam o país em questão’ (...) Outra obrigação implícita importante do Poder Judiciário é a garantia de eficácia

dos recursos internos existentes e do seu exaurimento completo, em tempo razoável, em favor das supostas vítimas de violações de direitos humanos, para que estas passam exercitar seu direito de petição contra o Estado perante as órgãos internacionais de proteção humanitária” (LOUREIRO, 2005, p. 122-123).

Isto significa que o Judiciário nacional tem o dever de prover recursos internos eficazes contra violações tanto dos direitos consignados na Constituição como dos direitos consagrados nos tratados de direitos humanos que vinculam o país em questão, ainda mais quando a própria Constituição Nacional assim expressamente o determina. O descumprimento das normas convencionais engaja de imediato a responsabilidade internacional do Estado, por ato ou omissão, seja do Poder Executivo, seja do Legislativo, seja do Judiciário (TRINDADE, 2002, p. 650).

Assim é que, especificamente quanto aos tratados internacionais de direitos humanos, a análise da integração e eficácia de tais tratados no ordenamento jurídico brasileiro exige o estudo conjugado dos §§ 1º, 2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, como se verá a seguir.

## 2.2 A Incorporação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos ao Direito Brasileiro

No art. 5º, § 2º, da Constituição Brasileira consagra-se, de forma inédita, que “os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais”. Portanto, foram incorporados, incluídos na relação de direitos constitucionalmente protegidos, *a contrario sensu*, os direitos previstos nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte.

De fato, os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil foram erigidos à condição de **fonte normativa** do sistema jurídico nacional, como bem assinala Mazzuoli (2011a, p. 820), para quem, com a disposição do § 2º, do art. 5º, a Constituição de 1988

[...] passou a reconhecer claramente, no que tange a seu sistema de direitos e garantias, *uma dupla fonte normativa*: a) aquela advinda do Direito interno (*direitos expressos e implícitos* na Constituição, estes últimos subentendidos nas regras de garantias, bem como os decorrentes do regime e dos princípios pela Constituição adotados), e; b) aquela outra advinda do Direito Internacional (decorrente dos *tratados internacionais* de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil seja parte). De forma expressa, a Carta de 1988 atribuiu aos tratados internacionais de proteção dos direitos

humanos devidamente ratificados pelo Estado brasileiro a condição de fontes do sistema constitucional de proteção de direitos.

Como se vê, os direitos elencados em tais tratados integram e complementam os direitos fundamentais previstos constitucionalmente, devendo conferir-se a esses direitos o regime constitucional previsto para os demais direitos e garantias fundamentais.

[...] Esse processo de inclusão implica a incorporação pelo Texto Constitucional de tais direitos.

Ao efetuar a incorporação, a Carta atribui aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional. Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Essa conclusão advém ainda da interpretação sistemática e teleológica do Texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional (PIOVESAN, 2013a, p. 114).

Destarte, com o advento da Constituição Federal de 1988 (art. 5º, § 2º), vem a lume nova classificação dos direitos fundamentais. Piovesan (2013a, p. 120) propõe, nesse sentido,

uma nova classificação de direitos previstos pela Constituição. Por ela, os direitos seriam organizados em três grupos distintos: a) o dos direitos expressos na Constituição (por exemplo, os direitos elencados pelo texto nos incisos I a LXXVII, do art. 5º); b) **o dos direitos expressos em tratados internacionais de que o Brasil seja parte**; e finalmente, c) o dos direitos implícitos (direitos que estão subentendidos nas regras de garantias, bem como os direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição). Grifou-se.

Na mesma linha, afigura-se atualmente pacífico no Brasil o entendimento de que todas as normas constitucionais servem

[...] não somente como modelo para auferir-se a constitucionalidade das normas ordinárias e complementares, como de parâmetro hermenêutico para a interpretação e fixação do alcance das normas infraconstitucionais, além de vincularem a atuação do Poder Executivo (MELO; PFEIFFER, 2000, p. 312).

Por isto mesmo, quando o § 1º, do art. 5º, da Constituição Federal dispõe que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, resta fixada uma relevante regra hermenêutica: a regra será a

aplicabilidade imediata, sendo a eficácia limitada situação absolutamente excepcional.

Trazendo-se tal raciocínio para os tratados internacionais de direitos humanos, pode-se seguramente afirmar que a regra é que os tratados internacionais de direitos humanos possuem aplicabilidade imediata.

Saliente-se que, além do § 1º. do art. 5º, da Constituição Federal impor tal conclusão, a autoaplicabilidade advém das próprias normas de direito internacional, pois se um Estado-parte, ao ratificar o tratado, compromete-se a acatar os seus preceitos, é óbvio que as normas devem ser imediatamente exigíveis. A este respeito, são esclarecedoras as considerações de Trindade:

Pode-se mesmo admitir uma presunção em favor da autoaplicabilidade dos tratados de direitos humanos, exceto se contiverem uma estipulação expressa de execução por meio de leis subseqüentes que condicionem inteiramente o cumprimento das obrigações em apreço (1996, p. 24).

[...]

Por meio desse dispositivo constitucional, os direitos humanos consagrados em tratados de direitos humanos em que o Brasil seja parte incorporam-se *ipso facto* no direito interno brasileiro, no âmbito do qual passam a ter 'aplicação imediata' (art. 5 (1)) da mesma forma e no mesmo nível que os direitos constitucionalmente consagrados. [...]

Assim, a novidade do art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988 consiste no acréscimo, por proposta que avancei, ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados, dos direitos e garantias expressos em tratados internacionais sobre proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte. Observe-se que os direitos se fazem acompanhar necessariamente das garantias. É alentador que as conquistas do direito internacional em favor da proteção do ser humano venham a projetar-se no direito constitucional, enriquecendo-o, e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista (1991, p. 139-140 e p. 631).

No mesmo sentido:

Tal significa que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil podem ser imediatamente aplicados pelo Poder Judiciário, com *status* de norma constitucional, independentemente de promulgação e publicação no *Diário Oficial da União* e independentemente de serem aprovados de acordo com a regra do novo § 3º do art. 5º da Carta de 1988 (MAZZUOLI, 2011a, p. 847).

Por todo o exposto, da imediata aplicabilidade dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem interna (conjugação dos §§ 1º e 2º, do art. 5º, da Carta de 1988), decorre que, em regra, todas as disposições que estabeleçam direitos são

imediatamente exigíveis, afigurando-se inválidas todas as disposições legais (sejam ou não autoexecutáveis) com conteúdo contrário às normas estabelecidas nos tratados.

Assevere-se que na hipótese

[...] absolutamente excepcional, de ser necessária lei para tornar plenamente executável uma disposição contida nos tratados, há a obrigação do Estado em editar tal lei. Nestes casos, não se trata de uma faculdade, mas sim de um *dever de legislar*. Em tais hipóteses a inércia legislativa configura omissão inconstitucional (PIOVESAN, 2000, p. 314).

### **2.3 A Hierarquia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Direito Interno**

Concomitantemente à intensa ratificação, pelo Brasil, de inúmeros tratados internacionais protetivos dos direitos humanos, deu-se início ao processo de redemocratização do Estado Brasileiro, que teve na promulgação da Constituição Brasileira de 1988 seu marco decisivo. Trata-se do primeiro texto constitucional brasileiro a trazer expressamente (art. 4º) os princípios pelos quais o Brasil deve se reger nas suas relações externas.

Dentro de um cenário internacional marcadamente humanizante e protetivo, a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos foram erigidos pela Constituição de 1988 a princípios fundamentais da República Federativa do Brasil. E esses novos princípios jurídicos vêm oferecer fundamento axiológico a todo o sistema normativo nacional, devendo sempre ser considerados na interpretação de quaisquer normas do ordenamento jurídico pátrio.

Nesse contexto é que deve ser interpretado o § 2º, do art. 5º, da Constituição Brasileira, que, seguindo a tendência do constitucionalismo contemporâneo, veio inserir no rol dos direitos e garantias os decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, permitindo a abertura do nosso sistema jurídico ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

Tratando sobre esse modelo aberto de proteção dos direitos e garantias fundamentais, Loureiro (2004, p. 80) preleciona:

A inovação constitucional, conforme se destacou anteriormente, está na parte final do § 2º do art. 5º. Institui-se assim, na Carta de 1988, um sistema de integração entre as normas de direito constitucional e as normas de direito internacional dos direitos humanos, através de uma cláusula aberta para proteção dos direitos e garantias fundamentais. Não se trata, porém, como se vem pronunciando parte majoritária da doutrina constitucional pátria, de mais um dispositivo anódino, surgido apenas para aumentar ainda mais o já desesperadoramente extenso rol dos direitos e garantias fundamentais.

E prossegue concluindo:

Nessa mesma tendência, no modelo brasileiro inscrito na segunda parte do § 2º do art. 5º, as normas protetoras de direitos e garantias fundamentais, integrantes de tratados internacionais de direitos humanos, devidamente ratificados pela República Federativa do Brasil, passam a ter o mesmo *status* constitucional que aquelas normas assecuratórias de direitos e garantias fundamentais, previstas expressa ou implicitamente, ao longo do texto constitucional (2004, p. 80).

Como já ficou dito, a Constituição de 1988 atribuiu aos tratados internacionais de direitos humanos, expressamente, a condição de fontes do sistema constitucional de proteção de direitos. Assim, por força do art. 5º, §§ 1º e 2º, da Carta de 1988, aos direitos constantes dos tratados internacionais de direitos humanos foi conferida hierarquia constitucional. Neste sentido:

A hierarquia constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos decorre da previsão constitucional do art. 5º, § 2º, à luz de uma interpretação sistemática e teleológica da Carta, particularmente da prioridade que atribui aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Essa opção do constituinte de 1988 se justifica em face do caráter especial dos tratados de direitos humanos e, no entender de parte da doutrina, da superioridade desses tratados no plano internacional, tendo em vista que integrariam o chamado *jus cogens* (direito cogente e inderrogável) (PIOVESAN, 2013b, p. 58-59).

Acerca do tema, assinala Trindade (1991, p. 139-140):

Por meio desse dispositivo constitucional, os direitos humanos consagrados em tratados de direitos humanos em que o Brasil seja parte incorporam-se *ipso facto* no direito interno brasileiro, no âmbito do qual passam a ter 'aplicação imediata' (art. 5 (1)) da mesma forma e no mesmo nível que os direitos constitucionalmente consagrados. A intangibilidade dos direitos e garantias individuais é determinada pela própria Constituição Federal, que inclusive proíbe expressamente até mesmo qualquer emenda tendente a aboli-los (art. 60 (4) (IV)). A especificidade e o caráter especial dos tratados de direitos humanos encontram-se, assim, devidamente reconhecidos pela Constituição Brasileira vigente.

Na mesma linha, o pensamento de Weis (2010, p. 45):

Novamente faz-se questão de frisar a posição desta obra quanto ao reconhecimento da materialidade constitucional dos tratados de direitos humanos [...] Trata-se da coexistência de dois sistemas normativos paralelos, ambos vigentes no País, mas que têm mecanismos próprios e estanques de criação, modificação ou extinção de suas previsões, afastando os problemas que surgem quando se pretende a fusão de ambos. Como sistemas jurídicos paralelos, ambos são aptos a gerar direitos subjetivos para as pessoas submetidas à soberania brasileira. E, sobrevindo eventual conflito quanto ao sentido e alcance de um dado direito, no caso concreto, conforme se busque sua previsão num ou noutro sistema, tal se resolve não pela indagação de qual seja a norma 'superior', mas, sim, da que promova de forma mais ampla e eficaz o direito em questão, na forma preconizada pelas regras de interpretação dos direitos humanos, previstas nos respectivos tratados.

De fato, tem a doutrina pátria mais abalizada entendido que, com a previsão do § 2º, do art. 5º, a Constituição expressamente declara o conteúdo constitucional dos direitos constantes dos tratados internacionais firmados pelo Brasil.

Sobre o status constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, Mazzuoli (2011a, p. 819):

Com base neste dispositivo, que segue a tendência do constitucionalismo contemporâneo, 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. E a nossa interpretação sempre foi a seguinte: se a Constituição estabelece que os direitos e garantias nela elencados 'não excluem' outros provenientes dos tratados internacionais 'em que a República Federativa do Brasil seja parte', é porque ela própria está a autorizar que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil 'se incluem' no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem. É dizer, se os direitos e garantias expressos no texto constitucional 'não excluem' outros provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, é porque, pela lógica, na medida em que tais instrumentos passam a assegurar outros direitos e garantias, a Constituição 'os inclui' no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu 'bloco de constitucionalidade'.

E segue ainda enfatizando que, com a disposição do § 2º, do art. 5º, da Constituição Brasileira,

[...] tais tratados passaram a ser fontes do sistema constitucional de proteção de direitos no mesmo plano de eficácia e igualdade daqueles direitos, expressa ou implicitamente, consagrados pelo texto constitucional, o que justifica o *status* de norma constitucional que detêm tais instrumentos internacionais no ordenamento jurídico brasileiro (MAZZUOLI, 2011a, p. 820).

Na doutrina pátria, Mello (2001, p. 25), defende ainda o *status* supraconstitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, à vista dos princípios internacionais ligados à força expansiva dos direitos humanos e por sua caracterização como “normas de *jus cogens* internacional”. Tal autor se diz “ainda mais radical no sentido de que a norma internacional prevalece sobre a norma constitucional, mesmo naquele caso em que uma norma constitucional posterior tente revogar uma norma internacional constitucionalizada”.

Intentando solucionar as controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais quanto à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, a Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, acrescentou o § 3º ao art. 5º da Constituição Federal, com o seguinte texto:

§ 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.

Saliente-se que a Constituição, neste dispositivo, não criou nova espécie de emenda constitucional, devendo o tratado continuar a ser aprovado pelo Congresso por *decreto legislativo*, mas podendo ou não (decisão quanto ao quorum) o Parlamento dar aos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil a equivalência de emenda<sup>12</sup>.

Tratando sobre a introdução pela Emenda Constitucional nº 45/2004 do § 3º no art. 5º, magistralmente destaca Trindade (2007, p. 209):

Retrocesso provinciano põe em risco a inter-relação ou indivisibilidade dos direitos protegidos em nosso país (previstos nos tratados que o vinculam), ameaçando-os de fragmentação ou atomização, em favor dos excessos de um formalismo e hermetismo jurídicos eivados de obscurantismo. Os triunfalistas da recente Emenda Constitucional nº 45/2004, não se dão conta de que, do prisma do Direito Internacional, um tratado ratificado por um Estado o vincula *ipso jure*, aplicando-se de imediato, quer tenha ele previamente obtido aprovação parlamentar por maioria simples ou qualificada. Tais providências de ordem interna – ou, ainda menos, de *interna corporis*, – são simples *factos* do ponto de vista do ordenamento jurídico internacional, ou seja, são, do ponto de vista jurídico internacional,

---

<sup>12</sup> Ressalte-se que exatamente deste modo agiu o Congresso Nacional brasileiro ao aprovar os dois primeiros tratados de direitos humanos com equivalência de emenda constitucional depois da EC 45/2004, que foram a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, aprovados conjuntamente pelo Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, tendo seus textos sido promulgados pelo Decreto nº 6.949, de 25.08.2009.

inteiramente irrelevantes. A responsabilidade internacional do Estado por violações comprovadas de direitos humanos permanece intangível, independentemente dos malabarismos pseudo-jurídicos de certos publicistas (como a criação de distintas modalidades de prévia aprovação parlamentar de determinados tratados, a previsão de pré-requisitos para a aplicabilidade direto de tratados no direito interno, dentre outros), que nada mais fazem do que oferecer subterfúgios vazios aos Estados para tentar evadir-se de seus compromissos de proteção do ser humano no âmbito do contencioso internacional dos direitos humanos.

Como se vê, a Constituição Brasileira atualmente adota um sistema misto, quanto à hierarquia dos tratados internacionais, veiculando regimes jurídicos diferenciados: um atinente aos tratados de direitos humanos (hierarquia constitucional se aprovados na forma do seu art. 5º, § 3º) e outro aos tratados tradicionais (hierarquia infraconstitucional extraída do seu art. 102, III, *b*).

Atualmente, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o entendimento que prevalece é o de que os tratados internacionais, no direito interno, estariam posicionados em três níveis hierárquicos distintos: os tratados comuns no mesmo plano hierárquico da legislação ordinária; os tratados internacionais de direitos humanos (aprovados sem o quorum qualificado do § 3º do art. 5º da CF) com status supralegal; e, por fim, os tratados de direitos humanos aprovados com tal quorum qualificado, dotados de status constitucional. Acerca do tema:

Temos que admitir, por conseguinte, uma nova pirâmide jurídica no nosso País, segundo o STF: no patamar inferior está a lei, na posição intermediária estão os tratados de direitos humanos (aprovados sem o quorum qualificado do § 3º do art. 5º da CF) e no topo está a Constituição (GOMES, 2009,p. 67).

## **2.4 O Posicionamento do Supremo Tribunal Federal Quanto à Hierarquia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos**

A respeito informa Piovesan (2013a, p. 124) que:

[...] anteriormente a 1977, há diversos acórdãos consagrando o primado do Direito Internacional, como é o caso da União Federal vs. Cia. Rádio Internacional do Brasil (1951), em que o Supremo Tribunal Federal decidiu unanimemente que um tratado revogava as leis anteriores (Apelação Cível n. 9.587). Merece também menção um acórdão do STF, em 1914, no Pedido de Extradicação n. 7 de 1913, em que se declarava estar em vigor e aplicável um tratado, apesar de haver uma lei posterior contrária a ele. O acórdão na Apelação Cível n. 7.872 de 1943, com base no voto de

Philadelpho de Azevedo, também afirma que a lei não revoga o tratado. Ainda neste sentido está a Lei n. 5.172/66 que estabelece: 'Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna e serão observados pela que lhe sobrevinha'.

A jurisprudência brasileira, portanto, durante algumas décadas, mostrou-se firme na consagração da primazia do direito internacional sobre o direito interno, posicionamento que, todavia, veio a ser modificado a partir de 1977, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004/SE, a partir de quando se vivenciou um verdadeiro retrocesso no que diz respeito à matéria.

Por oportuno, impõe-se ressaltar que, na época, a doutrina brasileira tradicional vinha acolhendo, à luz do art. 102, III, b, da Constituição de 1988, o entendimento de que os tratados internacionais e as leis federais apresentavam a mesma hierarquia jurídica. Isso porque referido dispositivo constitucional atribui ao Supremo Tribunal Federal a competência para julgar, mediante recurso extraordinário, "as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade *de tratado ou lei federal*", do que passou-se a extrair a hierarquia infraconstitucional dos tratados internacionais, uma vez que estariam a lei federal e o tratado internacional iguais no mesmo nível hierárquico.

Assim, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004<sup>13</sup>, em 1977, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que, havendo conflito entre tratado e lei interna, a solução é encontrada aplicando-se o critério da *lex posterior derogat priori* (critério cronológico de solução de antinomias relativo às normas de idêntico valor). Partindo dessa paridade normativa<sup>14</sup> dos tratados comuns, declarada pelo STF, qualquer tratado internacional, ratificado e promulgado, passou a ter o *status*, a força de *lei ordinária* federal, podendo, por isso, revogar as disposições em contrário, ou ser revogado (perder eficácia) diante de lei posterior, haja vista

---

<sup>13</sup> A discussão, em sede recursal, versava sobre o conflito entre o Decreto-lei nº 427, de 22 de janeiro de 1969, que instituiu o registro obrigatório da nota promissória na repartição fiscal, sob pena de nulidade, e a Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, aprovada pela Convenção de Genebra, anteriormente ratificada pelo Estado brasileiro e com vigência reconhecida pelo próprio STF. O cerne de toda a controvérsia residia na pretensão de nulidade do Decreto-lei nº 427/69, que exigia como condição de validade da nota promissória o seu registro, dentro do prazo decadencial, na repartição competente definida pelo Ministério da Fazenda, requisito não previsto e não exigido pela Lei Uniforme de Genebra. A Suprema Corte, por maioria (contra apenas um voto vencido, o do relator Min. Xavier de Albuquerque, substituído pelo relator designado, Min. Cunha Peixoto), preferiu ater-se à noção de que não há prevalência hierárquica entre tratados internacionais e leis internas.

<sup>14</sup> Entendeu o STF, portanto, que a Constituição brasileira da época, ao tratar de sua exclusiva competência, teria colocado os tratados internacionais ratificados pelo Brasil no mesmo plano hierárquico das normas infraconstitucionais, o que reflete a concepção *monista moderada*.

constituírem-se em fontes que se situariam no mesmo plano e no mesmo grau de eficácia em que se posicionam as leis internas<sup>15</sup>.

Destarte, desde 1977 a jurisprudência do STF, no que respeita aos tratados internacionais comuns (à exceção dos tratados de direitos humanos) tem adotado a possibilidade de superação de um tratado em virtude da edição de lei posterior incompatível (MAZZUOLI, 2002, p. 15-29).

Ressalte-se que tal tese foi, inclusive, reiterada pelo STF no ano de 1995, quando do julgamento do HC 72.131-RJ (22.11.1995), em caso relativo à prisão civil por dívida do depositário infiel. Na ocasião, enfrentando o impacto do Pacto de São José da Costa Rica, que em seu art. 7, VII, proíbe a prisão civil por dívida (salvo no caso de alimentos), a Suprema Corte decidiu que:

[...] inexistente na perspectiva do modelo constitucional vigente no Brasil, qualquer procedência ou primazia hierárquico-normativa dos tratados ou convenções internacionais sobre o direito positivo interno, sobretudo em face das cláusulas inscritas no texto da Constituição da República, eis que a ordem normativa externa não se superpõe, em hipótese alguma, ao que prescreve a Lei Fundamental da República. (...) a ordem constitucional vigente no Brasil não pode sofrer interpretação que conduza ao reconhecimento de que o Estado brasileiro, mediante convenção internacional, ter-se-ia interditado a possibilidade de exercer, no plano interno, a competência institucional que lhe foi outorgada expressamente pela própria Constituição da República. A circunstância do Brasil haver aderido ao Pacto de São José da Costa Rica – cuja posição, no plano da hierarquia das fontes jurídicas, situa-se no mesmo nível de eficácia e autoridade das leis ordinárias internas – não impede que o Congresso Nacional, em tema de prisão civil por dívida, aprove legislação comum instituidora desse meio excepcional de coerção processual (...) Parece-me irrecusável, no exame da questão concernente à primazia das normas de direito internacional público sobre a legislação interna ou doméstica do Estado brasileiro, que não cabe atribuir, por efeito do que prescreve o art. 5º, parágrafo 2º, da Carta Política, um inexistente grau hierárquico das convenções internacionais sobre o direito positivo interno vigente no Brasil (...) <sup>16</sup>.

Como se vê, em 1995, o Supremo Tribunal Federal manteve a teoria da paridade hierárquica entre tratado e lei federal na decisão do *Habeas Corpus* nº 72.131<sup>17</sup>.

No que concerne ao tema do conflito entre tratados e leis internas, de certo modo avançou o STF, em 29 de março de 2000, com o voto do Min. Sepúlveda Pertence, no *RHC* 79.785/RJ, em que se posicionou no sentido de ser possível

<sup>15</sup> V. o Acórdão do STF, no RE n.º 80.004-SE, *in* RTJ 83/809 e ss.

<sup>16</sup> Estes trechos foram extraídos do voto do Ministro Celso de Mello no julgamento do HC 72.131-RJ, em 22.11.1995. Note-se que esse entendimento foi posteriormente reiterado nos julgamentos do RE 206.482-SP; HC 76.561-SP, Plenário, 27.5.1998; ADI 1480-3-DF, 4.9.1997; e RE 243.613, 27.4.1999.

<sup>17</sup> Registre-se que em 12 de março de 2008 o Min. Celso de Mello, no HC 87.585-8/TO, quanto aos tratados comuns, continuou a seguir a doutrina clássica do STF, que os situa no mesmo plano hierárquico da legislação ordinária.

considerar os tratados *de direitos humanos* como instrumentos de caráter *supralegal* (colhe-se do voto: “a aceitar a outorga de força supralegal 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”).

Entretanto, ficou ainda mais clara no STF a tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos com o voto-vista do Min. Gilmar Mendes, no julgamento do RE 466.343-1/SP, em que se discutia a questão da prisão civil por dívida nos contratos de alienação fiduciária em garantia<sup>18</sup> (julgamento definitivo em 03.12.2008). Com efeito, defendeu o Min. Gilmar Mendes a tese de que os tratados de direitos humanos estariam num nível hierárquico intermediário: abaixo da Constituição, mas acima de toda a legislação infraconstitucional, não obstante continuar entendendo que os tratados internacionais comuns guardam relação de paridade normativa com o ordenamento jurídico nacional.

Conforme se colhe do voto, “parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de *supralegalidade* aos tratados e convenções de direitos humanos”, segundo a qual “os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de *supralegalidade*”. E continua: “Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção da pessoa humana”.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> O Tribunal, neste caso de que foi relator o Min. Cezar Peluso (julgado definitivamente em 03.12.2008), rechaçou expressamente esse tipo de coerção pessoal na alienação fiduciária em garantia. A sessão plenária do dia 3 de dezembro de 2008 foi considerada (inclusive pelos Ministros ali presentes) como uma sessão histórica, haja vista que o Tribunal, a partir dali, modificara seu anterior entendimento que era no sentido da plena *constitucionalidade* da prisão civil por dívida nos casos de alienação fiduciária em garantia. Posteriormente, com a edição da Súmula Vinculante n.º 25 (de 16.12.2009, *DOU* de 23.12.2009, p 1), o STF passou a abolir definitivamente no Brasil a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito, nestes termos: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”.

<sup>19</sup> V. voto-vista do Min. Gilmar Mendes, no RE 466.343-1/SP, p. 21. Frise-se que em 12 de março de 2008 o Min. Celso de Mello, no HC 87.585-8/TO, em que também se discutia a impossibilidade de prisão civil por dívida pela aplicação do Pacto de São José da Costa Rica, modificou radicalmente a sua opinião anterior (tal como expressa no despacho monocrático do HC n.631-5/SC. publicado no *DJU* 158-E, de 19.08.1998, Seção I, p. 35) para aceitar a tese segundo a qual os tratados de direitos humanos têm índole e nível de normas constitucionais no Brasil. Todavia, o Min. Celso de Mello restringiu a tese da hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos somente para os instrumentos ratificados até a EC n.º 45/2004 (emenda que acrescentou o § 3º no art. 5º da Constituição), entendimento discordante do defendido neste trabalho.

Portanto, pode-se afirmar que, a partir deste julgado, o STF não mais adota a equiparação dos tratados de direitos humanos às leis ordinárias, conquanto, quanto aos tratados comuns, tenha mantido o posicionamento que os situa no mesmo plano hierárquico da legislação ordinária.

Neste sentido, a síntese do avanço jurisprudencial da Suprema Corte apresentada por Piovesan (2013a, p. 140-141):

Vale realçar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pertinente à hierarquia dos tratados de direitos humanos tem se revelado marcadamente oscilante, cabendo apontar quatro relevantes precedentes jurisprudenciais a) ao entendimento jurisprudencial até 1977, que consagrava o primado do Direito Internacional; b) à decisão do Recurso Extraordinário n. 80.004, em 1977, que equiparou juridicamente tratado e lei federal; c) à decisão do *Habeas Corpus* n. 72.131, em 1995, que manteve, à luz da Constituição de 1988, a teoria da paridade hierárquica entre tratado e lei federal; e, finalmente, d) à decisão do Recurso Extraordinário n. 466.343, em 2008, que conferiu aos tratados de direitos humanos uma hierarquia especial e privilegiada, com realce às teses da supralegalidade e da constitucionalidade desses tratados, sendo a primeira a majoritária.

(...)

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem se orientado pelo emblemático julgado proferido no Recurso Extraordinário n. 466.343, destacando-se um amplo repertório jurisprudencial que o adota com referência interpretativa, de forma a consolidar a tese do caráter especial dos tratados internacionais de direitos humanos e de sua supralegalidade.

Cabe ainda a referência à decisão prolatada no HC nº 123.246, em 15 de janeiro de 2009, a respeito da prisão civil do depositário infiel: “(...) 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, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão (...)” (HC 123.246, 15 de janeiro de 2009, Min. Gilmar Mendes (art. 13, VIII, RI-STF)).

Em outro julgado sobre o mesmo tema, confirmou o Supremo Tribunal Federal o *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos: “(...) o status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscrito pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão (...)” (AI 705.483, Rel. Min. Carmem Lúcia, j. 30.9.2010, DJe 15.10.2010).

Destarte, apresentada a evolução geral da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema em deslinde, passa-se, agora, à apresentação do posicionamento defendido neste trabalho sobre a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos.

## **2.5 Críticas ao Entendimento da Suprema Corte: Posicionamento Defendido Quanto à Hierarquia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos**

No julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004, em 1977, a Suprema Corte fixou a tese de que, partindo da premissa de paridade normativa dos tratados comuns com as leis ordinárias editadas pelo Estado, qualquer tratado internacional (*status de lei ordinária* federal) poderia revogar as disposições em contrário, ou ser revogado (perder eficácia) diante de lei posterior.

Todavia, tal posição não pode ser aceita, uma vez que os tratados internacionais têm sua forma própria de revogação, qual seja, a denúncia. Isto posto, permitir a declaração de revogação de um tratado internacional pelo Estado-juiz equivaleria a admitir que outros entes estatais – que não a figura constitucionalmente prevista do Presidente da República –, possam denunciar o compromisso internacionalmente firmado, indiretamente, tornando-o ineficaz e inaplicável na ordem interna.

Ademais, o descumprimento interno por meio dos poderes do Estado de um tratado assumido externamente tem por consequência a responsabilização internacional do Estado, além de outras graves consequências políticas externas (MAGALHÃES, 2000, p. 58-60).

De fato, os compromissos exteriores dos Estados são internacionalmente norteados pela regra *pacta sunt servanda*, expressamente estabelecida pelo art. 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, segundo a qual todo tratado em vigor “obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé”. Como enfatiza Trindade (1997, p. 439-440):

O Estado pode perfeitamente ser responsabilizado no plano internacional pelo descumprimento de normas convencionais, ainda que busque este estribar-se em lei ou norma constitucional interna (...). Parece-me claríssimo que leis posteriores não podem 'revogar' ou 'derrogar' normas convencionais que vinculam o Estado, mormente no presente domínio de

proteção. Em nada surpreende que a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 (seguida pela Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais de 1986), ao dispor sobre a extinção ou suspensão de um tratado em decorrência de sua violação excetue expressamente as 'disposições sobre a proteção da pessoa humana contidas em tratados de caráter humanitário' (artigo 60, parágrafo 5), - em uma verdadeira cláusula de salvaguarda ou defesa dos seres humanos. Ademais a referida Convenção de Viena proíbe que uma Parte invoque disposições de seu direito interno para tentar justificar o inadimplemento de um tratado (artigo 27). É este um preceito, mais do que do direito dos tratados, do direito da responsabilidade internacional do Estado, firmemente cristalizado na jurisprudência internacional. Segundo esta, as supostas ou alegadas dificuldades de direito interno são um simples fato, e não eximem os Estados Partes em tratados internacionais de direitos humanos da responsabilidade internacional pelo não cumprimento das obrigações internacionais contraídas.

De outro lado, a tese de que um compromisso internacional perca vigência em virtude da edição de lei posterior que com ele conflite (*treaty override*) permite que um tratado seja, unilateralmente, revogado por um dos seus Estados-partes, situação impossível juridicamente consoante o lúcido raciocínio de Mazzoli (2013b, p. 393):

Seria fácil burlar todo o pactuado internacionalmente se, por disposições legislativas internas, fosse possível modificar tais normas. Se um Estado se obriga livremente a cumprir um acordo internacional, como explicar possa ele (Estado) editar leis contrárias àquilo que pactuou? Qual o valor de um tratado se, por meio de lei interna, se puder deixar de aplicá-lo? Seria muito simples admitir que o não cumprimento de um tratado, internamente, pudesse acarretar a prática de um ilícito internacional, do qual, externamente, devesse o Estado responder.

Mas não é só. Acrescenta ainda Mello (1979, p. 70):

A tendência mais recente no Brasil é a de um verdadeiro retrocesso nesta matéria. No Recurso Extraordinário n. 80.004, decidido em 1977, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que uma lei revoga o tratado anterior. Esta decisão viola também a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969) que não admite o término de tratado por mudança de direito superveniente.

Também tecendo críticas a tal posicionamento do STF, a lição de Piovesan (2013a, p. 125):

Acredita-se que o entendimento firmado a partir do julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004 enseja, de fato, um aspecto crítico, que é a sua indiferença diante das consequências do descumprimento do tratado no plano internacional, na medida em que autoriza o Estado-parte a violar dispositivos da ordem internacional – os quais se comprometeu a cumprir de boa-fé. Essa posição afronta, ademais, o disposto pelo art. 27 da

Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que determina não poder o Estado-parte invocar posteriormente disposições de direito interno como justificativa para o não cumprimento de tratado.

De outro ângulo, não pode ser olvidado que, se o Poder Legislativo dá o seu consentimento ao conteúdo do tratado internacional assinado, o faz porque reconhece, implicitamente, que a partir da ratificação do acordo, estará impedido de editar leis posteriores a ele contrárias. De fato, consoante salienta Mazzuoli (2011b, p. 396),

Assume o Congresso, por conseguinte, verdadeira *obrigação negativa*, qual seja, a de se abster de legislar em sentido contrário às obrigações assumidas internacionalmente. [...] E caso tais leis sejam porventura editadas, elas jamais terão força para afastar a aplicação interna do tratado antes concluído, uma vez que estes têm a sua forma própria de revogação, que é a denúncia, regida pelas regras próprias do Direito Internacional Público. Tais leis, portanto, serão inválidas.

Da publicação do tratado ratificado e início de sua vigência e eficácia internas, decorre a vinculação do Estado no que tange à aplicação de suas normas, devendo cada um dos seus Poderes cumprir a parte que lhe cabe nesse processo: ao Legislativo cabe aprovar as leis necessárias, abstendo-se de votar as que lhes sejam contrárias; ao Executivo fica a tarefa de bem e fielmente regulamentá-las, fazendo todo o possível para o cumprimento de sua fiel execução; e ao Judiciário incumbe o papel preponderante de aplicar os tratados internamente, bem como as leis que o regulamentam, afastando a aplicação de leis nacionais que lhes sejam contrárias. E ainda alerta o autor que admitir possa o Legislativo editar lei, revogando o tratado anteriormente firmado, é reconhecer “o predomínio das Assembleias, em oposição a comando superior que declara harmônicos e independentes os Poderes do Estado” (FRAGA, 1998, p. 83-84).

Mas não é só. A tese de paridade normativa dos tratados comuns adotada pelo STF – no sentido de que tais tratados se encontram no mesmo plano hierárquico das leis ordinárias – também cai por terra diante de uma análise comparativa de alguns dispositivos legais brasileiros, que permite concluir que o sistema jurídico pátrio preconiza a superioridade de *quaisquer tratados* na ordem jurídica interna. Neste particular, o exame comparativo apresentado por Mazzuoli (2011b, p. 403-404):

Um desses dispositivos é o art. 5º do Código Penal Brasileiro, que desde 1940 acolhe essa tese, assim estatuiu: “Aplica-se a lei brasileira, *sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional*, ao crime cometido no território nacional”. Essa orientação da lei penal, de superioridade dos tratados internacionais em relação à legislação infraconstitucional, foi seguida e reafirmada, em 1941, também pelo Código de Processo Penal, que deixou assente, no seu art. 1º, I, que o ‘processo penal rege-se-á, em todo o território brasileiro, por este Código, *ressalvados os tratados, as convenções e regras de direito internacional*’. Assim o fazendo, tal disposição quis dar claramente aos tratados internacionais, em matéria processual penal, um *status* normativo superior à sua própria hierarquia. Ou seja, se o direito processual penal, no Brasil, rege-se pelo Código de Processo Penal, *ressalvados os tratados, as convenções e regras de Direito Internacional*, é porque tais instrumentos e regras de Direito das Gentes prevalecem sobre a legislação infraconstitucional, em relação a tais matérias. E se *prevalecem* às regras do Código é porque, evidentemente, estão acima delas. Em suma, quiseram tais normas (art. 5.º do CP e art. 1º, I, do CPP) atribuir expressamente aos tratados internacionais firmados pelo Estado brasileiro um *status* de supralegalidade, eis que prevalecem sobre as legislações penal e processual penal ordinárias, respectivamente. Há, entretanto, outro dispositivo na legislação brasileira, a respeito do *status* supralegal dos tratados comuns, que merece ser lembrado. Trata-se do art. 7.º da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, que instituiu O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que assim dispõe: “Os direitos previstos neste Código não *excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário*, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade”.

Como se pode notar facilmente, o referido dispositivo *separa* os tratados internacionais de que o Brasil seja signatário da legislação interna ordinária, o que reflete claramente a vontade do legislador pátrio em ver os compromissos internacionalmente assumidos alçados a um grau *superior* ao da legislação ordinária infraconstitucional. (...)

Merece também destaque - inclusive por ser o único dispositivo da legislação brasileira que atribui *expressamente* hierarquia superior aos tratados em confronto com uma norma de Direito interno - a redação do art. 98 do CTN, segundo o qual ‘os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e *serão observados pela que lhes sobrevenha*’. Por meio dessa norma, *v.g.*, garantem-se no Brasil as isenções de tributos estaduais ou municipais pela via dos tratados.

Como se vê, se a vontade do legislador pátrio fosse a de equiparar os tratados internacionais à legislação interna ordinária, certamente não teria feito as distinções suprademonstradas, bastando apenas a referência à legislação ordinária (em que se incluíam os tratados internacionais), acaso fosse essa a sua intenção. Entretanto, na medida em que procedida à separação dos tratados internacionais da legislação interna ordinária, é inafastável a conclusão de que os tratados comuns encontram-se numa posição hierárquica superior à legislação infraconstitucional.

Em razão de todo o exposto, o posicionamento que defendemos é o de que os tratados internacionais *comuns* em vigor no Brasil guardam nível *supralegal* no

direito interno. De fato, os tratados internacionais comuns ratificados pelo Estado brasileiro se situam num nível hierárquico *intermediário*, estando abaixo da Constituição – por força do preceito constitucional que sujeita os tratados à fiscalização de sua constitucionalidade (art. 102, II I, *b*) –, mas acima da legislação infraconstitucional, não podendo ser revogados por lei posterior (posto não se encontrarem em situação de paridade normativa com as demais leis nacionais), sob pena de responsabilidade internacional do Estado.

Quanto aos tratados internacionais de direitos humanos, entendemos que mesmo a posição de vanguarda do STF ainda é falha, uma vez que, na verdade, independentemente do seu eventual *quorum* qualificado de aprovação, ostentam tais instrumentos o *status* de norma constitucional.

Com efeito, a tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos não aprovados por maioria qualificada (defendida, v.g., pelo Min. Gilmar Mendes, no RE 466.343-1/SP) peca, na medida em que desiguala os tratados internacionais de direitos humanos (com mesmo fundamento ético) que não sejam internalizados por maioria qualificada, criando uma “duplicidade de regimes jurídicos” imprópria para o atual sistema de proteção de direitos. Nesse sentido (MAZZUOLI, 2011b, p. 399):

Ao criar as “categorias” dos tratados de nível *constitucional* e *supralegal* (caso sejam ou não aprovados pela dita maioria qualificada), a tese da supralegalidade acabou por regular instrumentos *iguais* de maneira totalmente *diferente* (ou seja, desigualou os “iguais”), em franca oposição ao princípio constitucional da *isonomia*. Daí ser equivocado alocar certos tratados de direitos humanos *abaixo* da Constituição e outros (também de direitos humanos) no *mesmo nível* dela, sob pena de se subverter toda a lógica convencional de proteção de tais direitos, a exemplo daquela situação em que um instrumento acessório teria equivalência de uma emenda constitucional, enquanto que o principal estaria em nível hierárquico inferior.

Malgrado o avanço do STF quanto ao tema, discordamos do entendimento de que os tratados de direitos humanos não aprovados pela maioria qualificada do § 3º do art. 5º equivaleriam hierarquicamente a norma supralegal (como atualmente entende a maioria dos Ministros do STF) ou a lei ordinária federal.

Isso porque, por força do § 2º, do art. 5º, da Constituição, todos os tratados internacionais de direitos humanos já tem *status* de norma constitucional, uma vez integrarem materialmente a ordem jurídica estabelecida pela Carta Magna, como tem defendido a doutrina mais abalizada. Assim, independentemente de terem sido ratificados antes ou após a Emenda Constitucional 45/2004, os tratados de direitos

humanos vigentes no Brasil são materialmente constitucionais, já que por força da parte final do § 2º, do art. 5º, tais tratados estão incluídos, a *contrario sensu*, no rol dos direitos e garantias fundamentais (ampliando o seu “bloco de constitucionalidade”<sup>20</sup>).

Reforça tal entendimento a interpretação de que o *quorum* qualificado previsto no § 3º, do art. 5º, da Constituição somente vem conferir *status* de norma formalmente constitucional aos direitos previstos nos tratados internacionais de direitos humanos. Neste diapasão:

Aliás, o § 3º do art. 5º em nenhum momento atribui status de lei ordinária (ou, que seja, de norma supralegal, como pensa atualmente a maioria dos Ministros do STF) aos tratados não aprovados pela maioria qualificada por ele estabelecida. Dizer que os tratados de direitos humanos aprovados por esse procedimento especial passam a ser ‘equivalentes às emendas constitucionais’ não significa obrigatoriamente dizer que os demais tratados terão valor de lei ordinária, ou de norma supralegal, ou do que quer que seja. O que se deve entender é que o *quorum* que o § 3º do art. 5º estabelece serve tão somente para atribuir eficácia formal a esses tratados no nosso ordenamento jurídico interno, e não para atribuir-lhes a índole e o nível materialmente constitucionais que eles já têm em virtude do § 2º do art. 5º (MAZZUOLI, 2011a, p. 834).

Com efeito, não deve ser confundida a natureza materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos com o caráter formalmente constitucional que esses mesmos tratados podem ter, se aprovados pela maioria qualificada do § 3º do art. 5º. De fato, a integração formal dos tratados de direitos humanos no direito interno não abala a integração material que esses tratados, devidamente ratificados e em vigor, já ostentam no ordenamento jurídico brasileiro.

No mesmo sentido:

---

<sup>20</sup> O conceito de “bloco de constitucionalidade pode variar conforme o sentido atribuído. Em sentido estrito, compreende a totalidade de normas constitucionais, expressas ou implícitas, constantes na Constituição formal. Em sentido amplo, abrange também normas infraconstitucionais, desde que vocacionadas a desenvolver, em toda a sua plenitude, a eficácia dos postulados e dos preceitos inscritos na Lei Fundamental” (NOVELINO, 2010. p. 221). Na mesma linha, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal: “(...) conceito de bloco de constitucionalidade (ou de parâmetro constitucional), cujo significado - revestido de maior ou de menor abrangência material - projeta-se, tal seja o sentido que se lhe dê, para além da totalidade das regras constitucionais meramente escritas e dos princípios contemplados, explícita ou implicitamente, no corpo normativo da própria Constituição formal, chegando, até mesmo, a compreender normas de caráter infraconstitucional, desde que vocacionadas a desenvolver, em toda a sua plenitude, a eficácia dos postulados e dos preceitos inscritos na Lei Fundamental, viabilizando, desse modo, e em função de perspectivas conceituais mais amplas, a concretização da idéia de ordem constitucional global” (Estes trechos foram extraídos do voto do Ministro Celso de Mello, no julgamento da ADI 1588- UF, em 11/04/2002, publicado no DJ 17/04/2002, p. 09).

Em favor da hierarquia constitucional dos direitos enunciados em tratados internacionais, outro argumento se acrescenta: a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais. O reconhecimento se faz explícito na Carta de 1988, ao invocar a previsão do art. 5º, § 2º. Vale dizer, se não se tratasse de matéria constitucional, ficaria sem sentido tal previsão. A Constituição assume expressamente o conteúdo constitucional dos direitos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte. Ainda que esses direitos não sejam enunciados sob a forma de normas constitucionais, mas sob a forma de tratados internacionais, a Carta lhes confere o valor jurídico de norma constitucional, já que preenchem e complementam o catálogo de direitos fundamentais previsto pelo Texto Constitucional (...). Os direitos internacionais integrariam, assim, o chamado “bloco de constitucionalidade”, densificando a regra constitucional positivada no § 2º do art. 5º, caracterizada como cláusula constitucional aberta.

[...]

Reitere-se que, por força do art. 5º, § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do *quorum* de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. O *quorum* qualificado está tão somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a “constitucionalização formal” dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno (PIOVESAN, 2013a, p. 116-117 e p. 134).

Na mesma linha se manifesta Lafer (2005, p. 16), acrescentando que

[...] o novo parágrafo 3º do art. 5º pode ser considerado como uma lei interpretativa destinada a encerrar as controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias suscitadas pelo parágrafo 2º do art. 5º. De acordo com a opinião doutrinária tradicional, uma lei interpretativa nada mais faz do que declarar o que preexiste, ao clarificar a lei existente.

Destarte, com o advento da Emenda Constitucional 45/2004, os tratados internacionais de direitos humanos podem ser: materialmente constitucionais (por força do § 2º do art. 5º, todos os tratados de direitos humanos o são) ou material e formalmente constitucionais (se aprovados na forma do § 3º do art. 5º da Constituição).

Há que se ressaltar que, partindo da ora defendida natureza constitucional de todos os tratados de direitos humanos, assim como os demais direitos e garantias individuais consagrados pela Constituição, os direitos constantes de tais tratados constituem cláusula pétrea e não podem ser abolidos por meio de emenda à Constituição, na forma do art. 60, § 4º. Assim, os direitos elencados nos tratados internacionais de direitos humanos em que o Brasil seja parte ficam resguardados pela cláusula pétrea “direitos e garantias individuais”, nos termos do art. 60, § 4º, IV, da Carta Magna.

No que pertine aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados antes da Emenda Constitucional nº 45/2004, não prospera o entendimento de que,

em face do § 3º do art. 5º, tais tratados seriam recepcionados como lei federal, sob o argumento de que não teriam obtido o *quorum* qualificado exigido por tal dispositivo.

Piovesan (2013b, p. 61-62) afasta tal entendimento sob os seguintes fundamentos:

Observe-se que os tratados de proteção dos direitos humanos ratificados anteriormente à Emenda Constitucional n. 45/2004 contaram com ampla maioria na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, excedendo, inclusive, o *quorum* dos três quintos dos membros em cada Casa. Todavia, não foram aprovados por dois turnos de votação, mas em um único turno de votação em cada Casa, uma vez que o procedimento de dois turnos não era sequer previsto. (...) Não seria razoável sustentar que os tratados de direitos humanos já ratificados fossem recepcionados como lei federal, enquanto os demais adquirissem hierarquia constitucional exclusivamente em virtude de seu *quorum* de aprovação. A título de exemplo, destaque-se que o Brasil é parte do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais desde 1992. Por hipótese, se vier a ratificar - como se espera - o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela ONU, em 10 de dezembro de 2008, não haveria qualquer razoabilidade a se conferir a este último - um tratado complementar e subsidiário ao principal- hierarquia constitucional e ao instrumento principal, hierarquia meramente legal. Tal situação importaria em agudo anacronismo do sistema jurídico, afrontando, ainda, a teoria geral da recepção acolhida no Direito brasileiro.

[...] Esse entendimento decorre de quatro argumentos: *a)* a interpretação sistemática da Constituição, de forma a dialogar os §§ 2º e 3º do art. 5º, já que o último não revogou o primeiro, mas deve, ao revés, ser interpretado à luz do sistema constitucional; *b)* a lógica e racionalidade material que devem orientar a hermenêutica dos direitos humanos; *c)* a necessidade de evitar interpretações que apontem a agudos anacronismos da ordem jurídica; e *d)* a teoria geral da recepção do Direito brasileiro.

De igual modo, em referência aos tratados de proteção de direitos humanos ratificados antes da Emenda Constitucional nº 45/2004, posiciona-se Mazzuoli (2011a, p. 846):

Portanto, não faz sentido a tese (ainda com seus bons propósitos) de que os tratados de direitos humanos ratificados antes da Emenda nº 45/04 teriam sido recepcionados pelo § 3º do art. 5º com equivalência às normas constitucionais, e aqueles outros instrumentos - também de direitos humanos - ratificados após a referida Emenda ingressariam na ordem jurídica brasileira com *status* infraconstitucional. (...)

Em verdade, não importa o momento em que o tratado de direitos humanos foi ratificado, se antes ou depois da Emenda nº 45/04. Entender que os tratados ratificados anteriormente à reforma constitucional serão recepcionados como normas constitucionais, ao passo que os ratificados posteriormente valerão como normas infraconstitucionais, enquanto não aprovados pela maioria qualificada estabelecida pelo art. 3º do art. 5º, é prestigiar a incongruência. Em ambos os casos (ratificação anterior ou posterior à Emenda nº 45) o tratado terá *status* de norma constitucional, por integrar o núcleo material do *bloco de constitucionalidade*, como já dissemos por mais de uma vez.

## 2.6 O Impacto Jurídico dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Direito Interno

### 2.6.1 A solução das antinomias normativas entre o direito internacional e o direito interno

Atualmente, os direitos humanos transcendem os limites físicos dos Estados, fortalecendo-se a ideia de que a proteção desses direitos não se deve reduzir ao domínio reservado do Estado. De fato, ultrapassam as fronteiras estatais as obrigações contidas nos tratados de direitos humanos, vindo a atingir a sociedade internacional de modo *erga omnes*, restando inequivocamente afastada a concepção de competência nacional exclusiva ou de jurisdição doméstica absoluta.

Sobre o tema, assevera Piovesan (2013b, p. 84):

[...] quanto ao impacto jurídico do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Direito brasileiro, acrescenta-se que os direitos internacionais – por força do princípio da norma mais favorável à vítima, que assegura a prevalência da norma que melhor e mais eficazmente proteja os direitos humanos – apenas vêm aprimorar e fortalecer, jamais restringir ou debilitar, o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo constitucional. A sistemática internacional de proteção vem ainda permitir a tutela, a supervisão e o monitoramento de direitos por organismos internacionais. Eis aqui o duplo impacto dos tratados internacionais de direitos humanos, na medida em que, de um lado, consolidam parâmetros protetivos mínimos voltados à defesa da dignidade humana (parâmetros capazes de impulsionar avanços e impedir recuos ou retrocessos no sistema nacional de proteção) e, por outro lado, constituem instância internacional de proteção dos direitos humanos, quando as instituições nacionais mostram-se falhas ou omissas.

Tratando sobre as chamadas cláusulas constitucionais abertas, apresenta a citada autora o surgimento de um novo paradigma a guiar a cultura jurídica:

[...] a) o trapézio com a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos no ápice da ordem jurídica (com repúdio a um sistema jurídico endógeno e autorreferencial). As Constituições latino-americanas estabelecem cláusulas constitucionais abertas, que permitem a integração entre a ordem constitucional e a ordem internacional, especialmente no campo dos direitos humanos, ampliando e expandindo o bloco de constitucionalidade. Ao processo de constitucionalização do Direito Internacional conjuga-se o processo de internacionalização do Direito Constitucional (...) Logo, é nesse contexto – marcado pela tendência de

Constituições latino-americanas em assegurar um tratamento especial e diferenciado aos direitos e garantias internacionalmente consagrados – que se delineia a visão do trapézio jurídico contemporâneo a substituir a tradicional pirâmide jurídica; b) a crescente abertura do Direito – agora “impuro” – marcado pelo diálogo do ângulo interno com o ângulo externo (há a permeabilidade do Direito mediante o diálogo entre jurisdições; empréstimos constitucionais e a interdisciplinaridade, a fomentar o diálogo do Direito com outros saberes e diversos atores sociais, resignificando, assim, a experiência jurídica (2013b, p. 116-119).

Outrossim, referindo sobre a necessidade de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional, preleciona Trindade:

O direito internacional e o direito interno mostram-se em constante interação no presente contexto de proteção, na realização do propósito convergente e comum da salvaguarda dos direitos do ser humano; e também que “na solução de casos concretos, a primazia é da norma que melhor proteja as vítimas de violações de direitos humanos, seja ela de origem internacional ou interna” (1999, p. 10).

O impacto dos tratados de direitos humanos nos ordenamentos jurídicos internos dos Estados partes tem atraído bastante atenção nos últimos anos, e tem se notabilizado mormente em numerosos casos que acarretam (...) alterações nas respectivas legislações nacionais com o propósito de harmonizá-las com os referidos tratados. Reversamente a influência do direito interno dos Estados Partes nos sistemas de tratados de direitos humanos tem atraído consideravelmente menos atenção. O fato de que não raro os tribunais internos são chamados a interpretar disposições dos tratados de direitos humanos no exame de casos concretos contribui em parte para explicar o impacto desses tratados no direito interno dos Estados Partes (1997, p. 430).

Sobre o tema, o pensamento de Amaral Jr (2008, p. 141):

A unidade dos tratados de direitos humanos é perceptível, também, na aplicação do critério da norma mais favorável às vítimas [que chamamos de princípio internacional *pro homine*] de alguma violação eventualmente perpetrada, surgindo assim uma nova permeabilidade normativa a diluir a separação absoluta entre o direito internacional e o direito doméstico, motivo de previsão expressa em vários tratados recentes.

Justamente nessa linha, pode-se afirmar que, atualmente, tem-se intensificado a comunicação entre a arquitetura internacional de proteção dos direitos humanos e o direito interno, em decorrência da inserção das denominadas “cláusulas de diálogo” nos próprios instrumentos internacionais de proteção – que intercomunicam a ordem jurídica internacional com a ordem jurídica interna –,

possibilitando o *diálogo das fontes*<sup>21</sup> internacionais e internas de proteção e garantindo sua harmonia e coexistência, como resultado prático da norma geral de hermenêutica do direito internacional público pós-moderno, o princípio internacional *pro homine*.

As referidas cláusulas de diálogo são canais comunicativos que criam “um entrelaçamento simbiótico entre todas as normas de Direitos Humanos” (GOMES, 2008, p. 53), que passam a constituir um mesmo universo de normas dentro do sistema de proteção dos direitos humanos, não importando sua origem (se são normas internacionais ou de direito interno).

O exemplo de tais cláusulas comumente apresentado pela melhor doutrina é o do art. 29, alínea b, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (conforme o qual nenhuma de suas disposições pode ser interpretada no sentido de “limitar o gozo e o exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados”) e do art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988 (conforme o qual os direitos expressos na Constituição não excluem outros decorrentes de tratados – de direitos humanos – em que a República Federativa do Brasil seja parte).

Como já referido acima, em decorrência das grandes mudanças vivenciadas pela sociedade internacional às portas do século XXI, constituiu-se uma **pluralidade de fontes normativas**, característica marcante do novo Estado Constitucional e Humanista de Direito, rompendo-se com os antigos paradigmas nacionais quanto à interpretação das regras jurídicas do direito positivo e quanto aos limites da produção normativa nacional.

Sobre tais fontes, veja-se o magistério de Marques (2005, p. 663-664):

Fontes plurais que não mais se excluem – ao contrário, mantêm as suas diferenças e narram simultaneamente suas várias lógicas (diálogos), cabendo ao aplicador da lei coordená-las (“escutando-as”), impondo soluções harmonizadas e funcionais no sistema, assegurando efeitos úteis a estas fontes, ordenadas segundo a compreensão imposta pelo valor constitucional.

---

<sup>21</sup> A aplicação do método do *diálogo das fontes* é defendida por Mazzuoli para a hipótese de conflito normativo entre o direito Internacional e o direito interno. Segundo esclarece, tal método foi apresentado e desenvolvido por Erick Jayme, no seu Curso de Haia de 1995 (2010, p. 132-133).

Por consequência, emergiram novas possibilidades de conflitos normativos no direito internacional pós-moderno, a exigirem, face à especificidade da proteção internacional dos direitos humanos, novos princípios hermenêuticos e novos métodos de solução de antinomias, a serem aplicados pelos tribunais nacionais diante de conflitos entre normas de direito interno e de direito internacional dos direitos humanos, para a melhor salvaguarda da pessoa humana.

De fato, hodiernamente, os direitos das pessoas também têm esteio no chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos, braço do Direito Internacional Público, não mais tendo o texto constitucional como única base de sustentação, conforme pode se afirmar com base em Alexy (2011, p. 27).

Tratando sobre o impacto dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, Loureiro (2004, p. 109-112) desenvolve o pensamento de Piovesan sobre o assunto:

Ao analisar essa matéria, em diversas oportunidades, Flávia Piovesan apresenta três hipóteses de ocorrência, a seguir desenvolvidas com base no estudo da referida autora:

– Em primeiro lugar, a norma de proteção de direitos humanos enunciada no tratado poderá coincidir com um direito previsto na Constituição, como por exemplo, o art. 5º(3) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos dispõe que 'a pena não pode passar da pessoa do delinquente', e a primeira parte do inciso XLV do art. 5º da Carta de 1988, dita, identicamente que 'nenhuma pena passará da pessoa do condenado'.

– Uma segunda hipótese abrange cinco possibilidades, em que há complementaridade entre as normas de tratados internacionais sobre direitos humanos e as normas constitucionais, a saber:

- 1) Os tratados internacionais de proteção de direitos humanos podem 'introduzir novos' direitos e garantias fundamentais no rol constitucional;
- 2) As normas constantes de tratados internacionais de direitos humanos podem também 'ampliar' o alcance do conteúdo normativo de determinados direitos e garantias fundamentais 'já existentes' no plano constitucional;
- 3) No mesmo sentido, tais normas de origem internacional podem 'elevar ao status de norma constitucional' direitos e garantias fundamentais que são previstos apenas no plano da legislação infraconstitucional;
- 4) Ademais, pode-se configurar a possibilidade dessas normas provenientes de tratados humanitários 'explicitarem' direitos e garantias fundamentais que, embora pré-existent, eram considerados apenas implícitos – decorrentes do regime de democrático e dos princípios constitucionais;
- 5) Por fim, as normas de tratados internacionais sobre direitos humanos podem vir a 'integrar lacunas' existentes no ordenamento jurídico brasileiro (...)

Apresenta-se, enfim, uma terceira hipótese: uma norma protetora de direitos e garantias fundamentais constante em um tratado internacional sobre direitos humanos estar em dissonância com um dispositivo da Constituição Federal seja porque a norma de origem internacional é mais favorável às vítimas de violação de direitos humanos, seja porque, ao contrário, a norma constitucional é mais garantidora dos direitos e garantias fundamentais das pessoas sob sua jurisdição.

Enfrentando as possíveis hipóteses decorrentes do impacto dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, Mazzuoli (2010, p. 129-176) apresenta o método do “diálogo das fontes”<sup>22</sup> como critério novo de solução das antinomias ocorrentes.

Assim, partindo da premissa de hierarquia materialmente constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos (por força do § 2º, do art. 5º, da Constituição), o ilustre autor, após demonstração da ineficácia dos métodos tradicionais de solução de antinomias, vem apontar “quatro tipos de diálogos entre as normas internacionais de proteção dos direitos humanos e o ordenamento jurídico interno” que “aplicam-se prioritariamente aos casos de conflitos entre os tratados de direitos humanos e a Constituição”, quais sejam: *os diálogos de complementaridade, de integração, de inserção e de transigência* (MAZZUOLI, 2010, p. 154).

Destarte, quanto ao impacto jurídico dos tratados internacionais de direitos humanos no direito interno, desenvolve Mazzuoli a aplicação do método de solução de antinomias do “diálogo das fontes” face a quatro hipóteses ou situações distintas – mesmas hipóteses apresentadas por PIOVESAN (2013b, p. 69)<sup>23</sup>, – que serão a seguir abordadas.

A primeira hipótese se dá quando a norma de direito constitucional e o direito expresso em tratado internacional tem enunciados coincidentes<sup>24</sup>, de mesmo conteúdo valorativo ético, efetuando-se um **diálogo de complementaridade**, em que uma norma passa a complementar a outra e vice-versa em prol da proteção do ser humano, com aplicação imediata no mundo jurídico, operando-se *ipso facto*. “Nesse caso, os tratados internacionais de direitos humanos estarão a reforçar o valor jurídico de direitos constitucionalmente assegurados, de forma que eventual violação do direito importará em responsabilização não apenas nacional, mas também internacional” (PIOVESAN, 2013a, p. 92).

---

<sup>22</sup> Cf. já mencionado, esclarece o próprio autor que tal método foi apresentado e desenvolvido por Erick Jayme, no seu Curso da Haia de 1995.

<sup>23</sup> “O direito enunciado no tratado internacional poderá: a) coincidir com o direito assegurado pela Constituição (neste caso a Constituição reproduz preceitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos); b) integrar, complementar e ampliar o universo dos direitos constitucionalmente previstos; c) contrariar preceito do Direito Interno”.

<sup>24</sup> A doutrina majoritária cita, à guisa de exemplos dessa primeira hipótese, o art. 5º, inc. III, da CF/88, mera repetição do art. V da Declaração Universal do Direitos Humanos de 1948, do art. 7º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, e do art. 5º (2) do Pacto de São José da Costa Rica; e, ainda, o art. 5º, LVII, da CF/88, no mesmo sentido do art. XI da Declaração Universal, do art. 14 (3) do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e do art. 8º (2) da Convenção Americana; dentre vários outros.

De outro lado, na hipótese de lacunas na ordem doméstica, tanto na Constituição como em leis de cunho infraconstitucional, capazes de dificultar ou mesmo impedir o acesso a uma proteção de direitos efetiva, o direito internacional dos direitos humanos permite a integração normativa através dos tratados de proteção dos direitos humanos, com o preenchimento dos vazios existentes na ordem interna, através de um **diálogo de integração**. Segundo o pensamento de Mazzuoli (2010, p. 163-164):

O nexu entre a falta de norma interna (ou de norma interna satisfatória), capaz de guarnecer a proteção de um direito e a existência de norma internacional que o integralize, deve realizar-se com a introdução supletória da norma internacional na lacuna presente no ordenamento interno. Nesse caso, o diálogo entre o direito interno e o direito internacional dos direitos humanos é rogatório de um auxílio (ou de um pedido) de completude, o qual deverá o juiz escutar coordenando-os.

Ressalte-se que o STF realizou a integração da legislação brasileira, por exemplo, quanto ao crime da prática de tortura contra criança e adolescente (antes do advento da lei brasileira sobre tortura), previsto no art. 233, do Estatuto da Criança e do Adolescente, tipo penal aberto. Segundo o entendimento de Piovesan (2013b, p. 71-72):

Entendeu o Supremo Tribunal Federal que os instrumentos internacionais de direitos humanos – em particular a Convenção de Nova York sobre os Direitos da Criança (1999), a Convenção contra a Tortura adotada pela Assembleia Geral da ONU (1984), a Convenção Interamericana contra a Tortura concluída em Cartagena (1985) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), formada no âmbito da OEA (1969) – permitem a integração da norma penal em aberto, a partir do reforço do universo conceitual relativo ao termo “tortura”.

O **diálogo de inserção** entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno aplica-se quando os direitos contidos nos tratados internacionais de direitos humanos não estão expressamente garantidos pela Constituição, permitindo-se uma ampliação do rol dos direitos constitucionalmente protegidos pela inserção de tais tratados ao direito doméstico, não cabendo qualquer disposição em contrário na legislação infraconstitucional.

Exemplificativamente, como direitos que ampliam o rol das matérias constitucionalmente protegidas, podem ser citados os seguintes: a) direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia, nos termos do art. 11 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; [...] f) direito da criança, que não tenha completado quinze anos, de não ser recrutada pelas Forças Armadas para participar diretamente de conflitos armados, nos termos do art. 38 da Convenção sobre os Direitos da Criança (MAZZUOLI, 2010, p. 168).

Por fim, quando o tratado internacional de direitos humanos conflita frontalmente com o direito interno, deverá efetivar-se um **diálogo de transigência**, hipótese em que a normativa interna e a internacional terão que dialogar e transigir, fazendo concessões recíprocas norteadas pelo critério pós-moderno da força de atração da norma mais favorável (princípio internacional *pro homine*).

Na aplicação prática de tal método de solução de antinomia, preleciona Mazzuoli (2010, p. 124) que:

[...] os vasos jurídicos de comunicação, presentes nos tratados internacionais de direitos humanos, permitem que o órgão julgador resolva a antinomia normativa entre o direito internacional e o direito interno pela aplicação da solução oferecida pelos próprios tratados de direitos humanos, segundo a qual sempre a norma *mais benéfica* – ou, em outros termos, a norma que *mais proteja* o sujeito de direitos – é que deve prevalecer no caso concreto. A eleição sobre qual norma confere mais amplitude ao direito concreto caberia menos ao aplicador e mais à próprias fontes, as quais dialogaram e chegaram a uma conclusão sobre a aplicação de tal ou qual direito. O juiz “ouve” esse diálogo e “coordena” a vontade das fontes daí proveniente.

Ressalte-se que, nesta hipótese, segundo o citado autor, não são idênticos os conteúdos do texto constitucional e do tratado de direitos humanos, e a antinomia existente entre eles deve ser resolvida pelo modelo “uma e outra” norma, superando-se “a exclusão de uma fonte pela outra simplesmente, permitindo que elas coexistam e convivam em harmonia, bem assim que sejam aplicadas conjuntamente se necessário” (2010, p. 211 e 228).

Cabe destacar que esse método dialógico de solução de antinomias foi aceito e utilizado pelo Min. Celso de Mello, no seu antológico voto no HC n. 87.585-8/TO, lido no Plenário do Supremo Tribunal Federal no dia 12 de março de 2008 e já mencionado neste trabalho.

O exemplo brasileiro clássico desse conflito, referido pela doutrina mais abalizada, no entender de Piovesan (2013a, p. 174-176), é a antinomia existente

entre o art. 5º, inciso LXVII, da Constituição e o art. 7º(7) do Pacto de São José da Costa Rica, em que o art. 5º é mais benéfico num caso (o do devedor de alimentos) e menos benéfico no outro (o do depositário infiel), enquanto o Pacto de São José é menos benéfico num caso (o do devedor de alimentos) e mais benéfico no outro (o do depositário infiel). Diante dessa antinomia,

O método não pode ser outro senão a concessão que deve a Constituição fazer ao Pacto relativamente à impossibilidade de prisão do depositário infiel e o Pacto fazer à Constituição no que respeita à possibilidade de se prender *mais dificilmente* o devedor de alimentos, aplicando-se a adjetivação restrigente prevista na Constituição e não encontrada no Pacto. Tais concessões recíprocas consistem no resultado de um diálogo aberto e franco entre a normativa interna e a internacional, em verdadeira transigência de ambos os ordenamentos jurídicos (MAZZUOLI, 2010, p. 175).

Tratando sobre tal situação de antinomia normativa, esclarece Piovesan (2013b, p. 75):

Mais uma vez, atendo-se ao critério da norma mais favorável à vítima no plano da proteção dos direitos humanos, conclui-se que merece ser afastado o cabimento da possibilidade de prisão do depositário infiel, conferindo-se prevalência à norma do tratado. [...] Ressalte-se que se a situação fosse inversa – se a norma constitucional fosse mais benéfica que a normatividade internacional –, aplicar-se-ia a norma constitucional, inobstante os aludidos tratados tivessem hierarquia constitucional e tivessem sido ratificados após o advento da Constituição. Vale dizer, as próprias regras interpretativas dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos apontam a essa direção, quando afirmam que os tratados internacionais só se aplicam se ampliarem e estenderem o alcance da proteção nacional dos direitos humanos. (...) os direitos internacionais constantes dos tratados de direitos humanos apenas vêm a aprimorar e fortalecer, nunca a restringir ou debilitar, o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo constitucional.

Assim, na situação de conflito entre os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos e o direito interno, frente à intercomunicação (diálogo) entre tais fontes normativas, a solução será dada pela primazia da norma mais favorável à pessoa humana (aplicação do princípio internacional *pro homine*).

Por oportuno, impõe-se registrar que o princípio da norma mais favorável (*pro homine*) é plenamente reconhecido pela doutrina mais abalizada, e, defende que, ao se interpretar uma norma concernente a direitos humanos, deve-se sopesar cada caso, aplicando a que seja *mais favorável* à dignidade da pessoa.

Salienta Mazzuoli (2010, p. 205) que:

No direito interno, o princípio internacional *pro homine* compõe-se de dois conhecidos princípios jurídicos de proteção de direitos: o da *dignidade da pessoa humana* e o da *prevalência dos direitos humanos*. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana é o primeiro pilar (junto à prevalência dos direitos humanos) da *primazia da norma mais favorável*.

Já o princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II, da Constituição de 1988) faz comunicar a ordem jurídica internacional com a ordem interna, estabelecendo um critério hermenêutico de solução de antinomias que é a consagração do próprio princípio da norma mais favorável. Assim, na situação de conflito entre o direito interno e internacional a prevalência será do ordenamento que melhor proteja os direitos humanos. Segundo Bonifácio (2008 apud MAZZUOLI, 2010, p. 207) o art. 4º da Constituição “pontua um elo entre o direito constitucional internacional e o direito internacional e deve ser interpretado sob a ótica consensual que aproxima os sistemas, mas devemos admitir uma leve prevalência em favor do direito internacional público”.

De igual modo, tratando sobre a situação de conflito entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno, Piovesan (2013b, p. 72-73) ensina que

[...] um exame mais cauteloso da matéria aponta a um critério de solução diferenciado, absolutamente peculiar ao conflito em tela, que se situa no plano dos direitos fundamentais. E o critério a ser adotado se orienta pela escolha da norma mais favorável à vítima. Vale dizer, prevalece a norma mais benéfica ao indivíduo, titular do direito. O critério ou princípio da aplicação do dispositivo mais favorável às vítimas é não apenas consagrado pelos próprios tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, mas também encontra apoio na prática ou jurisprudência dos órgãos de supervisão internacionais. Isto é, no plano de proteção dos direitos humanos interagem o direito internacional e o direito interno, movidos pelas mesmas necessidades de proteção, prevalecendo as normas que melhor protejam o ser humano, tendo em vista que a primazia é da pessoa humana.

A esse respeito, Trindade – que, pioneiramente, defendeu a primazia da norma mais favorável no Brasil – assim leciona:

No presente domínio de proteção, a primazia é da norma mais favorável às vítimas, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno. Este e aquele aqui interagem em benefício dos seres protegidos. É a solução expressamente consagrada em diversos tratados de direitos humanos, da maior relevância por suas implicações práticas (1996, p. 43).

Ainda sobre o tema, referido autor salienta que o critério da norma mais favorável às pessoas protegidas por tratados internacionais de direitos humanos contribui:

[...] em primeiro lugar para reduzir ou minimizar consideravelmente as pretensas possibilidades de 'conflitos' entre instrumentos legais em seus aspectos normativos. Contribui, em segundo lugar, para obter maior coordenação entre tais: instrumentos, em dimensão tanto vertical (tratados e instrumentos de direito interno) quanto horizontal (dois ou mais tratados). [...] Contribui, em terceiro lugar, [...] para demonstrar que a tendência e o propósito da coexistência de distintos instrumentos jurídicos - garantindo os mesmos direitos - são no sentido de ampliar e fortalecer a proteção. O que importa em última análise é o grau de eficácia da proteção, e por conseguinte há de impor-se a norma que no caso concreto melhor proteja, seja ela de direito internacional ou de direito interno (1997, 436).

Na mesma linha, Comparato (2001, p. 20) apresenta o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento a ser ponderado na hipótese de conflito entre o direito internacional e o direito interno:

Justamente porque nos encontramos diante de um sistema que integra, num mesmo ordenamento, direito interno e direito internacional, a solução para esse conflito de normas *não pode ser encontrada* com fundamento numa pretensa superioridade da Constituição sobre os tratados internacionais, ou vice-versa. O intérprete é obrigado a remontar ao *princípio jurídico que legitima o sistema como um todo*. Esse princípio supremo é, evidentemente, o da dignidade transcendente da pessoa humana.

Sobre a antinomia normativa entre o direito internacional e o direito interno, salienta ainda Mazzuoli, partindo da duplicidade de fontes normativas admitida pela Constituição Brasileira (uma advinda do direito interno e outra advinda do direito internacional, decorrente dos tratados internacionais de direitos humanos em que o Brasil seja parte):

E esta dualidade de fontes que alimenta a completude do sistema significa que, em caso de conflito, deve o intérprete optar preferencialmente pela fonte que proporciona a norma *mais favorável* à pessoa protegida (princípio internacional *pro homine*), pois o que se visa é a *otimização* e a *maximização dos sistemas* (interno e internacional) de proteção dos direitos e garantias individuais. Poderá, inclusive, o intérprete, aplicar *ambas* as normas aparentemente antagônicas conjuntamente, cada qual naquilo que tem de melhor à proteção do direito da pessoa, sem que precise recorrer aos conhecidos (e, no âmbito dos direitos humanos, ultrapassados)

métodos *tradicionais* de solução de antinomias (o *hierárquico*, o da *especialidade* e o *cronológico*) (2011a, p. 820-821).

Na jurisprudência pátria, merece enfoque a posição do Ministro Celso de Mello, no julgamento do HC 96.772, em 09.06.2009, no sentido da aplicação pelo Judiciário de uma hermenêutica norteadada pelo critério da norma mais favorável:

Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana (...).

À vista do exposto, caberá ao julgador a escolha da norma mais benéfica, que assegure a melhor proteção ao ser humano, bem como a compreensão do sentido das fontes internacionais ou internas, para, segundo os valores fundantes dos direitos humanos, aplicar a melhor solução para a salvaguarda do ser humano.

## **2.6.2 O respeito aos tratados internacionais de direitos humanos e o controle de convencionalidade das leis**

Fixada a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, deve-se concluir que a produção normativa estatal – na análise de sua compatibilidade com o sistema do atual Estado Constitucional e Humanista de Direito – deve passar por dois níveis de aprovação, chamados *limites verticais materiais* (MAZZUOLI, 2010, p. 178-179), quais sejam: *a*) a Constituição e os tratados de direitos humanos (nível constitucional); e *b*) os tratados internacionais comuns (nível supralegal).

Assim, para que haja a vigência e concomitante *validade* das leis, deverá ser respeitada uma dupla compatibilidade vertical material: 1º) compatibilidade da lei

com a Constituição e os tratados de direitos humanos em vigor no país; e 2º) compatibilidade da lei com os demais instrumentos internacionais ratificados pelo Estado brasileiro.

Deste modo, partindo-se da premissa que vigência e validade são institutos que não se confundem no ordenamento jurídico pátrio, e atendo-se ao primeiro limite à produção legislativa nacional (objeto do presente estudo), pode-se afirmar que uma determinada lei interna elaborada com respeito às normas do processo legislativo estabelecidas pela Constituição será vigente (existente), todavia não será válida se estiver em desacordo com os tratados de direitos humanos (que têm estatuta constitucional), devendo ser inaplicada e rechaçada pelo juiz no caso concreto, conquanto esteja vigente. Nessa esteira de entendimento:

Portanto, a inexistência de decisão definitiva do STF em controle tanto concentrado quanto difuso de constitucionalidade (nesse último caso, com a possibilidade de comunicação ao Senado Federal para que este - nos termos do art. 52, X da Constituição - suspenda, no todo ou em parte, os efeitos da lei declarada inconstitucional pelo STF) mantém a *vigência* das leis no país, as quais, contudo, não permanecerão *válidas* se materialmente incompatíveis com os tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é parte (MAZZUOLI, 2011b, p. 402).

Gomes (2008 apud MAZZUOLI, 2011b, p. 402), ressalta uma situação excepcional, em que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei afeta o seu plano de vigência, fulminando desde logo sua validade e conseqüente eficácia. Trata-se do caso em que a lei é declarada inconstitucional em seu aspecto formal:

Neste caso, não há como negar que essa declaração de inconstitucionalidade afeta (desde logo) o plano da validade da norma, mas, além disso, também o da vigência. Uma lei que não tenha seguido o procedimento legislativo correto, após a declaração da sua inconstitucionalidade formal (embora publicada no Diário Oficial), deixa de possuir vigência. Se é certo que a declaração de inconstitucionalidade material não toca nesse aspecto formal (vigência), não se pode dizer a mesma coisa em relação à inconstitucionalidade formal.

Feitas essas considerações sobre os limites da produção legislativa doméstica, impõe-se a abordagem de relevante efeito prático da incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no direito interno, consubstanciado no *controle jurisdicional de convencionalidade* das leis, pioneiramente apresentado e desenvolvido na doutrina brasileira por Mazzuoli (2011b, p. 409), segundo informações dele próprio:

Na doutrina brasileira fomos nós que empregamos pela primeira vez (em 2008) as expressões “controle concentrado de convencionalidade” e “controle difuso de convencionalidade”. Também desconhecemos quem as houvesse empregado fora do Brasil (notadamente no entorno regional interamericano) antes de nós. (Para detalhes, MAZZUOLI, ano 2010, pp. 76-82).

Por este instituto, na hipótese em que a lei interna é perfeitamente compatível com a Constituição, mas viola, todavia, um tratado de direitos humanos por ser menos benéfica que este (vigente mas inválida, portanto) será possível ao Judiciário controlar a sua *convencionalidade*, declarando a invalidade da lei interna. Ademais, através do *controle jurisdicional de convencionalidade*, torna-se possível a utilização das ações de controle concentrado da produção normativa doméstica, quando quaisquer leis nacionais infringirem tratados internacionais de direitos humanos aprovados com maioria qualificada, como se verá a seguir.

Pois bem. Como já demonstrado, a Constituição Brasileira acolhe os tratados internacionais de direitos humanos como normas constitucionais, independentemente do *quorum* qualificado de aprovação. Entretanto, se aprovados na forma do § 3º, do art. 5º, da Constituição, tais tratados ratificados (e em vigor) passarão a ter *equivalência* de emendas constitucionais.

Assim, na medida que os tratados de direitos humanos ou são materialmente constitucionais (art. 5º, § 2º) ou material e formalmente constitucionais (art. 5º, § 3º), torna-se possível um novo tipo de controle da produção e aplicação da normatividade interna, o “*controle jurisdicional de convencionalidade das leis*”, pelas vias *concentrada* e *difusa* (MAZZUOLI, 2011c, p. 76-82).

De fato, Mazzuoli (2011b, p. 405) defende que, da inovação introduzida pela EC nº 45/2004,

[...] veio à tona (e passou a ter visibilidade entre nós) um novo tipo de controle das normas de direito interno: o controle de *convencionalidade* das leis, que nada mais é que o processo de compatibilização vertical (sobretudo *material*) das normas domésticas com os comandos encontrados nas convenções internacionais de direitos humanos.

Em outra obra, ainda acrescenta o citado autor:

A compatibilidade do direito doméstico com os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no País faz-se por meio do *controle de convencionalidade*, que é complementar e coadjuvante (jamais subsidiário)

do conhecido controle de constitucionalidade. (...) Tal demonstra que, de agora em diante, os parâmetros de controle concentrado (de constitucionalidade/convencionalidade) no Brasil são a Constituição e os *tratados internacionais de direitos humanos* ratificados pelo governo e em vigor no país. (...) É exatamente nesta última hipótese – leis *compatíveis* com a Constituição, mas *violadoras* de normas internacionais de direitos humanos em vigor – que tem lugar o ‘controle de convencionalidade’, tanto o difuso como o concentrado. É interessante observar ainda que o controle de convencionalidade das leis tem um *plus* em relação ao seu controle de constitucionalidade. Isto porque enquanto o controle de constitucionalidade só é possível de ser exercido por parte de tribunais internos, o de convencionalidade tem lugar tanto no plano internacional como no plano interno (2010, p. 208-211).

No sistema interamericano de proteção de direitos humanos, surgiu, em 26 de setembro de 2006, primeiramente, a teoria do controle de convencionalidade, no julgamento pela Corte Interamericana de Direitos Humanos do *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*, citado por Mazzuoli (2011b, p. 406):

A Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao ímpeto da lei e, por isso, estão obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Porém, quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam prejudicados pela aplicação de leis contrárias ao seu objeto e fim, e que desde o seu início carecem de efeitos jurídicos. **Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de ‘controle de convencionalidade’ entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado, senão também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana** (parágrafo 124 da sentença – *grifos não originais*).

Avançando no tema, o mesmo autor acrescenta que

Foi, porém, no *Caso Cabrera Garcia e Montiel Flores Vs. México*, julgado em 26 de novembro de 2010, que a Corte Interamericana (por unanimidade de votos) afirmou em definitivo a sua doutrina jurisprudencial sobre o “controle de convencionalidade”. Dos parágrafos 225 a 233 da sentença, a Corte reafirmou sua jurisprudência consolidada sobre o tema, citando (como reforço à sua fundamentação) decisões de várias Cortes Supremas de países latino-americanos que atribuem obrigatoriedade interna às interpretações que tem feito a CIDH dos dispositivos da Convenção Americana. A partir desse julgamento, passou então a ser *dever* do Poder Judiciário dos Estados controlar a convencionalidade das normas de direito interno, sendo certo que a negativa em assim proceder acarreta a responsabilidade internacional do Estado (2011b, p. 408).

Observe-se que a Corte afirma, imperativamente, constituir uma obrigação (*deve exercer*) do Poder judiciário interno controlar a convencionalidade de suas leis em face dos tratados de direitos humanos em vigor no país e que neste controle os juízes e tribunais nacionais devem nortear-se pela “*interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana*”.

Segundo orienta o mencionado autor, de tal decisão decorrem reflexos no chamado controle *difuso* de convencionalidade, uma vez que implica no controle *ex officio* de convencionalidade das leis pelo Judiciário Brasileiro.

Pois se a Corte (repita-se: a “intérprete última” da Convenção) não limita o dito controle a um *pedido expreso* das partes em um caso concreto, e se, ao seu turno, os juízes e tribunais nacionais “devem” levar em conta a interpretação que do tratado faz aquele Tribunal, tal significa que o Poder judiciário interno não deve se prender à exclusiva solicitação das partes, mas há de controlar a convencionalidade das leis *ex officio* sempre que estiver diante de um caso concreto cuja solução possa ser encontrada em tratado internacional de direitos humanos em que o Estado seja parte: *iura novit curia* (MAZZUOLI, 2011b, p. 407).

Disso decorre que, sob o fundamento de não solicitação das partes e de impossibilidade de exercício *ex officio*, não mais poderá o Judiciário negar-se ao *controle da convencionalidade* pela via difusa, o que pode desencadear a responsabilidade internacional do Estado por violação dos direitos humanos.

Depreende-se de todo o exposto que, quanto aos tratados de direitos humanos aprovados na forma do art. 5º, § 3º, da CF/88, será cabível o controle pela via de ação (*controle concentrado de convencionalidade*); e, quanto aos demais tratados de direitos humanos ratificados e em vigor no plano interno será possível o controle pela via de exceção (*controle difuso de convencionalidade*), uma vez que por força do art. 5º, § 2º, da mesma Carta, possuem *status* de norma materialmente constitucional.

Ressalte-se que a tese do *controle jurisdicional de convencionalidade* parte da premissa de que

[...] se a Constituição possibilita sejam os tratados de direitos humanos alçados ao patamar constitucional, com *equivalência de emenda*, por questão de lógica deve também garantir-lhes os meios que prevê a qualquer norma constitucional ou emenda de se protegerem contra investidas não autorizadas do direito infraconstitucional (MAZZUOLI, 2011b, p. 409).

Destarte, deve-se entender que, a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, a expressão “guarda da Constituição” prevista no art. 102, I, a, da Carta Magna abarca, além do texto propriamente dito da Constituição, as normas constitucionais por equiparação, como é o caso dos tratados de direitos humanos aprovados com *quorum* qualificado (MAZZUOLI, 2011a, p. 217). De igual modo, os legitimados para o controle concentrado, constantes do art. 103, da Constituição, podem intentar também a invalidação de lei interna incompatível com os tratados de direitos humanos internalizados com *quorum* qualificado (que também servem de paradigma para o controle difuso).

A forma como se operacionaliza o *controle jurisdicional de convencionalidade* no Brasil pode ser assim sintetizada:

Em outras palavras, o que se está aqui a defender é o seguinte: quando o texto constitucional (no art. 102, inciso I, alínea a) diz competir precipuamente ao Supremo Tribunal Federal a “guarda da Constituição”, cabendo-lhe julgar originariamente as ações diretas de inconstitucionalidade (ADIn) de lei ou ato normativo federal ou estadual ou a ação declaratória de constitucionalidade (ADECON) de lei ou ato normativo federal, está autorizando que os legitimados próprios para a propositura de tais ações (constantes do art. 103 da Carta) ingressem com essas medidas sempre que *a Constituição* ou *quaisquer normas a ela equivalentes* (v.g., os tratados de direitos humanos internalizados com *quorum* qualificado) estiverem sendo violadas por normas infraconstitucionais (MAZZUOLI, 2010, p. 217).

Nesse sentido, o que defendemos é ser plenamente possível utilizar-se das ações do controle concentrado, como a ADIn (que invalidaria a norma infraconstitucional por *inconveniência*), a ADECON (que garantiria à norma infraconstitucional a compatibilidade vertical com um tratado de direitos humanos formalmente constitucional), ou até mesmo a ADPF (que possibilitaria exigir o cumprimento de um “preceito fundamental” encontrado em tratado de direitos humanos formalmente constitucional), não mais fundamentadas apenas no texto constitucional, senão também nos tratados de direitos humanos aprovados pela sistemática do art. 5º, § 3º, da Constituição e em vigor no país.

[...]

Em idêntico sentido, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) poderia ser utilizada para proteger “preceito fundamental” de um tratado de direitos humanos violado por normas infraconstitucionais, inclusive *leis municipais* e normas *anteriores* à data que o dito tratado fora aprovado (e entrou em vigor) com equivalência de emenda constitucional no Brasil.

Quanto aos tratados de direitos humanos não internalizados pela dita maioria qualificada, passam eles a ser paradigma apenas do controle *difuso* de convencionalidade (pois, no nosso entendimento, os tratados de direitos humanos não aprovados por tal maioria qualificada são somente *materialmente constitucionais*, diferentemente dos tratados aprovados por aquela maioria, que têm *status* material e *formal* de normas constitucionais) (MAZZUOLI, 2011b, p. 410-412).

Neste ponto, impõe-se ressaltar que, não obstante o controle de convencionalidade *concentrado* somente tenha se tornado possível com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45 (em 8 de dezembro de 2004), o controle de convencionalidade *difuso* já é possível desde a promulgação da Constituição (em 5 de outubro de 1988) e entrada em vigor dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil após essa data. Tome-se como exemplo o controle exercido pelo STJ na forma do art. 105, III, a, da Carta de 1988, que preceitua expressamente que a este tribunal compete julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, “pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida *contrariar tratado* ou lei federal, ou negar-lhes vigência” (MAZZUOLI, 2010, p. 210 e 2011b, p. 412).

Merece ainda registrar que a primeira ação de controle abstrato proposta no Brasil, com o objetivo de controlar a convencionalidade (embora o proponente não tenha se utilizado desta expressão) de um tratado de direitos humanos (a *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*, de 2007) internalizado pelo rito do art. 5º, § 3º, da Constituição, foi uma ADPF (nº 182) de 09.07.2009. Com ela visou-se declarar, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, “a invalidade, por não recepção, do art. 20, § 2º, da Lei 8.742/93, em face da citada Convenção (que emprega o conceito de “pessoa com deficiência” de modo mais abrangente e, portanto, mais protetivo que o conceito expresso na lei)” (MAZZUOLI, 2011b, p. 410).

Outrossim, impõe-se frisar que no elogiável voto do Ministro Celso de Mello (no HC N. 87.585-8/TO), lido no plenário do Supremo Tribunal Federal no dia 12 de março de 2008, ao negar aplicação das leis que impõem prisão civil do depositário infiel, o que fez o Ministro

[...] foi *controlar a convencionalidade* de tais normas em face da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Referido controle ficou claro quando reconheceu o Ministro que “existe evidente *incompatibilidade material superveniente* entre referidas cláusulas normativas [que impõem a prisão civil] e o Pacto de São José da Costa Rica” (MAZZUOLI, 2010, p. 213).

No que respeita à questão das omissões legislativas frente aos tratados internacionais de direitos humanos incorporados com *quorum* qualificado, o pensamento de Mazzuoli (2011b, p. 411):

Não se pode também esquecer da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), prevista no art. 103, § 2.º, da Constituição, que poderá ser proposta sempre que *faltar lei interna* que se faria necessária a dar efetividade a uma norma convencional. Nesse caso, pode o STF declarar a *inconvencionalidade por omissão* de medida para tornar efetiva norma internacional de direitos humanos em vigor no Brasil e anteriormente aprovada por maioria qualificada, dando ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-la em trinta dias.

Ainda no que tange às omissões legislativas, passa (doravante) a ser perfeitamente cabível o remédio constitucional do mandado de injunção para colmatar omissões normativas que impossibilitem o exercício de um direito ou liberdade presente em tratado de direitos humanos internalizado com *quorum* qualificado, uma vez que o comando constitucional garante a utilização de tal remédio “sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades *constitucionais* [inclusive *equivalentes* às emendas constitucionais] e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (art. 5.º, LXXI).

Por oportuno, impõe-se asseverar que não merece prosperar o entendimento de SILVA (2006, p. 79) quanto ao tema, segundo o qual haverá inconstitucionalidade se as normas infraconstitucionais “violarem as normas internacionais acolhidas na forma daquele § 3º”, ficando então “sujeitas ao sistema de controle de constitucionalidade na via incidente [controle difuso] como na via direta [controle concentrado]”. Conforme o autor, no que se refere às demais normas internacionais não aprovadas na forma do § 3º do art. 5º, “*ingressam no ordenamento interno no nível da lei ordinária, e eventual conflito com as demais normas infraconstitucionais se resolverá pelo modo de apreciação da colidência entre lei especial e lei geral* [que são os clássicos critérios de solução de antinomias]”.

Todavia, discordamos do entendimento desse autor e aliamos-nos ao pensamento de Mazzuoli (2011b, p. 405-406) sobre o assunto, no sentido de que apenas quando existe afronta à Constituição mesma (incompatibilidade vertical das leis com a Constituição) é que pode haver controle de constitucionalidade propriamente dito, sendo que, para os casos de incompatibilidade das leis com os tratados de direitos humanos (aprovados na forma do § 3º do art. 5º ou não) ocorrerá o controle de *convencionalidade*. Neste sentido:

Ainda que os tratados de direitos humanos (material e *formalmente* constitucionais) sejam *equivalentes às emendas* constitucionais, tal não autoriza a chamar de controle “de constitucionalidade” o exercício de compatibilidade vertical que se exerce em razão deles, notadamente no caso de o texto constitucional permanecer incólume de qualquer violação legislativa (ou seja, no caso de a lei *não violar* a Constituição propriamente, mas apenas o *tratado* de direitos humanos). Em suma, deve-se chamar de

controle de constitucionalidade apenas o estrito caso de (in) compatibilidade vertical das leis com a Constituição, e de controle de convencionalidade os casos de (in) compatibilidade legislativa com os tratados de direitos humanos (formalmente constitucionais ou não) em vigor no país.

Em síntese, todos os tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil é parte servem como paradigma ao controle de convencionalidade das normas infraconstitucionais, que se apresenta sob duas espécies: primeiro, o controle concentrado de convencionalidade, que tem por paradigma os tratados de direitos humanos internalizados com quorum qualificado; segundo, o controle difuso de convencionalidade, que tem por paradigma os tratados de direitos humanos não aprovados pela maioria qualificada do art. 5º, § 3º, da Constituição Brasileira.

## CAPÍTULO III

### REFLEXOS DOS PRINCIPAIS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

#### 3.1 A Aplicabilidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos em Matéria Tributária

Ficou devidamente demonstrado no Capítulo II deste estudo a abertura do ordenamento jurídico pátrio à integração dos tratados internacionais de direitos humanos ao direito interno, sendo analisado o processo de incorporação desses tratados e o impacto jurídico no direito interno de tais compromissos internacionais.

Cumprido, agora, o exame da aplicabilidade dos tratados internacionais de direitos humanos especificamente em matéria tributária.

Como os tratados internacionais afetos ao presente trabalho têm por escopo a proteção dos direitos humanos, à primeira vista certamente imaginar-se-ia não se aplicarem a matéria tributária.

Impressão incorreta, porém, por vários motivos, cabendo, atento às finalidades e limitações do presente trabalho, elencar os seguintes:

Primeiro, porque, conforme aponta a doutrina mais abalizada, os tratados internacionais de direitos humanos possuem princípios que se projetam sobre o ordenamento jurídico como um todo, inclusive sobre as relações entre o fisco e o contribuinte (face à multidimensionalidade do direito tributário e à interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos), tais como a garantia de justiça, igualdade, liberdade, devido processo legal, etc. Nesse sentido:

Hoje, o **Direito Tributário** não pode ser visto isoladamente, nem no ordenamento jurídico brasileiro, nem fora dele, daí falarmos em **multidimensionalidade**. Afinal, plenamente aplicado, o direito tributário **agrega o conteúdo axiológico de direitos fundamentais de todas as dimensões, em plano** integrado financeiro-administrativo e **conjugado à ordem internacional** (MOREIRA, 2010, p. 123). Grifou-se.

Os tratados e convenções internacionais (...) contêm **princípios genéricos que se projetam para o campo das relações entre fisco e contribuinte**, tais como, entre outros, os da legalidade, igualdade, proibição da prisão por dívida, sigilo profissional. Têm especial importância a Declaração Universal

dos Direitos do Homem (1948), o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ONU – 1966) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (San José da Costa Rica – 1960) (TORRES, 1999, p. 27). Grifou-se.

**Os Direitos Humanos podem ser estendidos à tributação**, tema incipiente, mas que começa a ser objeto de reflexão no Brasil. Por Direitos Humanos temos a concepção jurídico-filosófica que privilegia o respeito aos valores e coloca novamente o homem no centro do Direito. O positivismo jurídico — mero respeito às leis — dá lugar, de forma prudente e moderada, à finalidade do sistema jurídico: a proteção do homem. Para alcançar seu objetivo de proteção do ser humano, notadamente frente ao Estado, o Direito volta sua atenção a valores como a dignidade da pessoa, o respeito à individualidade e à privacidade (BECHO, 2009, p. 2-3). Grifou-se.

Segundo, porque, no dizer de Troianelli (1999, p. 50), “os tratados sobre direitos humanos são interpretados de modo extensivo, de modo a admitir a maior amplitude possível a tais direitos”. Isso é o que estabelecem, expressamente, o Pacto de São José da Costa Rica (art. 29), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 5º, 1), e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 5º, § 1º), quando dispõem que:

**PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA:**

Art. 29. Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

- a) permitir a qualquer dos Estados-Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;
- b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados-Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos estados;
- c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorram da forma democrática representativa de governo; e
- d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

**PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS**

Artigo 5.º

1. Nenhuma disposição do presente Pacto poderá ser interpretada no sentido de reconhecer a um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de dedicar-se a quaisquer atividades ou praticar quaisquer atos que tenham por objetivo destruir os direitos ou liberdades reconhecidos no presente Pacto ou impor-lhes limitações mais amplas do que aquelas nele previstas.

**PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS**

Artigo 5º

§ 1. Nenhuma das disposições do presente Pacto poderá ser interpretada no sentido de reconhecer a um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de dedicar-se a quaisquer atividades ou de praticar quaisquer atos que tenham por objetivo destruir os direitos ou liberdades reconhecidos no presente Pacto ou impor-lhes limitações mais amplas do que aquelas nele previstas.

Terceiro, porque, como adiante será demonstrado, o direito humano ao mínimo existencial e o direito humano ao desenvolvimento devem balizar o princípio da capacidade contributiva, impondo um campo de limite à tributação estatal. No mais, a atividade tributária implica, necessariamente, a transferência da propriedade das pessoas para o Estado. Ora, incluindo-se o direito de propriedade entre os direitos humanos, deve-se protegê-lo de todos os modos de agressão, inclusive a decorrente de ato tributário. Pelo exposto, exsurge extreme de dúvidas a aplicabilidade de tais pactos em matéria tributária.

Sobre o tema, salienta Bustamante (1990 apud TROIANELLI, 1999, p. 50):

Otro derecho humano que se encuentra directamente vinculado con la tributación es el derecho a poseer y conservar la propiedad.  
( ... )  
Siendo el tributo una detracción de la riqueza de los particulares éste afecta al derecho a la propiedad....

Quarto, porque a suprarreferida aplicabilidade consta expressamente de um dos mais importantes tratados de direitos humanos, vale dizer, o Pacto de São José da Costa Rica, como se extrai do seu artigo 8º:

Art. 8º [...] direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (Grifos adicionados).

Se a matéria tributária é expressamente mencionada em um dos artigos do Pacto, preleciona Troianelli (1999, p. 51), “mostra-se clara a intenção de incluí-la no âmbito deste, não havendo motivo razoável para excluí-la em outros artigos que não a discriminem expressamente, desde que, é claro, tais artigos sejam aptos a gerar alguma consequência de índole tributária”.

Por fim, porque, sob a força propulsora dos tratados internacionais de direitos humanos, o direito tributário, norteado pelo princípio hermenêutico internacional *pro homine*, poderá ser utilizado como instrumento “para minimizar os efeitos da desigualdade, principalmente em um país como o Brasil, onde a liberdade é razão e limite da tributação” (MOREIRA, 2010, p. 123).

Tais, em breve síntese, os assuntos que serão analisados nos itens que se seguem.

## 3.2 Revisitando o Princípio da Capacidade Contributiva à Luz dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos

### 3.2.1 Delimitação conceitual de capacidade contributiva

Segundo o entendimento de Grupenmacher (2004, p. 14), “Nos Estados ao que ocorre à Democráticos de Direito, contrariamente ao ocorre nos Estados Totalitários, é na Constituição que se estabelecem as limitações à atividade estatal”, dentre elas regras de observância dos direitos fundamentais do homem, tais como a interdição de arbitrariedade, a igualdade, a legalidade, a previsibilidade da ação estatal, dentre outras que realizam a segurança jurídica.

Dos direitos fundamentais mencionados ressalta o Princípio da Igualdade, no entender de Godoi (1999, p. 183):

A consideração moderna do tributo, pois, envolve necessariamente o respeito ao princípio da igualdade, que aliado ao princípio da legalidade tributária conformam os dois itens fundamentais das garantias dos contribuintes contra a opressão fiscal.

E somente existirá igualdade onde o privilégio não medrar.

No concernente ao tema, Castro (2005, p. 434) elucida:

No âmbito da tributação, o tratamento isonômico se traduz através das normas e princípios constitucionais que visam garantir distribuição equânime e proporcional da carga tributária entre os particulares, seguindo orientação que retoma e expande o conteúdo de princípios igualitários já antes implantados na Constituição de 1946, e que em certa medida restaram prejudicados pela regressividade impositiva e injustiça das políticas fiscais perpetradas ao tempo do regime militar pós-64. Assim, restaura-se o princípio da personalização e graduação dos impostos segundo a efetiva capacidade econômica do contribuinte (art. 145, § 1º), ao mesmo tempo em que se veda *“tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos”* (art. 150, II). Especificamente em relação ao imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, a Constituição exige que a exação tributária seja *“informada pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei”* (art. 153, § 2º, I).

Na lição de Grupenmacher (2004, p. 14-15):

Decorrência do princípio da isonomia tributária são os princípios da capacidade contributiva e o da vedação do confisco, os quais estabelecem os limites mínimo e máximo de tributação, respectivamente.

O Estado Democrático está, portanto, adstrito aos compromissos de liberdade e igualdade materiais, objetivando uma vida digna para todos. Nesse contexto, a observância dos citados princípios impõe que o tributo deixe de ser apenas uma fonte de renda e passe a ser um instrumento de realização de justiça. A igualdade no tratamento tributário deixa de ser apenas formal passando a ser materialmente um instrumento de redistribuição de riquezas.

O princípio da capacidade contributiva, por seu turno, tem como principal consequência propiciar a realização da justiça fiscal, onerando aqueles que manifestem maior capacidade contributiva e desonerando a renda utilizada para fazer frente às despesas necessárias à vida digna. Por isso mesmo, a chamada "renda consumida" há de ser excluída para fins de aferição de capacidade contributiva. Trata-se, da intributabilidade do mínimo existencial referida por Francesco Moschetti, que afirmou:

"(...) a capacidade contributiva é dada por aquela parte de potência econômica, da riqueza de um sujeito, que supera o mínimo vital. Com efeito, se capacidade significa aptidão, possibilidade concreta e real, não pode existir capacidade de concorrer para com os gastos públicos quando falte ou se tenha apenas o necessário para as exigências individuais".

Quanto ao fundamento do referido mínimo existencial, Torres (1999, p. 141-164) esclarece que:

A proteção do mínimo existencial no plano tributário, sendo pré-constitucional como toda e qualquer imunidade, está ancorada na ética e se fundamenta na liberdade, ou melhor, nas condições iniciais para o exercício da liberdade, na ideia de felicidade, nos direitos humanos e no princípio da igualdade. Não é totalmente infensa à ideia de justiça e ao princípio da capacidade contributiva.

(...) O direito ao mínimo existencial está implícito também na proclamação do respeito à dignidade humana, na cláusula do Estado Social de Direito e em inúmeras outras classificações constitucionais ligadas aos direitos fundamentais. (...)

Há um direito às condições mínimas de vida de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas. O direito ao mínimo existencial não tem dicção constitucional própria. (...)

Em outras palavras, a capacidade contributiva começa além do mínimo necessário à existência humana digna e termina aquém do limite destruidor da propriedade.

Extrai-se desta lição que a proteção do mínimo existencial está ancorada no princípio da dignidade da pessoa humana, que, por sua vez, compõe o princípio internacional *pro homine*<sup>25</sup>, regra de interpretação que determina a primazia da

<sup>25</sup> Mazzuoli esclarece que "no direito interno, o princípio internacional *pro homine* compõe-se de dois conhecidos princípios jurídicos de proteção de direitos: o da *dignidade da pessoa humana* e o da *prevalência dos direitos humanos*. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana é o primeiro pilar (junto à prevalência dos direitos humanos) da *primazia da norma mais favorável*" (2010, p. 207).

norma mais favorável ao ser humano. Conforme destaca Mazzuoli (2010, p. 206), o princípio da dignidade “é um princípio aberto, que chama para si toda a gama dos direitos fundamentais, servindo, ainda, de parâmetro à interpretação de todo o sistema constitucional”.

Por isto mesmo, concordamos com o entendimento de Grupenmacher (2004, p. 15-16) de que, à luz do princípio da dignidade humana e dos direitos fundamentais do cidadão, só seria possível a tributação incidente sobre as manifestações de capacidade contributiva, não se permitindo a incidência tributária indiscriminada sobre a capacidade econômica, significando que a manifestação de potencialidade econômica, *de per si*, não é bastante a autorizar a tributação das pessoas. Em respeito ao princípio da capacidade contributiva devem ser afastados da tributação os recursos mínimos necessários para a manutenção da pessoa e de sua família. Além disso, assevera a citada autora que a capacidade contributiva tem como limite mínimo “o mínimo existencial”, vinculado à dignidade da pessoa humana, e como limite máximo a vedação da cobrança de tributo com efeito de confisco, garantia esta decorrente do direito de propriedade. De modo que na aplicação do princípio da capacidade contributiva, fica vedada a tributação do mínimo existencial.

Ademais, não pode ser olvidado que a Constituição estabelece como dever do Estado o assegurar a todos o direito à saúde, educação, moradia, previdência e assistência social, etc. Prestações que tais configuram verdadeiros deveres do Estado, e na lição de Grupenmacher (2004, p.17), “quando suportadas pelo contribuinte deveriam ser integralmente dedutíveis do imposto sobre a renda devido, haja vista que a tributação incidente sobre estes custos traduz-se em concreta afronta ao princípio da capacidade contributiva”.

Entretanto, no Brasil, constata-se um sistema de tributação em que a concretização do princípio da capacidade contributiva se dá por técnicas legalmente regradadas de modo a não favorecer, na generalidade dos casos, a garantia do mínimo existencial.

Tratando sobre o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, assevera Sarlet que ele se constitui em limite à atuação dos poderes estatais,

um “valor-guia” para todo o sistema constitucional, no qual se incluem os direitos fundamentais. Como princípio dotado de eficácia jurídica, impõe um dever de respeito e proteção por parte do Estado, que deve, ao exercer tal *múnus*, atuar de forma negativa, não intervindo na esfera privada dos indivíduos, e de forma positiva, para proteger esta esfera privada da

atuação de terceiros, bem como criar meios para que essa dignidade seja concretizada e respeitada (1998, p. 106-111).

De fato, no atual Estado Constitucional e Humanista de Direito, o respeito ao mínimo existencial como garantia de uma vida humana digna se mostra como uma diretriz negativo-positiva em relação ao Poder Institucionalizado, a partir da premissa de que os indivíduos de uma sociedade, qualquer que seja ela, têm direito a determinadas condições mínimas de existência, que lhes conferem o *status* de pessoa humana. Assim, na fixação do conteúdo dos direitos humanos, deve-se ter em vista a inserção do homem em um ambiente natural, social, político e cultural suficientemente adequado para promover não somente a sua vida, entendida como mera sobrevivência no tempo, mas também determinados conteúdos mínimos de vida, aptos a garantir um patamar superior derivado da noção de dignidade (DIAS, 2007, p. 159-188).

À luz do exposto, não basta que a Constituição Brasileira garanta ao cidadão e a sua família uma vida digna. A efetividade dessa garantia demanda uma atuação negativa do Estado, uma não interferência estatal na esfera privada dos indivíduos, de modo que, para tanto, as leis infraconstitucionais que instituem os tributos devem excluir de seu âmbito de incidência a já referida "renda consumida" (mínimo existencial) com as despesas necessárias para uma vida com dignidade.

### **3.2.2 Regressividade: característica da tributação praticada no Brasil**

Sendo certo que as Constituições são em si mesmas expressão da vontade dos indivíduos, é através delas que são impostas limitações à atuação do Estado e dentre elas a observância dos direitos fundamentais.

No Brasil, entretanto, o que se verifica é que apenas uma pequena parcela dos cidadãos é que pode contar com a proteção da lei. Nesse sentido, assim se manifesta Carvalho (2005,p. 215-217):

Do ponto de vista da garantia dos direitos civis, os cidadãos brasileiros podem ser divididos em classes. Há os de primeira classe, os privilegiados, os "doutores", que estão acima da lei, que sempre conseguem defender seus interesses pelo poder do dinheiro e do prestígio social. (...) Em um cálculo aproximado, poderiam ser considerados "doutores" os 8% das

famílias (...) que recebiam mais de 20 salários mínimos. Para eles, as leis ou não existem ou podem ser dobradas.

Ao lado dessa elite privilegiada, existe uma grande massa de “cidadãos simples”, de segunda classe, que estão sujeitos aos rigores e benefícios da lei. São a classe média modesta, os trabalhadores assalariados com carteira de trabalho assinada, os pequenos funcionários, os pequenos proprietários urbanos e rurais. (...) Os “cidadãos simples” poderiam ser localizados nos 63% das famílias que recebem entre acima de dois a 20 salários. Para eles, existem os códigos civil e penal, mas aplicados de maneira parcial e incerta.

Finalmente, há os “elementos” do jargão policial, cidadãos de terceira classe. São a grande população marginal das grandes cidades, trabalhadores urbanos e rurais sem carteira assinada, posseiros, empregadas domésticas, biscateiros, camelôs, menores abandonados, mendigos. (...) Esses “elementos” são parte da comunidade política nacional apenas nominalmente. Na prática, ignoram seus direitos civis ou os têm sistematicamente desrespeitados por outros cidadãos, pelo governo, pela polícia. (...) Para quantificá-los, os “elementos” estariam entre os 23% de famílias que recebem até dois salários mínimos. Para eles vale apenas o Código Penal.

No concernente à garantia especificamente dos direitos tributários, a situação em nada melhora, eis que o Brasil possui uma carga tributária elevada e em ascensão, e sua distribuição pela sociedade beneficia quem ganha mais e, de modo perverso, sacrifica quem ganha menos. Mostra-se, dessarte, desarrazoado impingir-se ao cidadão uma tributação acintosamente regressiva, em um Estado Democrático de Direito no qual a parcela da renda amealhada pelos 50% mais pobres é quase igual à parcela apropriada pelo 1% mais abastado (dados da Pesquisa Nacional de Amostra de Domicílios – IBGE, 2007).

No ano de 2008, conforme relata Khair (2008, p. 12), quem ganhou até dois salários mínimos viu 49% dos seus rendimentos brutos serem consumidos pelos tributos, ao passo que quem auferiu renda acima de 30 salários despendeu apenas 26% com tributos.

A causa disso, conforme explicitado pelo citado autor e por muitos outros estudiosos da área, está na tributação excessiva sobre o consumo, ao invés do patrimônio e da renda. Dadas as suas características, a tributação sobre o consumo, no máximo, permite a técnica tributária da seletividade, não, porém, da progressividade, sendo esta última muito mais justa.

Informa Hickmann (2007, p. 4), citando dados da Unafisco Sindical, que em 2007 os tributos sobre o consumo representaram 67% da arrecadação total brasileira, o imposto sobre a renda, 29%, e os impostos sobre o patrimônio, apenas 4%. Se, por um lado tais dados apontam para a existência do problema, por outro

não resolvem a regressividade do sistema, que decorre, também, de uma deficiente aplicação da chamada tributação direta.

Não é outro o entendimento de Pochmann (2008), do IPEA, que, depois de analisar os dados do IBGE do biênio 2002/2003, resume a equação da regressividade estabelecendo que não só o peso da tributação indireta (incidente sobre o consumo) é muito maior do que o da tributação direta (incidente sobre a renda e o patrimônio), mas que também o grau de progressividade da tributação direta, no Brasil, é ainda extremamente baixo. Desse enredo vai resultar uma sociedade em que o décimo mais pobre se vê obrigado a suportar uma carga tributária total equivalente a 32,8% da sua renda, ao passo que o décimo mais rico suporta apenas 22,7%.

Inobstante a recente melhoria na distribuição de renda, oriunda das atuais políticas sociais implementadas, a altíssima concentração de renda ainda impressiona, razão pela qual esse mal deve ser combatido de todas as formas, conforme assevera Hickmann (2007, p. 4), não só através da aplicação humanista dos recursos do Estado, mas principalmente por meio de uma arrecadação justa. Assim se manifesta o estudioso:

Uma conta que poucos gostam de pagar é a dos impostos. Alguns privilegiados conseguem escapar, mas para o cidadão comum a conta aumentou muito nos últimos anos. Em geral, esquecemos que os tributos são também o preço da cidadania, fundamentais para financiar um conjunto de serviços – educação, saúde, previdência e assistência social – que depende da ação do Estado.

Mas não basta o Estado arrecadar tributos; é necessário cobrá-los do cidadão que tem capacidade contributiva. Caso contrário, o sistema tributário acaba sendo um Robin Hood às avessas, pois os tributos sobre o consumo oneram principalmente a classe de renda mais baixa, concentrando renda. O inverso ocorre quando a opção é por um sistema tributário progressivo, taxando mais o patrimônio e a renda. Há quem entenda que distribuição de renda se faz apenas via gastos sociais. Porém, diante da elevada concentração de renda no Brasil, é preciso atacar o mal de todas as formas.

Segundo estudos recentes realizados (AMARAL, 2013, p. 3):

Em 2003, do seu rendimento bruto o contribuinte brasileiro teve que destinar em média 36,98% para pagar a tributação sobre os rendimentos, consumo, patrimônio e outros. Em 2004 comprometeu 37,81%, em 2005 destinou 38,35%, em 2006 destinou 39,72%, em 2007 comprometeu 40,01%, em 2008 destinou 40,51%, em 2009 comprometeu 40,15%, em 2010 comprometeu 40,54%, em 2011 comprometeu 40,82% do seu rendimento bruto, em 2012 40,98%, e destinará 41,10% no ano de 2013.

De acordo com informações coligidas por Sabbag (2013, p. 184), que foram, porém, atualizadas no presente trabalho com dados de estudos mais recentes publicados por Amaral (2013, p. 3), a carga tributária sobre a renda, consumo e patrimônio já consome 150 dias de trabalho do brasileiro, ou seja, 4 meses e 30 dias (quase 5 meses) somente para pagar toda esta carga tributária. Em 2013, o brasileiro trabalhou de 1º de janeiro a 30 de maio exclusivamente para pagar os tributos (impostos, taxas e contribuições) exigidos pelos governos federal, estadual, distrital e municipal. Comparativamente, prosseguem os autores, enquanto nas décadas de 70 e 80, o cidadão brasileiro trabalhava 76 e 77 dias ao ano, respectivamente, para arcar com o ônus tributário, na década de 90, o número subiu para 102 dias ao ano. Após o ano 2000, por sua vez, os números não pararam de crescer: em 2000, o brasileiro dispôs de 121 dias de seu ano para pagamento de tributos; em 2006, de 145 dias; em 2010, de 148 dias; e, em 2012, de 150 dias. Portanto, hoje se trabalha o dobro do que se trabalhava na década de 70 para arcar com nossa dívida tributária. Por fim, os autores registram que países como a Suécia e França apresentam, curiosamente, números mais expressivos (o cidadão sueco trabalha 185 dias ao ano para pagar os tributos; o cidadão francês, 149 dias), porém, é cediço que, em tais países, o cidadão desfruta de uma efetiva contraprestação estatal quanto aos serviços públicos de qualidade que venham a ser prestados.

Na sequência, preleciona Sabbag (2013, p. 185-186) que:

Seguindo na contramão das experiências internacionais, segundo o referido estudo, a estrutura tributária brasileira constitui-se, predominantemente, de tributos indiretos, ou seja, daqueles que incidem sobre o consumo, o lucro, o faturamento, tais como o ICMS, o IPI, o IRPJ, o ISS, o PIS, a COFINS, a CSLL, entre outros. No plano arrecadatório, estes gravames sobressaem, de modo expressivo, em relação aos chamados “tributos diretos”, geralmente incidentes sobre o patrimônio (IPTU, IPVA, ITR, ITBI, ITCMD, entre outros), com pouco volume arrecadável. No Brasil, analisando-se a tributação nas últimas duas décadas, pode-se afirmar, sem receio de errar, que as cargas tributárias direta e indireta, mantiveram-se assim distribuídas: 40% para a primeira e 60% para a segunda. Os impostos indiretos, particularmente, tendem à regressividade, pois os consumidores, ricos ou pobres, realizando transações de bens e serviços, pagam na mesma proporção, em relação ao valor do bem ou serviço adquirido, independentemente de suas capacidades de contribuição.

Daí se evidenciar, ano a ano, um Estado brasileiro que se torna cada vez mais financiado pelas classes de menor poder aquisitivo, com a população de baixa renda suportando uma elevada tributação indireta, o que contribui para o recrudescimento das desigualdades sociais. Infelizmente, nossa filosofia tributária busca onerar menos a renda e o patrimônio e gravar mais os bens e serviços. Ademais, os tributos indiretos provocam um imediato

impacto nos custos e na competitividade das empresas quando veiculam uma tributação cumulativa sobre a produção e a circulação de mercadorias. Segundo Pochmann (2008, p. 3), presidente do IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), “os pobres no Brasil pagam 44% mais imposto, em proporção à sua renda, que os ricos. Embora os 10% mais pobres não paguem Imposto de Renda, consomem bens com alta carga de impostos indiretos, como os da cesta básica”. Para esse autor, ao apresentar dados que mostram a incidência de tributos mais fortes entre os hipossuficientes, afirma que 1,8% da renda dos mais pobres é gasta com IPTU, enquanto 1,4% da renda dos mais ricos é gasta com o imposto. Para ele, “o IPTU das mansões é proporcionalmente menor que o da favela”. Assim, à medida que a renda aumenta, os gastos familiares com habitação tendem a decrescer, pois as famílias mais abastadas promovem menor esforço financeiro para adquirir o imóvel. Daí se afirmar que a adoção, por exemplo, de uma alíquota única e invariável, incidente sobre a propriedade imobiliária, tende a provocar uma regressividade, onerando-se mais gravosamente as famílias mais pobres.

### 3.2.3 A capacidade contributiva e a proporcionalidade

A proporcionalidade, enquanto técnica para se apurar o valor da exação tributária, que adota a aplicação de uma alíquota única sobre uma base tributável variável, possuindo características de neutralidade do ponto de vista da justiça fiscal, se apresenta, segundo Sabbag (2013, p. 182) como instrumento “por meio do qual se busca realizar o princípio da capacidade contributiva. Vale dizer que a técnica induz que o desembolso de cada qual seja proporcional à grandeza da expressão econômica do fato tributado”.

Por essa técnica tributária, a alíquota se mantém constante, enquanto a base de cálculo vai variar segundo os demais elementos da respectiva obrigação tributária.

Na sequência, o referido autor (2013, p. 182), esclarece que

[...] a proporcionalidade não vem explícita no texto constitucional, como a progressividade.

O STF já se pronunciou no sentido de que o princípio da capacidade contributiva é prestigiado, no caso dos impostos ditos *reais*, pela mera técnica da proporcionalidade. Assim, eles serão progressivos somente no caso de uma expressa previsão no texto constitucional.

[...] embora os impostos proporcionais tenham sido muito utilizados no passado, ocupando, ainda hoje, posição de destaque nos sistemas fiscais contemporâneos, já não são considerados os mais idôneos a atender o princípio da capacidade contributiva, persistindo sua aplicação em casos pouco ajustáveis à progressividade.

Na crítica elaborada por Ataliba (1991 apud Sabbag, 2013, p. 183), “os impostos que não sejam progressivos – mas que tenham a pretensão de neutralidade – na verdade, são regressivos, resultando em injustiça e inconstitucionalidade”.

E por fim, no tocante ao fato da “regressividade”, esclarece Sabbag (2013, p. 183) que

o sistema tributário brasileiro encerra evidente paradoxo: o dilema de conciliar a ação afirmativa do Estado na distribuição equitativa da riqueza social com a impossibilidade de expansão da incidência tributária para além das fronteiras do mínimo vital e do não confisco. Tal paradoxo tem sido, lamentavelmente, solvido pela indesejável opção da tributação regressiva, que onera mais gravosamente as famílias com menor poder aquisitivo, amplificando a concentração de renda e as desigualdades sociais.

### **3.2.4 A capacidade contributiva como um direito humano protegido pelos tratados internacionais de direitos humanos**

Os fatos e entendimentos acima coligidos, sem qualquer sombra de dúvidas, estão a demonstrar, exigir mesmo, que algo seja feito no sentido de sustar o descalabro que vem sendo perpetrado sobre as pessoas mais necessitadas pelo sistema tributário do país.

Com efeito, do supramencionado modelo de tributação vigente decorrem afrontosas situações de injustiça e violações de direitos humanos, uma vez que, em verdade, os impostos que não sejam progressivos, mas tenham a pretensão de neutralidade, acabam sendo regressivos, por força da técnica da proporcionalidade.

E conforme visto, se depender apenas dos dispositivos encartados na Constituição da República relacionados com o direito tributário, a situação tenderá a se perpetuar, melhor dizendo, tenderá a se tornar mais injusta, uma vez que o próprio guardião da Carta Magna, vale dizer, o Supremo Tribunal Federal – STF, já se pronunciou no sentido de que o princípio da capacidade contributiva é prestigiado, no caso dos impostos ditos reais, pela mera técnica da proporcionalidade e que serão progressivos somente no caso de uma expressa previsão no texto constitucional.

Entretanto, conquanto tal entendimento do STF possa encontrar guarida na Constituição, não prospera face ao atual Estado Constitucional e Humanista de Direito e face à própria Constituição Brasileira, uma vez que (como demonstrado no item 2.6, do Capítulo II deste estudo), partindo da duplicidade de fontes normativas admitida pela Constituição (uma advinda do direito interno e outra advinda do direito internacional, decorrente dos tratados internacionais de direitos humanos em que o Brasil seja parte), deve o aplicador do direito e/ou o intérprete fazer uso da fonte que ofereça a norma mais favorável à pessoa humana (princípio internacional *pro homine*).

Neste sentido, colhe-se em diversos instrumentos internacionais de proteção a garantia expressa do “direito ao mínimo existencial” ou “direito a condições mínimas de existência digna”, como se vê, v.g., da Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 25), do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 11), da Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993, etc.

E para a garantia deste “direito ao mínimo existencial” consta, inclusive, nos próprios tratados internacionais de direitos humanos aludidos a cláusula expressa de que os Estados-partes, para a consecução desse direito, se comprometem a tomar todas as medidas necessárias e, de igual modo, a não prejudicar ou impedir o exercício desse direito.

Outrossim, não pode ser olvidada a regra *pacta sunt servanda*, que rege o Estado-parte em seus compromissos exteriores, expressamente prevista no art. 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (todo tratado em vigor “obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé”); bem como a disposição do art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (que determina não poder o Estado-parte invocar posteriormente disposições de direito interno como justificativa para o não cumprimento de tratado).

Ademais, tem-se a cláusula de diálogo prevista no art. 5º, § 2º, da Constituição Brasileira, conforme o qual os direitos expressos na Constituição não excluem outros decorrentes de tratados – de direitos humanos – em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Ora, a aplicação da técnica da proporcionalidade no caso dos impostos ditos reais e dos impostos indiretos (prevista no direito interno), em prejuízo do direito a condições mínimas de existência digna (como já demonstrado), implica em violação

frontal das disposições supratranscritas, previstas em diversos Compromissos Internacionais assumidos pelo Brasil.

E na situação de conflito entre os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos e o direito interno (Constituição e leis infraconstitucionais), frente à intercomunicação (diálogo das fontes – v. Capítulo II, item 2.6 deste estudo) entre tais fontes normativas, a solução deve ser dada pela primazia da norma mais favorável à pessoa humana, portanto, em desfavor da aplicação da técnica da proporcionalidade.

Avançando ainda mais, cabe destacar o direito humano ao desenvolvimento, previsto em vários instrumentos internacionais de proteção (v.g., Declaração das Nações Unidas sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986, Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993, etc), malgrado na Constituição Brasileira afigure-se inexistente a garantia nominal deste direito.

A Declaração sobre o Direito de Desenvolvimento de 1986, define, no seu art. 1º, que “o direito a desenvolvimento é um direito humano inalienável em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados”.

Assim, conjugando *o direito humano ao desenvolvimento e o princípio tributário da capacidade contributiva*, é possível asseverar, com base em Dias (2007, p. 176-178) que é fundamental vislumbrar-se o direito ao desenvolvimento sob a ótica das capacidades, entendidas como liberdades subjetivas, traduzindo-se a capacidade do indivíduo pela sua liberdade de escolher o padrão de vida que mais se lhe apresenta como adequado, sem privações dos meios de satisfação de necessidades básicas (mínimo existencial). E que a efetivação do direito ao desenvolvimento implica no oferecimento aos cidadãos de um sistema de capacidades, liberdades substantivas decorrentes do efetivo acesso a condições mínimas de vida.

Em razão disso, o direito humano ao desenvolvimento determina de forma positiva um agir estatal, com vistas a oferecer melhores condições aos indivíduos de uma sociedade, capazes de aumentar suas oportunidades sociais. Tais condições são concretizadas por uma forma de ação dúplice: ou o Estado oferece essas condições de forma direta (saúde, educação, moradia, etc.), ou, não impede que os

indivíduos por si só as produzam individualmente (v.g., excluindo da tributação o mínimo existencial).

Por isso mesmo, todas as vezes que o Estado não oferece estas condições de modo direto e invade os meios de aquisição de capacidades, obstando-as (como ocorre no atual modelo de tributação brasileiro), impõe à pessoa humana uma forma de privação que impede frontalmente seu desenvolvimento (violação do direito humano ao desenvolvimento).

Nessa linha, pode-se seguramente afirmar que o direito ao desenvolvimento deve nortear a aplicação do princípio da capacidade contributiva, impondo um campo de limite à tributação estatal. Não é outro o entendimento de Dias (2007, p. 178-179):

que a exigência de participação dos indivíduos nos gastos públicos possui um claro limite: não pode gerar privações das oportunidades sociais dos indivíduos sob pena de violação do direito humano ao desenvolvimento.

[...]

Retirando os meios de produção de capacidades o Estado está deliberadamente agindo no sentido de impor uma privação dos meios necessários à melhoria social do padrão de vida. (...) Com isso queremos dizer que não se pode contribuir tanto que a própria possibilidade de desenvolvimento – aquisição e conservação de capacidades – esteja comprometido. (...) Há, assim, um campo dos direitos do indivíduo que está imune à ação fiscal, exatamente porque devem ser garantidas a todo o ser humano a condição mínima de existência e a possibilidade de alcançar patamares mais dignos de vida. (...) Esse mínimo essencial tem uma conexão direta e palpável com o direito ao desenvolvimento, mas também possui uma conexão estreita com o princípio da capacidade contributiva.

Como se vê, da comprovada conexão direta entre o princípio da capacidade contributiva e o direito humano ao desenvolvimento, decorre, de um lado, o direito do cidadão de que o mínimo existencial fique imune a qualquer ação fiscal, e, de outro lado, o correspondente dever do Estado de garantia pela ordem jurídica interna do respeito a desse direito, o que não ocorre no atual sistema de tributação brasileiro, face ao prestígio da injusta técnica da proporcionalidade.

À vista do exposto, constatada a antinomia (quanto ao direito de que o mínimo existencial fique imune à ação fiscal) entre os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos e o direito interno brasileiro, frente à intercomunicação (diálogo das fontes – v. Capítulo II, item 2.6 deste estudo) entre tais fontes normativas, a solução deve ser dada pela primazia da norma mais

favorável à pessoa humana, portanto, novamente em desfavor da aplicação da técnica da proporcionalidade.

De outro lado, cabe destacar, com base em entendimento de Dutra (2010, p. 209), partindo dos fundamentos axiológicos do princípio da capacidade contributiva (a justiça e a igualdade), que esse princípio também “visa proteger o direito à propriedade, sendo esta um direito configurado como humano”, representando, pelo menos dentro da concepção capitalista ainda dominante, uma das diversas facetas que integram o próprio homem, visto e reconhecido não só pelo que é, mas também pelo que possui”. Segundo esclarece a autora, o direito de propriedade, que é o alvo principal da tributação, é protegido pelo princípio da capacidade contributiva, com o qual guarda estreita vinculação.

Ademais, o direito à propriedade – previsto em incontáveis tratados internacionais de proteção dos direitos humanos – é uma garantia do indivíduo

[...] de que tudo aquilo que ele conquistou com esforço próprio é dele, não podendo ser usurpado por ninguém. Portanto, em sendo a capacidade contributiva uma garantia a esse direito, já que impede que a tributação o espolie, pode ser, em razão disso, entendida como um direito humano em si, pois serve para garantir outro direito humano, o da propriedade, além de trazer ínsitos os ideais de justiça e igualdade, que se alinham bem a essa concepção de direitos (DUTRA, 2010, p. 209).

Destarte, à luz de uma interpretação sistemática e teleológica da Carta Magna (que admite como fonte normativa os tratados internacionais de direitos humanos), necessariamente orientada pelo princípio internacional *pro homine*, deve-se entender que a igualdade, a justiça, a garantia à propriedade e, por consequência, a própria capacidade contributiva se enquadram dentro do conceito em apreço,

[...] podendo ser configurados como direitos humanos, já que são ideais do homem em qualquer parte do mundo, portanto dotados da universalidade, historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, efetividade, interdependência e complementariedade, características reconhecidas desses direitos (DUTRA, 2010, p. 209-210).

De fato, como corolário lógico dos direitos humanos da igualdade, do mínimo existencial, do direito ao desenvolvimento e do direito de propriedade, está o direito humano da capacidade contributiva, estando todos, conjunta e amplamente resguardados pelo sistema internacional de proteção dos direitos humanos. Nessa linha, é possível afirmar, com base em Dutra (2010, p. 210-212) que, em que pese a

existência de diversos tratados internacionais que abordam os direitos humanos e a questão da tributação em si, comprova tal assertiva, à guisa de exemplo, a análise da Declaração Universal de Direitos do Homem de 1948, que, “além de representar um marco na internacionalização desses direitos, é considerada uma cartilha que contém os principais direitos que devem ser reconhecidos ao ser humano, sendo aceita pela maior parte dos países na atualidade”. Dispõe ela:

Art. I. Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

Art. II.

1. Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

2. Não será tampouco feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania. [...]

Art. VI. Toda pessoa tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecida como pessoa perante a lei.

Art. VII. Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito igual a proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação. [...]

Art. XVII.

1. Toda pessoa tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros.

2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade. [...]

Art. XXII. Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade. [...]

Art. XXVIII. Toda pessoa tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados.

Inobstante o fato da citada declaração não fazer alusão expressa ao princípio da capacidade contributiva, ele exsurge de uma combinação dos dispositivos coligidos, que, segundo o magistério de Dutra (2010, p. 212), perfilham (i) a ideia de igualdade e justiça, fontes da capacidade contributiva; (ii) a garantia ao direito à propriedade, prevista no art. XVII, 1, a qual a capacidade contributiva visa proteger, e ainda (iii) a existência da previsão de vedação ao confisco, limite superior da capacidade contributiva, veiculada no art. XVII, 2. Tais disposições, segundo a mencionada autora, deixam extreme de dúvidas que a capacidade contributiva é um direito humano implícito na Declaração Universal, “extraído por meio de uma interpretação sistemática que leva em consideração os valores por ela elencados

como primordiais para a humanidade, bem como os direitos que merecem a máxima proteção e garantia”.

Posto isso, em face do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, a interpretação e aplicação do direito humano da capacidade contributiva não de ser norteadas pelo princípio da primazia da norma mais favorável ao ser humano (*pro homine*), devendo ser concretizado tal direito pela aplicação, no caso concreto, da técnica que mais favoreça o contribuinte, em prol da garantia dos direitos humanos de propriedade, de desenvolvimento e do mínimo necessário a uma existência digna.

Assim, no que se refere, por exemplo, aos tributos que incidem sobre a atividade produtiva e sobre o consumo, a observância do direito à capacidade contributiva determinaria a intributabilidade de produtos de primeira necessidade. No mesmo sentido, em relação aos impostos que incidem sobre a propriedade, o respeito a tal direito se daria pela isenção de impostos que recaem sobre imóveis de padrão popular, ou cuja localidade seja apta a demonstrar tal qualidade.

Ainda em garantia da efetivação de tal direito, impor-se-ia uma seletividade na tributação sobre o consumo, que desonerasse os bens necessários à sobrevivência das pessoas e tributasse severamente produtos de luxo. Bem assim, caberia a integral dedução do imposto sobre a renda devido, dos gastos com saúde, educação, moradia, previdência e assistência social, quando suportados pelo contribuinte, uma vez constituírem-se em deveres do Estado.

No cenário tributário brasileiro o que se observa, todavia, é uma lamentável situação de injustiça fiscal, dado que, em face da ínfima parcela de tributos progressivos permitida pela Constituição, avançam os entes tributantes de forma avassaladora sobre o mínimo existencial, através da cobrança de tributos indiretos pela técnica da proporcionalidade, desaguando num sistema tributário severamente regressivo.

Pode-se concluir, portanto, que o ordenamento jurídico pátrio desprestigia o princípio da capacidade contributiva e, por via reflexa, viola os direitos humanos de desenvolvimento, do mínimo à existência humana digna e de propriedade (direitos com natureza materialmente constitucional, já que integram e complementam o elenco dos direitos fundamentais, compondo o “bloco de constitucionalidade” – v. item 2.5, Capítulo II).

E consoante demonstrado no item 2.6 do Capítulo II deste trabalho, para a compatibilidade com o atual Estado Constitucional e Humanista de Direito, toda a produção normativa nacional (inclusive em matéria tributária) submete-se a *limites verticais materiais*, consubstanciados na Constituição e nos tratados internacionais de direitos humanos. Assim, na medida em que as técnicas de tributação vigentes, conquanto compatíveis com a Constituição, afrontam, como já demonstrado, diversos direitos humanos garantidos por compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, resta descumprido tal limite material vertical, impondo-se a retirada (por sua invalidez) do ordenamento jurídico das normas técnicas de tributação violadoras.

Em razão disso, o contribuinte prejudicado poderá requerer, pelo sistema difuso de jurisdição, a declaração de inconvencionalidade dos dispositivos incompatíveis com as aludidas normas internacionais de proteção dos direitos humanos. No mais, tem-se ainda a possibilidade de os legitimados do art. 103, da Constituição proporem ao Judiciário o controle concentrado de convencionalidade de tais dispositivos, invocando um instrumento internacional de direitos humanos aprovado na forma do § 3º do art. 5º e garantidor dos suprarreferidos direitos humanos.

No que se refere aos intérpretes e aplicadores do direito, a eles caberá conhecer o verdadeiro sentido das fontes normativas admitidas em matéria de direitos humanos, coordenando-as e harmonizando-as com vistas à aplicação, no caso concreto, da técnica que mais favoreça o contribuinte, em prol da garantia dos direitos humanos de capacidade contributiva, de propriedade, de desenvolvimento e do mínimo necessário a uma existência digna.

Por fim, cabe reiterar que a Corte Interamericana (intérprete última da Convenção Americana), já pacificou o entendimento de que, em hipóteses como a presente, de violação dos direitos humanos pelos próprios poderes constituídos do Estado, o Judiciário interno estará obrigado a controlar *ex officio*, no caso concreto, a convencionalidade das leis nacionais de regência, em face dos compromissos internacionais de proteção assumidos pelo Estado.

### **3.3 A Denúncia Espontânea de Infração Seguida do Pagamento Parcelado do Tributo à Luz dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos**

Cumpre, de início, realizar apertada síntese sobre as ideias mais discutidas, na atualidade, acerca dos postulados do instituto da denúncia espontânea, para, num segundo momento, extrair as consequências da incidência dos tratados internacionais de direitos humanos sobre os mesmos.

#### **3.3.1 O Instituto da Denúncia Espontânea de Infrações Tributárias**

Segundo Alexandre (2013, p. 341), “O instituto é inspirado na ‘desistência voluntária’ e no ‘arrependimento posterior’ do direito penal, que visam a estimular o delinquente a interromper a investida criminosa ou, a menos, ao reparar o dano causado”.

A regra, no direito tributário, deflui do disposto no art. 138, do Código Tributário Nacional, nos seguintes termos:

Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.  
Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração.

No entendimento de Sabbag (2003, p. 763):

O instituto da denúncia espontânea, confissão espontânea ou autodenúncia, prevista no art. 138, permite que o devedor compareça à repartição fiscal, *oportuno tempore*, a fim de noticiar a ocorrência da infração e pagar os tributos em atraso, se existirem, em um voluntário saneamento da falta. Não se trata de ato solene, nem a lei exige que ela se faça dessa ou daquela forma. Trata-se de possibilidade legal para que o infrator se redima, confessando a violação ao Fisco. Apresenta, assim, similitude com a desistência voluntária e com o arrependimento eficaz, ambos do direito penal.

Nas palavras de Maia Filho (2007, p. 77):

O efeito primordial pretendido pelo contribuinte, ao efetivar essa comunicação voluntária, é o de *afastar a exigibilidade de multa pelo cometimento da infração*, assim se assegurando o direito de liquidar a dívida fiscal apenas com o recolhimento do principal, mais correção e juros; do ponto de vista do Fisco, a denúncia espontânea tem o efeito de poupá-lo da fiscalização e da execução do crédito tributário, ensejando o recolhimento imediato do valor tributário e dos seus acréscimos legais, *excluída a multa*.

Esse efeito *diretamente proveitoso ao Fisco*, qual seja, o do pagamento do tributo devido e seus acréscimos, em seguida à denúncia espontânea, tem sido apontado por alguns autores como sendo *conditio sine qua non para a fruição da exclusão da multa*, dando ao art. 138 do CTN exegese literal.

De todo modo, a denúncia espontânea tem a sua sede e o espaço do seu desenvolvimento *no campo restrito da atividade administrativa fiscal*, não cabendo ao Juiz, ou a qualquer outra autoridade, deferir ao contribuinte essa importante espécie de favor legal.

Na verdade, o que sempre cabe ao Juiz é o *controle casuístico do agir administrativo*, neste caso, o agir administrativo pertinente à denúncia espontânea; por conseguinte, poderá o Juiz *reconhecer* em prol do contribuinte o efeito por ele visado com a denúncia, qual seja, o de eximir-se do pagamento da multa infracional, *caso a Autoridade Fiscal lhe recuse esse efeito à sua confissão da infração, quando espontaneamente realizada*.

A compreensão da denúncia espontaneamente efetivada pelo contribuinte, *id est*, sem atividade fiscal anterior, deve levar em conta, sobretudo, a *motivação* que o anima à sua prática, pois, do contrário, *seria normal, do ponto de vista psicológico, que não a realizasse*, já que se trata da confissão de fatos, cuja informação à Autoridade Administrativa lhe produz onerosidade, desfavorecendo-o com o dever jurídico de solver a dívida fiscal até então ignorada, o que deve ser feito *após a confissão*, discutindo-se, apenas, se há de ser à vista ou poderá ser a prazo o pagamento respectivo.

Afirma Sabbag (2013, p. 763-764), que na denúncia espontânea “não se veda a cobrança dos ‘juros’ e da ‘correção monetária’, até porque esta integra o valor do tributo, enquanto aqueles, despidos de fins punitivos, compõem o traço remuneratório do capital”. E, passo seguinte, com o objetivo de comprovar a afirmação retro, colaciona o seguinte julgado:

**EMENTA: PROCESSUAL CIVIL – TRIBUTÁRIO – CONFISSÃO DA DÍVIDA – PARCELAMENTO – DENÚNCIA ESPONTÂNEA – NÃO CONFIGURAÇÃO – SÚMULA 208/TFR –**

- *Consoante entendimento sumulado do extinto TFR, “a simples confissão da dívida, acompanhada do pedido de parcelamento, não configura denúncia espontânea.”*

- *Para exclusão da responsabilidade pela denúncia espontânea é imprescindível a realização do pagamento do tributo devido, acrescido da correção monetária e juros moratórios; somente o pagamento integral extingue o débito, daí a legalidade da cobrança da multa em face da permanência do devedor em mora.*

- *Entendimento consagrado pela eg. 1ª Seção quando do julgamento do REsp. 284.189/SP.*

- *Os honorários advocatícios, quando vencida a Fazenda Pública, serão fixados de acordo com a apreciação equitativa do juiz, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, não se impondo ao julgador a observância de limites percentuais mínimos e máximos e nem a base de cálculo.*

- *A configuração do prequestionamento exige a emissão de juízo decisório sobre a questão jurídica controvertida.*  
 - *Recurso especial conhecido, mas improvido.*  
 (REsp 291.953/SP, 2ª T., rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 15/12/2005)”.

Questão recorrente, ainda segundo o citado autor (2013, p. 765), é saber qual tipo de multa a confissão excluiria: a moratória ou a punitiva? Após referir que os estudiosos, na esteira da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ (ainda não totalmente pacificada), preconizam a exclusão de toda e qualquer penalidade sobre a irregularidade autodenunciada, o autor citador assevera que serão excluídas “as multas moratórias ou substanciais (falta ou atraso no recolhimento do tributo) e as multas punitivas ou formais (fiscais ou punitivas)”.

Nesse diapasão, o eminente Coêlho (1995 apud SABBAG, 2013, p. 765):

Se quisesse excluir uma ou outra, teria adjetivado a palavra infração ou teria dito que a denúncia espontânea elidiria a responsabilidade pela prática de infração à obrigação principal excluindo a acessória, ou vice-versa.

O entendimento de grande parcela dos estudiosos é no sentido de se excluir apenas as multas punitivas. Nessa esteira, Torres (2005 apud SABBAG, 2013, p. 765) estabelece que

[...] a denúncia espontânea exclui apenas as penalidades de natureza penal, mas não as moratórias, devidas pelo recolhimento do tributo a destempo. A legislação dos diversos impostos costuma prever multas moratórias reduzidas para as hipóteses de recolhimento espontâneo do tributo fora do prazo legal, como o que se beneficia em parte o infrator arrependido.

Confira-se os julgados do Supremo Tribunal Federal – STF e do Superior Tribunal de Justiça – STJ, no concernente ao tema, coligidos por Sabbag (2013, p. 766):

EMENTA: ISS. INFRAÇÃO. MORA. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. MULTA MORATÓRIA. EXONERAÇÃO. ART. 138 DO CTN.  
 - O contribuinte do ISS, que denuncia espontaneamente ao Fisco seu débito em atraso, recolhido o montante devido, com juros de mora e correção monetária, está exonerado da multa moratória, nos termos do art. 138 do CTN.  
 - Recurso extraordinário não conhecido.  
 (RE 106.068/SP, 1ª T., rel. Min. Rafael Mayer, j. 06/08/1995).

EMENTA: TRIBUTÁRIO. ICM. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. INEXIGIBILIDADE DA MULTA DE MORA. O CÓDIGO TRIBUTÁRIO

NACIONAL NÃO DISTINGUE ENTRE MULTA PUNITIVA E MULTA SIMPLEMENTE MORATÓRIA.

- No respectivo sistema, a multa moratória constitui penalidade resultante de infração legal, sendo inexigível no caso de denúncia espontânea, por força do artigo 138.

- Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 001.6672/SP, 2ª T., rel. Min. Ari Pargendler, j. 05/02/1996).

Por outro lado, a exclusão da responsabilidade dar-se-á quando o contribuinte levar a conhecimento do Fisco, antes de qualquer procedimento fiscal iniciado, a ocorrência de infração e, se for o caso, o pagamento de eventual tributo devido. O entendimento de Maia Filho (2007, p. 78) é no sentido de que:

[...] caso se registre qualquer atividade fiscal relativamente ao tributo ou à situação fiscal do contribuinte infrator, elimina-se, de logo e automaticamente, a possibilidade de eficácia da denúncia espontânea, isto é, *não terá mais eficácia alguma, no que respeita à exclusão da multa, a iniciativa do contribuinte de fazer aquela prefalada comunicação ou confessar a existência da situação geradora da obrigação tributária não adimplida (situação infracional).*

Importa deixar bem claro que, iniciada que seja a chamada *ação fiscal*, não mais será juridicamente possível ou correto falar-se em denúncia espontânea, eis que esta *se tornou objetivamente inviável, tendo em vista que o Fisco já terá, em face de sua própria atividade de fiscalização, total conhecimento dos fatos que seriam objeto da comunicação formal (ou denúncia) do contribuinte.*

A seu turno, Amaro (apud MAIA FILHO, 2007, p. 79) discorrendo sobre o tema, “frisa bem esse aspecto da espontaneidade da comunicação da infração, como condicionante da eficácia da denúncia, afirmando que esta é *motivada pelo arrependimento do infrator; ainda que temperada pelo medo de vir a sofrer alguma sanção*”. Nessa esteira de entendimento, acrescenta Maia Filho (2003, p. 79) que

O elemento da intimidação, associado à motivação da denúncia, não lhe tola a espontaneidade, pois o instituto assume, quanto a esse aspecto, *nítido conteúdo processual*, equivalendo à *confissão* a que alude o art. 348, do CPC; aliás, alguns autores chegam mesmo a empregar o termo *confissão* para designar a *denúncia espontânea da infração tributária*, não incorrendo eles, nesse ponto, em qualquer impropriedade ou ambiguidade de linguagem.

Já o tributarista Machado (apud MAIA FILHO, 2007, p. 79), por sua vez, alude expressamente à *confissão* para identificar a natureza da denúncia espontânea, prelecionando que tal confissão é a mesma de que trata o CPC, muito embora alguns estudiosos a relacionem “com a *desistência voluntária do proveito do ilícito* ou mesmo o *arrependimento eficaz*, institutos próprios da seara do direito penal, como o

notável Baleeiro (1970, p. 438), associando-a à figura do art. 15 do Código Penal Brasileiro”.

Para Sabbag (2013, p. 768), não se aplica o art. 138, do CTN, às obrigações acessórias, ou seja, mesmo confessado espontaneamente o não cumprimento de obrigação acessória, deve ser pago o valor da penalidade correspondente – multas de mora e multas de ofício, decorrentes da infração perpetrada. Em termos práticos, continua o autor, não eximem o inadimplente do pagamento de multa as seguintes situações: (I) o atraso na entrega da DCTF – Declaração Centralizada de Tributos Federais; (II) a falta de regularização dos livros comerciais, entre outros descumprimentos de deveres instrumentais do contribuinte.

Assim sendo, na sequência, o citado autor preleciona que o Superior Tribunal de Justiça não vem aplicando as disposições do art. 138 do CTN às infrações meramente formais, vale dizer, aquelas relativas ao descumprimento de obrigações acessórias que, não obstante serem independentes do fato gerador do tributo, não se apresentam com poder suficiente para afastar a imposição da multa.

E para demonstrar tal afirmação, transcreve, em seguida, o seguinte julgado do STJ (2013, p. 769):

EMENTA: TRIBUTÁRIO. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. ENTREGA COM ATRASO DE DECLARAÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES E TRIBUTOS FEDERAIS (DCTF). MULTA. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. INAPLICABILIDADE.

1. A denúncia espontânea não tem o condão de afastar a multa decorrente do atraso na entrega da Declaração de Contribuições e Tributos Federais (DCTF).

2. As obrigações acessórias autônomas não têm relação alguma com o fato gerador do tributo, não estando alcançadas pelo art. 138 do CTN.

3. Recurso provido. (REsp 591.579/RJ, 2ª T., rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 07-10-2004)

A seu turno, assevera Machado (2004 apud SABBAG, 2013, p. 768-769) que:

[...] a expressão se for o caso, no art. 138 do Código Tributário Nacional, significa que a norma nele contida se aplica tanto para o caso em que a denúncia espontânea da infração se faça acompanhar do pagamento do tributo devido, como também no caso em que a denúncia espontânea da infração não se faça acompanhar do pagamento do tributo, por não ser o caso. E com toda certeza somente não será o caso em que se tratando de infração meramente formal, vale dizer, mero descumprimento de obrigações tributárias acessórias.

Impende registrar com base em Maia Filho (2007, p. 82) que a denúncia espontânea de que se trata é aquela que antecede o efetivo pagamento integral do respectivo tributo, quando for o caso. A questão tem pertinência porque, na prática, o contribuinte pode efetuar a denúncia e deixar, em seguida, de efetuar o efetivo pagamento da dívida, hipótese na qual não vai ocorrer a exclusão da multa, muito embora persista a *ciência da ocorrência da infração pela autoridade fiscal*.

Assim preleciona conclusivamente o autor:

Reitere-se que, na hipótese de denúncia espontânea *não seguida do pagamento do tributo*, se excluirá por completo e automaticamente o efeito positivo em favor do contribuinte que praticou a autodenúncia, ou seja, a multa infracional restará plenamente exigível, mesmo tendo havido a confissão, como já assinalado mais de uma vez.

Em outras palavras, é indispensável que a denúncia espontânea seja seguida do *pagamento do tributo objeto da mesma denúncia*, sem o que essa atividade do contribuinte, consistente em realizar a denúncia/confissão, restará inócua de efeitos jurídicos, em especial o efeito de abreviar a arrecadação tributária e, obviamente, o de elidir a exigência da multa.

### 3.3.2 A Autodenúncia Seguida do Pagamento Parcelado do Tributo

Partindo já para uma aproximação mais estreita entre o assunto em debate com os objetivos deste trabalho, vale dizer, o impacto dos tratados internacionais de direitos humanos na área tributária, cumpre, agora, analisar o instituto da autodenúncia seguida do pagamento parcelado do tributo.

Isso porque o Código Tributário Nacional, no § 1º do art. 155-A, inserido pela Lei Complementar nº 104/2001, dispõe:

Art. 155-A. O parcelamento será concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica.

§ 1º. Salvo disposição de lei em contrário, o parcelamento do crédito tributário não exclui a incidência de juros e multas.

Com a inserção dos dispositivos legais acima coligidos no cenário jurídico nacional, o estudo do instituto em apreço passou a exigir análise mais aprofundada, no sentido de se saber se persiste a exclusão da multa na hipótese em que a denúncia espontânea não vem seguida do imediato pagamento (ou à vista) do

tributo devido, bem como dos seus consectários legais (correção e juros), mas sim do parcelamento do valor correspondente.

Bobbio (2003 apud MAIA FILHO, 2007, p. 80), preleciona que todos os institutos jurídicos possuem ou assumem, dentro do sistema ou do ordenamento, *uma função*, não havendo instituto de direito que seja dela desprovido: essa função, ou papel, é manifestada aos destinatários do instituto por meio de prescrições ou comandos, enfatizando que *um corpo de leis tende a eliminar tudo o que não é preceito*, daí se entender o sistema jurídico como um *universo harmônico de preceitos*.

Em percuciente análise da questão em foco, Maia Filho (2007, p. 80-82) emite o seguinte entendimento:

No que interessa a este estudo, pode-se dizer que é dúplice a função da denúncia espontânea, de acordo com as normas que estruturam e regem a aplicação desse relevante instituto jurídico, na via administrativa:

A) a sua função primária ou a sua *essencial utilidade*, do ponto de vista do Fisco, é a de tornar *dispensável* a atividade administrativa fiscal relativamente à infração tributária ou, sendo o caso, ao tributo ou à situação jurídica denunciada ou confessada pelo contribuinte: *a denúncia espontânea produz resultados imediatos em favor do Fisco, que se exonera do dever de fiscalização dos atos infracionais comunicados e, dessa forma, tem a oportunidade de promover a arrecadação do tributo, quando devido, de modo mais célere, sendo visível o proveito assim obtido;*

B) a outra função estratégica desse instituto (denúncia espontânea), do ponto de vista do contribuinte que a realiza, é a de *favorecê-lo com a exclusão da multa*, em face da própria comunicação da infração: *a denúncia espontânea produz a exoneração do pagamento da multa que decorre do descumprimento da obrigação suprido pela comunicação*, mas a obrigação confessada resta absolutamente incólume, não sendo de qualquer modo afetada pela confissão.

Assim, diante dessas duas funções do instituto da confissão espontânea, é necessário enfatizar que o benefício almejado pelo contribuinte, ao formular a comunicação de infração fiscal, é precisamente eximir-se do encargo sancionatório representado pela multa, *daí ser rigorosamente ilógica a imposição de sanção ao confitente, pelo fato de ter comunicado ao Fisco os elementos necessários ao lançamento*.

Quando o contribuinte promove a denúncia espontânea da infração tributária, *em caso em que seja cabível o pagamento de tributo*, duas são as alternativas que lhe são postas, a partir dessa confissão:

i) *realiza prontamente o recolhimento do valor do tributo devido e dos seus acréscimos legais, inclusive o fazendo no mesmo momento em que formula a confissão, ou*

ii) *simplesmente não realiza esse pagamento e nem adota nenhuma providência quanto à infração confessada, como que deixando de dar consequência prática à própria confissão*.

Na primeira hipótese, nenhuma dificuldade surge, quanto ao efeito excludente da multa, *como decorrência jurídica imediata e natural da confissão do contribuinte, eis que expressamente prevista no art. 138 do CTN*; ocorre, nesse caso, a implementação da *condição* admitida por alguns eminentes juristas, como o Professor Alexandre Macedo Tavares (*Denúncia Espontânea no Direito Tributário*, São Paulo, Dialética, 2002, p. 86), de que

*a exclusão da multa fiscal depende do pagamento imediato do valor do tributo devido, quando a confissão da infração pertine a situação que envolve tal obrigação.*

No segundo caso, a comunicação da infração fiscal perde imediatamente a eficácia de produzir a exclusão da multa, porque frustrada a primeira função desse instituto, qual seja, a de promover a celerização da arrecadação; *contudo, conserva-se o outro efeito da comunicação ao Fisco, quanto à ocorrência da infração, podendo a Autoridade Fiscal, portanto, valer-se, sem qualquer restrição, da confissão do contribuinte, restando indubitáveis os aspectos fáticos da obrigação.*

Contudo, questão de não pequena monta surge quando o contribuinte, tendo realizado a denúncia espontânea de infração fiscal, em caso em que cabe o pagamento de tributo, *ao invés de quitar a dívida, como esperável, obtém do Fisco o direito de fazê-lo de forma parcelada*, vindo daí a pertinente indagação se, em tal hipótese, também ocorrerá (ou não) a exclusão da multa pela infração,

Relendo-se o art. 138 do CTN, poder-se-á dizer que o dispositivo, ao expressar que a denúncia será *acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora*, faz entender que a eficácia da confissão *depende* mesmo da realização do pagamento; essa conclusão, embora lógica, não é, porém, única que se pode extrair desse item do CTN.

Enfrentando o assunto, alguns autores sustentam que o art. 155-A, parágrafo 1º do CTN (introduzido pela LC 104/01), forneceu a completa solução do problema, ao estabelecer que *salvo disposição de lei em contrário, o parcelamento do crédito tributário não exclui a incidência de juros e multa*, asseverando esses mestres que a leitura desse mesmo artigo não deixa margem a dúvidas, impondo que, em caso de pagamento parcelado do valor do tributo, *não se há de excluir qualquer desses itens (juros e multa)*.

Porém, essa conclusão parece não levar em conta que o objetivo dessa norma *não foi o de disciplinar o instituto da denúncia espontânea*, mas sim o do parcelamento; por conseguinte, a sua exegese finalística é a de que aqueles acréscimos legais (juros e multa) *devem ser incluídos na escala de pagamento ou no cronograma do parcelamento*, não devendo o contribuinte antecipá-los ao Fisco, qual faria se se tratasse da rolagem de uma dívida bancária, por exemplo.

É preciso pôr em destaque que a exclusão da multa é efeito da confissão espontânea praticada pelo contribuinte, e *não do parcelamento*, que é matéria *estritamente financeira*, relativa apenas à *forma do pagamento do crédito tributário já quantificado*, e não à apuração do seu valor, ou seja, *não é no parcelamento que se discute se haverá (ou não) a exclusão da multa, eis que a sede própria dessa discussão é a denúncia do contribuinte, para se perquirir se foi espontânea (ou não)*.

O instituto do parcelamento reflete a seriedade da preocupação do Fisco com a preservação da atividade econômica do contribuinte que confessa a dívida, oportunizando-lhe as condições de pagá-la, *sem a paralisação de sua produção*; quando o Fisco parcela o pagamento de crédito tributário, na verdade está acautelando o interesse público-social em que o devedor não seja eliminado do mercado, pois, se agisse sob a influência de suas pretensões imediatas, seria lógico que não admitiria que a arrecadação se fizesse a prazo.

Conforme visto acima, no entender de alguns autores o art. 155-A, parágrafo 1º, do CTN (introduzido pela LC 104/01), teria fornecido a completa solução do problema, ao estabelecer que salvo disposição de lei em contrário, o parcelamento do crédito tributário não excluiria a incidência de juros e multa, estabelecendo que a

leitura desse mesmo artigo não deixaria margem a dúvidas, impondo que, em caso de pagamento parcelado do valor do tributo, não se haveria de excluir juros e multa.

Para Sabbag (2013, p. 870), o entendimento da jurisprudência é no seguinte sentido:

[...] a princípio, influenciada pela Súmula nº 208 do antigo TFR [...], só admitia a existência da denúncia espontânea se houvesse o pagamento integral do tributo.

Com o tempo, o entendimento foi sendo modificado, vindo o STJ a admitir, de forma pacífica, que a denúncia espontânea, acompanhada do pagamento parcelado do tributo, igualmente excluía a incidência da multa:

EMENTA: TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. PARCELAMENTO DA DÍVIDA. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. DESCABIMENTO DA MULTA. CTN, ARTIGO 138.

1. Deferido o parcelamento por autoridade competente, ficando consolidada a dívida e seguindo-se os pagamentos das parcelas acertadas, configura-se a denúncia espontânea, descabendo a aplicação da multa (art. 138, CTN).

2. Precedentes da Primeira Seção/STJ. 3. Embargos rejeitados. (REsp 241033/CE, 1ª T., rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. 29-11-2001).

Ainda segundo o referido autor, “a norma inserida pela LC nº 104, de 10 de janeiro de 2001, pretendeu opor-se a esse entendimento jurisprudencial, afirmando que o parcelamento não excluía a incidência da multa”. Para alguns autores, dentre os quais Sakakihara e Freitas (apud SABBAG, 2013, p. 870):

[...] concomitantemente à alteração legal, o STJ modificou, mais uma vez, o seu entendimento, voltando a decidir que o parcelamento não era forma de pagamento e, por isso, a ele não se aplicava o benefício da denúncia espontânea. Segundo o STJ, portanto, o novo dispositivo trazido pela LC nº 104/2001 apenas confirmou o sentido do art. 138, do CTN.

Veja-se a jurisprudência do STJ, adotando o novo entendimento, após o surgimento do citado art. 155-A, coligida por Sabbag (2013, p. 871):

EMENTA: TRIBUTÁRIO. CONFISSÃO DA DÍVIDA. PARCELAMENTO DO DÉBITO. DENÚNCIA ESPONTÂNEA NÃO CONFIGURADA. EXCLUSÃO DA MULTA MORATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE.

1. O benefício previsto no art. 138 do CTN não se aplica aos casos em que o contribuinte faz opção pelo parcelamento do débito tributário, exigindo-se, para a exclusão da multa moratória, o integral pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou o depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa.

2. A LC 104/2001 incide apenas sobre os parcelamentos posteriores ao seu advento. Entende a 1ª Seção, contudo, que tal dispositivo apenas positivou norma que já se continha no sistema, decorrente da interpretação do art. 138 do CTN. 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 545.426/PR, 1ª T., rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 28-10-2003).

Para Maia Filho (2007, p. 88-89):

O art. 155-A, parágrafo 1º do CTN, acrescentado pela LC 104/01, ao dizer que o *parcelamento não exclui a incidência de juros e multas*, parece afirmar o óbvio, pois o parcelamento tributário *nunca excluiu e nem poderia excluir esses acréscimos legais (juros e multas)*, porque a moratória individual abrange a totalidade do crédito constituído (art. 154 do CTN) e sempre foi (e ainda é) *apenas uma forma de pagamento e não uma forma de quantificação da dívida*.

Na verdade, o instituto tributário que se conserva com a potestade de excluir multas fiscais é *tão-somente a denúncia espontânea da infração, prevista no art. 138 do CTN*, que continua em vigor e não foi alterado pela LC 104/01.

A *denúncia espontânea da infração*, que exclui a multa fiscal (art. 138 do CTN), nada tem a ver com a forma do pagamento do tributo apurado por meio dessa mesma confissão (*se à vista ou se em parcelas*), de sorte que se mostra passível de controvérsia dizer que a fruição da exclusão da multa fiscal, decorrente da denúncia espontânea da infração, é *dependente do pagamento à vista do tributo devido*.

(...)

Em síntese, é possível afirmar que os arts. 138 e 155-A do CTN têm campos de incidência diferentes, de modo que se pode concluir que, *em caso de denúncia espontânea de infração (art. 138 do CTN), são excluídas as multas, ainda que o pagamento do tributo seja objeto de parcelamento*.

Machado (2005 apud MAIA FILHO, 2007, p. 89), estima que o art. 155-A do CTN tendeu a contornar a orientação do STJ e lamenta que a Corte tenha alterado a sua diretriz judicante, assim se expressando o notável tributarista:

O que exclui as penalidades não é o pagamento imediato, mas a autodenúncia das faltas cometidas. A questão do pagamento, se à vista ou parcelado, é uma questão financeira que se resolve com o acréscimo dos juros na medida do tempo concedido para o pagamento das parcelas em que porventura seja o valor dividido.

(...).

Não podemos, porém, deixar de lamentar esse retrocesso na jurisprudência, que, afinal, *data maxima venia*, está equivocado, porque a exclusão da responsabilidade por infração não decorre da forma de pagamento, que é um problema simplesmente financeiro, mas da iniciativa do contribuinte de confessar as suas faltas.

Infelizmente, a norma do art. 138 do Código Tributário Nacional, que tem grande e louvável significado na política jurídica e especialmente na política tributária, terminou sendo amesquinhada.

### **3.3.3 A incidência dos tratados internacionais de direitos humanos sobre a denúncia espontânea seguida de parcelamento do tributo**

### 3.3.3.1 A Possibilidade de o Contribuinte Invocar, por Discriminação em Virtude de Posição Econômica, a Incidência dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos

Conforme visto nos itens precedentes, permanece acesa a discussão, no direito pátrio, quanto à possibilidade ou não da exclusão da multa de mora quando a denúncia espontânea é seguida, não do pagamento à vista, mas do parcelamento do tributo devido.

Na verdade, muito mais do que simples discussão acadêmica, o que se tem, na atualidade, é o entendimento de um Tribunal Superior (o STJ), aquele a quem compete constitucionalmente o julgamento de causas que envolvem a legislação infraconstitucional (como é a questão ora em estudo), no sentido de que a autodenúncia seguida do parcelamento do tributo não exclui o pagamento da multa de mora.

De forma que, atualmente, se o contribuinte apresentar denúncia espontânea quanto a algum tributo e requerer o parcelamento do respectivo débito com exclusão da multa de mora, com toda certeza terá o pedido de exclusão negado na esfera administrativa e, se recorrer ao Poder Judiciário buscando a modificação da decisão fazendária, não terá melhor sorte, eis que teria a sua pretensão indeferida pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, conforme visto acima.

Todavia, o que se defende no presente trabalho, é que, diante de tal situação de ofensa aos direitos humanos pela deficiência normativa do ordenamento jurídico pátrio, ainda outro caminho resta ao cidadão prejudicado – partindo da dualidade de fontes normativas admitida pelo direito brasileiro no que concerne à proteção dos direitos humanos: os tratados internacionais de direitos humanos. Assim, poderá o contribuinte questionar a legitimidade da exigência do pagamento da multa de mora, em caso de parcelamento do tributo, alegando discriminação decorrente de posição econômica, com fundamento na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica – art. 1º), no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 26), e no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 2º, § 2º), de onde se extraem, respectivamente, os seguintes excertos:

Art. 1º Os Estados-Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja à sua jurisdição, **sem discriminação**

**alguma por motivo** de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, **posição econômica**, nascimento ou qualquer outra condição social. (Grifou-se)

Art. 26 Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, **sem discriminação alguma**, a igual proteção da lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas **proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo** de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, **situação econômica**, nascimento ou qualquer outra situação. (Grifou-se)

Artigo 2º

§ 2. Os Estados Membros no presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados se exercerão **sem discriminação alguma por motivo** de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, **situação econômica**, nascimento ou qualquer outra situação. (Grifou-se)

Não obstante a clareza dos preceitos convencionais acima poder-se-ia, talvez, inquirir, conforme adverte Troianelli (1999, p.49), se a negativa da exclusão da multa de mora implicaria discriminação em virtude de posição econômica. Muito embora o citado autor esteja a se referir a depósito recursal, o seu entendimento tem plena aplicabilidade ao presente estudo, quando alude que a resposta à pergunta formulada haveria de ser afirmativa, já que na hipótese da existência de duas pessoas que viessem a apresentar denúncia espontânea sobre a mesma espécie tributária, unicamente aquela detentora de dinheiro suficiente para efetuar o pagamento à vista é que poderia ver excluído do total do débito o valor da multa de mora, sujeitando-se, portanto, a ver o próprio direito ao parcelamento inviabilizado por questão de posição econômica.

Questionamento outro levantado pelo citado autor e que teria relevância para o presente trabalho, seria o de saber se o direito à não discriminação por motivo de posição econômica já não se encontraria suficientemente estabelecido no Texto Constitucional, vez que o mesmo veda as discriminações, além de consagrar o princípio da isonomia, nos termos seguintes:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

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:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

[...]

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos.

De fato, colhe-se do primeiro dispositivo coligido que as discriminações vedadas, expressamente nominadas, são as referentes à origem, raça, ao sexo, à cor e à idade, restando, assim, à discriminação em razão da posição econômica a possibilidade de, quando muito, ser inserida entre as "quaisquer outras formas de discriminação", fato que, muito embora possa parecer óbvio para alguns, para outros (inclusive para o Superior Tribunal de Justiça – STJ) tal obviedade não se apresentaria, principalmente se se levar em conta que o contribuinte impossibilitado de efetuar o pagamento integral do débito tributário à vista não se apresenta, em muitos casos, como pobre ou destituído de qualquer capacidade econômica.

No que concerne aos dois seguintes dispositivos constitucionais acima mencionados, concordamos com o entendimento do citado autor (1999, p. 50), quando assevera:

Também aí se vê que o artigo 5º veda, sem detalhamentos, distinções de qualquer natureza, deixando um campo muito amplo para o intérprete. Quanto ao artigo 150, que veda, expressamente, a instituição de tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, poderia alguém entender que dois contribuintes contra quem houvesse o fisco crédito tributário oriundo de denúncia espontânea se encontrassem em situação equivalente, sendo, portanto, legítimo que para ambos se exigisse o pagamento integral do tributo à vista.

À vista do exposto, constata-se uma falha, uma lacuna no ordenamento jurídico pátrio acerca da vedação à discriminação por motivo de posição econômica. Em tais hipóteses, como já demonstrado no item 2.6.1 do Capítulo II deste trabalho, à vista da inexistência de norma interna (ou da existência de norma interna insatisfatória), capaz de assegurar a proteção de um direito e a existência de norma internacional que o integralize, deve ser feita a introdução supletória da norma internacional (*in casu*, dispositivos dos tratados internacionais de direitos humanos) na lacuna presente no ordenamento interno.

### 3.3.3.2 Posição do Pacto de São José e dos Demais Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Direito Positivo Brasileiro

Na conformidade do que já foi exposto no Capítulo II deste trabalho, entendemos que todos os tratados internacionais de direitos humanos incorporam, integram o direito positivo brasileiro com status constitucional, sendo que os direitos neles previstos complementam o catálogo dos direitos fundamentais elencados na Carta Magna.

De fato, como já demonstrado, através de uma cláusula aberta para proteção dos direitos e garantias fundamentais (§ 2º, do art. 5º), a Carta de 1988 instituiu um sistema de integração entre as normas de direito constitucional e as normas de direito internacional dos direitos humanos. Acerca do tema, vale reiterar a lição da ilustrada Piovesan (2013a, p. 114-117):

Esse processo de inclusão implica a incorporação pelo Texto Constitucional de tais direitos. Ao efetuar a incorporação, a Carta atribui aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional. Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. (...) Ainda que esses direitos não sejam enunciados sob a forma de normas constitucionais, mas sob a forma de tratados internacionais, a Carta lhes confere o valor jurídico de norma constitucional, já que preenchem e complementam o catálogo de direitos fundamentais previsto pelo Texto Constitucional (...). Os direitos internacionais integrariam, assim, o chamado 'bloco de constitucionalidade', densificando a regra constitucional positivada no § 2º do art. 5º, caracterizada como cláusula constitucional aberta.

Todavia, ainda que assim não fosse, e ostentasse o Pacto de São José da Costa Rica, bem como os demais instrumentos internacionais de direitos humanos um *status* apenas supralegal (como atualmente entende a maioria dos Ministros do STF, ao fundamento de inobservância do quórum qualificado pelos tratados anteriores à EC 45/2004), mesmo assim sua hierarquia seria superior à do § 1º, do art. 155-A, do Código Tributário Nacional, que, como se sabe, ostenta a condição de Lei Complementar.

### 3.3.3.3 Possibilidade de se Recorrer ao Poder Judiciário para Obtenção do Direito à Exclusão da Multa de Mora Mesmo no Caso de Pagamento Parcelado do Tributo Autodenunciado

Já se demonstrou em itens precedentes a possibilidade de se alegar, perante o Poder Judiciário, o descumprimento de dispositivos inseridos nos tratados internacionais de direitos humanos que tenham integrado o direito positivo brasileiro.

De fato, para a compatibilidade com o atual Estado Constitucional e Humanista de Direito, toda a produção normativa nacional (inclusa, portanto a legislação tributária) submete-se a *limites verticais materiais*, consubstanciados na Constituição e nos tratados internacionais de direitos humanos.

Assim, quanto ao § 1º, do art. 155-A, do CTN, deve-se concluir que tal dispositivo, embora *compatível* com a Constituição, *viola* normas internacionais de direitos humanos, devendo ser retirado (por sua invalidez) do ordenamento jurídico, por desrespeito a tal limite material vertical.

Deste modo, o contribuinte prejudicado com a negativa de exclusão da multa de mora poderá requerer, pelo sistema difuso de jurisdição, a declaração de inconveniência do citado § 1º, do art. 155-A, do CTN.

Ademais, tem-se ainda a possibilidade de os legitimados do art. 103, da Constituição proporem ao Judiciário o controle concentrado de convencionalidade do § 1º, do art. 155-A, do CTN, invocando um instrumento internacional de direitos humanos aprovado na forma do § 3º do art. 5º e garantidor dos suprarreferidos direitos do contribuinte.

Ressalte-se que a Corte Interamericana (intérprete última da Convenção Americana), entende que constitui obrigação do Judiciário interno controlar a convencionalidade das leis nacionais, independentemente da solicitação das partes, diante de qualquer caso concreto em que a solução possa ser encontrada em tratado internacional de direitos humanos em que o Estado seja parte. Assim, na hipótese em apreço, incumbiria ao Judiciário Brasileiro declarar *ex officio* a inconveniência de tal dispositivo, por descumprimento das normas previstas no Pacto de São José da Costa Rica e em outros instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos.

### **3.4 O Direito à Não-Autoincriminação Frente as Declarações e Informações Tributárias, Exigidas pela Administração Fazendária, sob o Impacto dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos**

Objetiva-se no presente item compreender como e em que medida o direito do contribuinte de permanecer calado, vale dizer, não autoincriminar-se se antepõe ao direito da Administração Fazendária de lhe exigir declarações e informações sobre suas condições pessoais e seus negócios. Como forma de sistematizar o estudo, buscar-se-á a compreensão da questão primeiramente sob o enfoque do direito brasileiro para, ao depois, analisá-la sob os auspícios de tratados internacionais de direitos humanos.

#### **3.4.1 O Direito à Não-Autoincriminação na Constituição Brasileira**

##### **3.4.1.1 Breve Síntese do Entendimento Doutrinário**

Na lição de Canotilho (1999 apud PONTES, 2004, p. 81), Estado de Direito é um Estado de direitos fundamentais, significando que “os direitos fundamentais representam o instrumento de realização concreta do processo de juridicização das relações entre o Estado e cidadão no mundo contemporâneo”, sendo possível dizer, como base em Pontes, que tais direitos encarnam o anseio de justiça próprio das sociedades modernas, dentre os quais a defesa das liberdades individuais frente ao poder estatal representa o chamado “núcleo intangível” daqueles direitos.

Alinha-se o direito constitucional brasileiro, assim, à tradição ocidental no sentido de assegurar a todo imputado o direito de permanecer calado diante de qualquer manifestação sua que possa acarretar-lhe prejuízos à própria liberdade. Neste sentido, o artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal de 1988, garante ao preso o direito ao silêncio (PONTES, 2004, p. 84).

Com vistas à não mitigação do direito ao silêncio, cabe a compreensão do sentido do termo “preso”, consoante a lição de Nucci (2003 apud PONTES, 2004, p. 85), que afirma:

[...] é preciso dar ao termo 'preso' uma interpretação extensiva para abranger toda pessoa indiciada ou acusada da prática de um crime, pois se o preso possui o direito, é evidente que o réu também o tenha. O direito ao silêncio é formulado, constitucionalmente, sem qualquer condição ou exceção, de modo que não pode o legislador limitá-lo de qualquer maneira.

No entendimento de Pontes (2004, p. 81), a garantia contra a autoincriminação constitui uma conquista dos povos ocidentais. “O silêncio do acusado, melhor seria dizer do imputado, representa instrumento de defesa contra acusações que possam representar restrições aos direitos e liberdades individuais”.

Não é por outra razão que a antiga redação do art. 186, do Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689/1941), que estabelecia: “*Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa*”, teve sua redação alterada pela Lei nº 10.792/2003, passando a dispor que:

Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

Assim, “o exercício do direito ao silêncio não poderá traduzir-se em gravame para a esfera de liberdade do indivíduo que opta por utilizar-se desta garantia constitucional para impedir que contra ele sejam dirigidas imputações de caráter penal” (PONTES, 2004, p. 85).

#### 3.4.1.2 O Entendimento Jurisprudencial

Após dizer que são vários os julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal reconhecendo o direito ao silêncio como um direito público subjetivo de todos os indivíduos submetidos a processos que conduzam à imputação de medidas

restritivas de direitos e liberdades individuais, Pontes (2004, p. 86) cita o seguinte:

Qualquer indivíduo que figure como objeto de procedimentos investigatórios policiais ou que ostente, em juízo penal, a condição jurídica de imputado, tem, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer calado. *Nemo tenetur se detegere*. Ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal. O direito de permanecer em silêncio insere-se no alcance concreto da cláusula constitucional do devido processo legal, e nesse direito ao silêncio inclui-se até mesmo por implicitude, a prerrogativa processual de o acusado negar; ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judiciária, a prática da infração penal (STF, HC nº 68.929/SP, rel. Min. Celso de Mello).

Na sequência, esclarece o mesmo autor que o Pretório Excelso reconhece o direito ao silêncio não apenas ao preso (como uma interpretação literal da Constituição Federal poderia concluir), mas "a qualquer pessoa, que, na condição de testemunha, de indiciado ou de réu, deva prestar depoimento perante órgãos do Poder Legislativo, do Poder Executivo ou do Poder Judiciário", citando como exemplo desse entendimento o seguinte acórdão:

Comissão Parlamentar de Inquérito - Privilégio contra a Auto-incriminação - Direito que assiste a Qualquer Indiciado ou Testemunha - Impossibilidade de o Poder Público impor Medidas Restritivas a quem exerce, regularmente, essa Prerrogativa - Pedido de Habeas Corpus Deferido.

O privilégio contra a auto-incriminação - que é plenamente invocável perante as Comissões Parlamentares de Inquérito - traduz direito público subjetivo assegurado a qualquer pessoa, que, na condição de testemunha, de indiciado ou de réu, deva prestar depoimento perante órgãos do Poder Legislativo, do Poder Executivo ou do Poder Judiciário.

O exercício do direito de permanecer em silêncio não autoriza os órgãos estatais a dispensarem qualquer tratamento que implique restrição à esfera jurídica daquele que regularmente invocou essa prerrogativa fundamental. Precedentes.

O direito ao silêncio - enquanto poder jurídico reconhecido a qualquer pessoa relativamente a perguntas cujas respostas possam incriminá-la (*nemo tenetur se detegere*) - impede, quando concretamente exercido, que aquele que o invocou venha, por tal específica razão, a ser preso, ou ameaçado de prisão, pelos agentes ou pelas autoridades do Estado.

Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da não-culpabilidade, em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário. Precedentes. (HC 79.812, rel. Min. Celso de Mello)

Na área de competência do Superior Tribunal de Justiça o entendimento não é diferente, colacionando o autor o seguinte escólio:

RHC. Constitucional. Processual Penal. Indiciado. Acusado. Silêncio. O indiciado, ou o acusado não pode ser compelido a trazer elementos para a sua condenação. Tem o direito a 'permanecer calado'. (CF, art. 5º, LXIII). (RHC nº 6.756/SP, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro)

Segundo Pontes (2004, p. 87), o desrespeito ao direito ao silêncio é causa de completa nulidade do procedimento de imputação conduzido pela autoridade, conforme sói reconhecer a jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, nos termos do seguinte acórdão:

Habeas Corpus. Juizados Especiais Criminais. Lei nº 9.099/95. Art. 72. Audiência Preliminar. Desnecessidade de Oferecimento Prévio da Denúncia. Declarações do Acusado. Direito ao Silêncio.

1. O comparecimento do paciente ao Juízo para a audiência preliminar não depende do oferecimento de denúncia, mas, como é próprio do sistema dos Juizados Especiais Criminais, ocorre antes dela. As declarações prestadas pelo paciente nessa audiência não se confundem com o interrogatório de que trata o art. 81, *caput* da mencionada lei.

2. Não tendo sido o acusado informado do seu direito ao silêncio pelo Juízo (art. 5º, inciso LXIII), a audiência realizada, que se restringiu à sua oitiva, é nula. 3. Pedido deferido em parte. (HC 82.463, rel. Min. Ellen Gracie).

Por fim, cumpre coligir, ainda, o seguinte acórdão do Supremo Tribunal Federal, que ratificou, à época, a não recepção da antiga redação do art. 186 do CPP, pela Constituição Federal:

INTERROGATÓRIO - ACUSADO - SILÊNCIO. A parte final do artigo 186 do Código de Processo Penal, no sentido de o silêncio do acusado poder se mostrar contrário aos respectivos interesses, não foi recepcionada pela Carta de 1988, que, mediante o preceito do inciso LVIII do artigo 5º, dispõe sobre o direito de os acusados, em geral, permanecerem calados. Mostra-se discrepante da ordem jurídica constitucional, revelando apego demasiado à forma, decisão que implique a declaração de nulidade do julgamento procedido pelo Tribunal do Júri à mercê de remissão, pelo Acusado, do depoimento prestado no primeiro Júri, declarando nada mais ter a acrescentar. Dispensável é a feitura, em si, das perguntas, sendo suficiente a leitura do depoimento outrora colhido.

(RE 199570/MS, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Julgamento: 16/12/1997, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: DJ 20-03-1998 PP-00017, EMENT VOL-01903-06 PP-01069).

Segundo Albano (2010),

Nos dias atuais, mormente no sec. XXI, o direito à não-autoincriminação, ou *nemo tenetur se detegere*, ou *privilege against self-incrimination*, seja como for, tornou-se um princípio merecedor de tutela das garantias processuais, evoluindo para abranger as mais diversas situações:

- a) *CPI – o depoente que comparecer ao interrogatório não é obrigado a responder quaisquer perguntas que lhe sejam prejudiciais<sup>26</sup>, ou seja, que importem em sua autoincriminação, pelo que tem o direito de permanecer calado, não implicando seu silêncio em confissão ou meio de prova<sup>27</sup>;*
- b) *obtenção de provas técnicas: padrão gráfico<sup>28</sup>, padrão de voz<sup>29</sup>, participação em reprodução simulada de crime<sup>30</sup> e teste de alcoolemia<sup>31</sup>;*
- c) *Juizados Especiais Criminais<sup>32</sup> – necessidade da informação do direito ao silêncio inerente ao acusado em audiência;*
- d) *prisão preventiva e dosimetria da pena – o direito do sujeito de não colaborar com suas informações no processo não pode ser utilizado para fundamentar a prisão preventiva<sup>33</sup>, nem para justificar acréscimo ao cálculo da pena<sup>34</sup>;*
- e) *utilização de gravação clandestina<sup>35</sup>, sem o prévio consentimento, para obter confissão.*

### 3.4.2 A Não-Autoincriminação no Direito Tributário

<sup>26</sup> HC 79244/DF, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Julgamento: 23/02/2000, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação: DJ 24-03-2000 PP-00038, EMENT VOL-01984-01 PP-00190, RTJ VOL-00172-03 PP-00929.

<sup>27</sup> HC 79589/DF, Relator: Min. OCTAVIO GALLOTTI, Julgamento: 05/04/2000, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação: DJ 06-10-2000 PP-00081, EMENT VOL-02007-02 PP-00330. EMENTA: Comissão Parlamentar de Inquérito. Direito ao silêncio. Pedido deferido para que, caso reconvocato a depor, não seja o paciente preso ou ameaçado de prisão pela recusa de responder a pergunta cujas respostas entenda poderem vir a incriminá-lo.

<sup>28</sup> HC 77135/SP, Relator: Min. ILMAR GALVÃO, Julgamento: 08/09/1998, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: DJ 06-11-1998 PP-00003, EMENT VOL-01930-01 PP-00170. EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. RECUSA A FORNECER PADRÕES GRÁFICOS DO PRÓPRIO PUNHO, PARA EXAMES PERICIAIS, VISANDO A INSTRUIR PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO DO CRIME DE FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO. NEMO TENETUR SE DETEGERE.

<sup>29</sup> HC 83096/RJ, Relatora: Min. ELLEN GRACIE, Julgamento: 18/11/2003, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: DJ 12-12-2003, PP-00089; EMENT, VOL-02136-02, PP-00289; RTJ, VOL-00194-03, PP-00923.

<sup>30</sup> RHC 64354/SP, Relator: Min. SYDNEY SANCHES, Julgamento: 01/07/1987, Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO, Publicação: DJ 14-08-1987 PP-16086, EMENT VOL-01469-01 PP-00082

<sup>31</sup> HC 93916/PA, Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA, Julgamento: 10/06/2008, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: DJe-117 DIVULG 26-06-2008 PUBLIC 27-06-2008, EMENT VOL-02325-04 PP-00760.

<sup>32</sup> HC 82463/MG, Relatora: Min. ELLEN GRACIE, Julgamento: 05/11/2002, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: DJ 19-12-2002 PP-00092, EMENT VOL-02096-04 PP-00745.

<sup>33</sup> HC 79781/SP, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Julgamento: 18/04/2000, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: DJ 09-06-2000 PP-00022, EMENT VOL-01994-01 PP-00097. – HC 89503/RS Relator: Min. CEZAR PELUSO, Julgamento: 03/04/2007, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: DJe-032 DIVULG 06-06-2007 PUBLIC 08-06-2007, DJ 08-06-2007 PP-00047, EMENT VOL-01102-02 PP-00488.

<sup>34</sup> HC 83960/RS, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Julgamento: 14/06/2005, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: DJ 01-07-2005 PP-00056, EMENT VOL-02198-02 PP-00305, LEXSTF v. 27, n. 322, 2005, p. 369-377.

<sup>35</sup> HC 80949/RJ, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Julgamento: 30/10/2001, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: DJ 14-12-2001 PP-00026, EMENT VOL-02053-06 PP-01145, RTJ VOL-00180-03 PP-01001.

Não sem razão entende-se hoje, como preleciona Pontes (2004, p. 81), que os

Estados ocidentais contemporâneos caracterizam-se, em grande medida, pela carência de recursos e pelo excesso de demandas sociais relativas à promoção de políticas públicas destinadas à atenuação das desigualdades sociais e à criação de ambiente econômico saudável para o desenvolvimento.

Nessa esteira de entendimento, ressalta-se, hodiernamente, a importância do tributo e, como consequência os atos realizados pelos entes tributantes, na atividade arrecadatória, objetivando a obtenção dos recursos que possam fazer frente às necessidades sociais e aos compromissos políticos assumidos perante os cidadãos.

No entanto, na lição de Torres (1999 apud PONTES, p. 82) o tributo nasce no espaço aberto pela autolimitação da liberdade, representa o preço que os indivíduos pagam para poder exercer a sua liberdade, daí por que, segundo aquele autor, "o relacionamento entre liberdade e tributo é dramático, por se afirmar sob o signo da bipolaridade: o tributo é garantia da liberdade e, ao mesmo tempo, possui a extraordinária aptidão para destruí-la".

Em percuciente estudo sobre o tema, assevera Pontes (2004, p. 82):

Justamente pelo caráter "dramático" da relação entre indivíduo e Estado, enquanto ente tributante, é que a aplicação dos direitos fundamentais na relação jurídico-tributária assume indiscutível relevo. Com efeito, a crescente invasão do Estado sobre a esfera das liberdades individuais em busca de recursos tributários torna indispensável a construção de uma doutrina que reconheça nos direitos fundamentais a proteção necessária contra as agressões às liberdades individuais. Exemplo da apontada dramaticidade é a relação dialética entre o chamado dever de colaboração do contribuinte com o Estado, no exercício da função fiscalizatória, e o direito fundamental ao silêncio ou direito a não-autoincriminação.

O mencionado autor (2004, p. 82) defende o entendimento de que o descumprimento de normas tributárias conduz a aplicações de sanções, as quais, no Brasil, assumem, hodiernamente, caráter draconiano que podem conduzir até ao completo aniquilamento da unidade econômica subjacente ou mesmo à perda de liberdade dos responsáveis tributários. Neste sentido, necessária é a harmonização do dever de colaboração com o Fisco com a garantia contra a autoincriminação.

Além das penalidades de caráter pecuniário, acentua o referido autor (2004, p. 82), há atualmente no sistema jurídico brasileiro leis disciplinando tipos penais cuja origem radica no descumprimento de prestações de natureza tributária (os chamados crimes contra a ordem tributária), o que torna imprescindível a extensão das garantias processuais penais também à relação jurídico-tributária. E que se o descumprimento de um dever tributário, cuja natureza primordial é exclusivamente patrimonial, pode desencadear consequências na esfera penal, onde o bem jurídico protegido é a liberdade, é natural, necessário, e indispensável estender-se à relação jurídico-tributária todos os direitos fundamentais relativos à garantia do acusado contra as imputações gravosas que a ele são dirigidas.

#### 3.4.2.1 O Princípio da Legalidade e a Obrigação do Fisco de Provar o Fato Típico

À semelhança do que ocorre no direito penal, no direito tributário o princípio da legalidade, que estabelece não haver tributo sem lei anterior e prévia que o constitua, é de vital importância; razão pela qual entende Pontes (2004, p. 88) que

[...] ao Estado toca o dever (mais do que mero ônus) de através dos seus agentes fiscais demonstrar a efetiva realização pelo contribuinte do fato típico tributário (ou fato jurídico tributário ou ainda fato gerador da obrigação tributária) previsto em lei como pressuposto necessário e indispensável para a exigência da prestação tributária respectiva.

A seu turno, Xavier (1998 apud PONTES, 2004, p. 88) acentua o dever de prova do Estado relativamente à demonstração da realização do fato típico tributário concluindo tratar-se de um verdadeiro encargo de prova ou dever de fiscalização.

O art. 142 do Código Tributário Nacional adota essa posição, vez que define o lançamento tributário como o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível, estatuinto ser a atividade administrativa de lançamento vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Em outras palavras, o dever de provar o fato típico tributário, conclui Pontes (2004, p. 89):

[...] concretiza-se, instrumentaliza-se, realiza-se através do dever de lançar, ambos deveres jurídicos inelutáveis aos agentes públicos encarregados de tal mister e instrumentos (autênticas garantias) de proteção ao direito dos contribuintes (sujeitos passivos tributários em sentido lato) de sofrerem apenas e tão-somente as imputações tributárias prescritas de forma cabal em lei compatível com a ordem constitucional.

A rigor, o dever de prova do fato típico tributário titularizado pelos agentes fiscais representa a dimensão processual do princípio da legalidade tributária, vale dizer, a demonstração objetiva, na forma e nos limites do devido processo legal (cuja eficácia alcança também a atividade administrativa no que esta atina à esfera jurídica dos indivíduos), do atendimento cabal às exigências normativas emanadas daquele princípio.

### 3.4.2.2 Dever de Colaboração do Contribuinte

No concernente ao tema, preleciona Pontes (2004, p. 89):

Em oposição (e não em conflito) ao dever de prova do Fisco, está o dever de colaboração do contribuinte em relação às solicitações que lhe são dirigidas pelos agentes fiscais, em legítimo exercício do poder-dever de fiscalização da regular aplicação da lei tributária.

O Código Tributário Nacional contempla diversas regras (v.g., arts. 195 e 197) estabelecendo o dever de colaboração do sujeito passivo ou de terceiros relativamente à elucidação de fatos ou apresentação de documentos que possam comprovar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária.

Ocorre que a interpretação destas normas deve ser iluminada pela garantia constitucional do direito ao silêncio ou prerrogativa contra a auto-incriminação. Tal "iluminação" retirará do âmbito de eficácia das normas que contemplam o dever de colaboração todas as hipóteses em que o atendimento à intimação do agente estatal puder gerar consequências na esfera criminal, seja do sujeito passivo ou do terceiro a quem a intimação é dirigida.

**O dever de colaboração não pode se sobrepor à garantia da auto-incriminação, pela simples razão de que esta constitui uma prerrogativa fundamental do indivíduo no Estado Democrático de Direito, fórmula jurídica concebida para a proteção (na sua acepção ampla) da esfera de liberdade do indivíduo perante o Estado.** (Grifou-se)

O dever de colaboração nasce no momento em que o Estado atua no exercício – legítimo – da sua potestade de investigar a ocorrência do fato jurídico tributário. O direito ao silêncio, por outro lado, antecede a própria existência da máquina pública na medida em que representa prerrogativa inalienável do indivíduo, insuscetível de revogação pelo Estado, dado o caráter universal e humanístico dos direitos fundamentais. Vale dizer, o direito ao silêncio (por consubstanciar direito fundamental por excelência) antecede ao Estado (e a pretensão de colaboração que este tem em relação aos indivíduos, no que tange ao exercício da potestade tributária).

Ademais, como já explicitado acima, uma vez que do descumprimento de um dever tributário (natureza primordial exclusivamente patrimonial) podem decorrer consequências na esfera penal (onde o bem jurídico tutelado é a liberdade), é lógica,

indispensável e inafastável a extensão à relação jurídico-tributária de tal direito fundamental.

Xavier (1998 apud PONTES, 2004, p. 90), embora reconheça o dever de colaboração do contribuinte em relação ao Fisco, admite que há casos de não-exigibilidade deste dever:

[...] no apuramento da verdade, ou seja, de recusas legítimas de colaboração - como os que decorrem do princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso (o pedido de colaboração tem de ser apropriado, necessário e razoável para esclarecer os fatos), do respeito pelos direitos fundamentais (integridade pessoal, privacidade, inviolabilidade de meios de comunicação privada) e do dever de sigilo profissional.

Com efeito, em determinadas situações afigura-se necessária uma ponderação de valores juridicamente protegidos em igual magnitude pela ordem jurídica, exurgindo o princípio da proporcionalidade como o instrumento normativo adequado à resolução do conflito entre o dever de prova do Fisco em relação à ocorrência do fato jurídico tributário e o dever de colaboração do sujeito passivo e de terceiros ligados a tal fato.

#### 3.4.2.3 Necessidade de Ponderação entre o Direito à Não-Autoincriminação, o Dever de Colaboração e o Princípio da Proporcionalidade

Adquire relevância, na questão, a maneira de se ponderar concretamente tais valores. Como definir um critério prático para se divisar as hipóteses em que o direito ao silêncio afasta a eficácia das normas que estatuem o dever de colaboração em matéria tributária?

Ao que nos parece, as respostas a tais questões encontram-se na própria natureza do direito fundamental em questão. De fato, se o direito ao silêncio consubstancia garantia constitucional de proteção da esfera de liberdade do indivíduo, todas as vezes em que a liberdade individual estiver sob risco de sofrer qualquer restrição, inclusive durante o procedimento de investigação dos fatos jurídicos tributários, por força da aplicação do princípio da proporcionalidade, o direito ao silêncio deve assumir relevo fundamental como autêntico escudo protetor

a afastar a eficácia das normas que impõem o dever de colaboração em matéria tributária.

Tratando sobre o direito ao silêncio nas relações jurídicas tributárias, Pontes (2004, p. 91) pondera:

A prevalência do direito ao silêncio face ao dever de colaboração do indivíduo frente ao Fisco consubstancia uma decorrência do princípio da proporcionalidade, na medida em que este princípio, em uma das suas dimensões, visa assegurar a máxima eficácia das pretensões constitucionais, atendidas, em cada caso concreto, o conjunto das regras e princípios constitucionais "em jogo". Neste sentido, se a eficácia normativa do direito ao silêncio dirige-se precisamente às situações em que a liberdade individual corre perigo em face do exercício do direito de calar, necessário reconhecer que, nestes casos, este direito fundamental demonstra-se inafastável perante outras pretensões também alicerçadas constitucionalmente, como o dever de colaboração dos indivíduos perante o Fisco.

É sabido que o princípio da proporcionalidade realiza-se materialmente mediante a atribuição, pelo intérprete do direito, de peso específico aos interesses e pretensões constitucionais em oposição, sempre face às circunstâncias fáticas e jurídicas de cada caso concreto, esta, aliás, uma das causas da "irresistível ascensão" (irrésistible ascension) do princípio da proporcionalidade no Direito contemporâneo ocidental. Ora, se no caso concreto, o direito do Estado de exigir do indivíduo o cumprimento do dever de colaboração puder gerar a este consequências de ordem criminal, com reflexos na sua liberdade individual, poderá o indivíduo afastar aquela pretensão estatal exercendo o direito ao silêncio, direito fundamental que por dirigir-se exatamente a estas situações assume "en situation" peso específico reforçado.

Em outras palavras, o princípio da proporcionalidade, decorrência inelutável do Estado de Direito, impõe a prevalência da liberdade sobre os atributos derivados da potestade estatal em matéria tributária. O Estado de Direito, como ensina, J, J, Gomes Canotilho, é um "Estado de limites", e os limites da ação estatal são construídos historicamente a partir da concretização dos direitos fundamentais veiculada pelo princípio da proporcionalidade.

Ocorre que o Direito Positivo brasileiro contempla no art. 1º, IV e parágrafo único da Lei nº 8.137/90, tipo criminal fundado no silêncio do sujeito passivo quanto ao atendimento do dever de colaboração ante às intimações fiscais, expresso na dicção legal como "falta de atendimento da exigência da autoridade".

Com efeito, na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, que "Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo e dá outras providências" vê-se tipificado o crime contra a ordem tributária como segue:

Art. 1º - Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I – omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II – fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III – falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV – elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V – negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo Único – A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.

E no art. 2º, da lei retromencionada, dispõe-se que:

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza:

I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo.

Destarte, no direito positivo brasileiro, por força da lei citada, seria crime deixar de informar ou de prestar declaração (art. 1º, I) e de atender exigência da autoridade (art. 1º, parágrafo único).

Nessa conformidade, temos como escoreito o seguinte entendimento:

No entanto, por tudo o retro afirmado, aquele tipo criminal omissivo afigurar-se-á concretamente inconstitucional quando o atendimento às intimações fiscais puder gerar consequências negativas à esfera de liberdade do indivíduo, haja vista a garantia constitucional do direito ao silêncio ou da prerrogativa contra a auto-incriminação. A pecha de inconstitucionalidade daquela norma somente nascerá diante das circunstâncias fáticas e jurídicas concretas, por imposição da ponderação de valores e interesses jurídicos imposta pelo princípio da proporcionalidade.

Em outras palavras, embora o texto normativo veiculador do tipo penal supracitado não se afigure *prima facie* incompatível com a ordem constitucional, em especial com a proteção do direito ao silêncio (aplicável inclusive no âmbito da relação jurídico-tributária), a norma jurídica dele emanada (enunciado deontico que é produto da interpretação daquele texto normativo) pode revelar-se inconstitucional face às circunstâncias fáticas e jurídicas de cada caso concreto, notadamente quando o atendimento às intimações dos agentes fiscais puder dar azo a consequências criminais para aqueles que assim procederem.

Não nos parece que, nesta última hipótese, se trata apenas de afastar a eficácia da norma jurídica que tipifica a conduta omissiva, mas de autêntica invalidade (por conflito com o direito constitucional ao silêncio) na medida em que o tipo penal é veiculado através de regras jurídicas, normas jurídicas que se concretizam através de um "all or nothing", isto é, não admitem ponderação "en situation", como ocorre com os princípios, notadamente aqueles consubstanciados em direitos fundamentais.

A regra jurídica (produto da interpretação do texto normativo) que traz como consequência ao não-atendimento às intimações fiscais o caráter delituoso desta conduta releva-se inconstitucional quando tal conduta encontrar apoio no direito ao silêncio. É precisamente o direito constitucional à prerrogativa

do silêncio que retira, no caso concreto, a validade da regra que tipifica o não-atendimento às intimações fiscais como crime. Como as normas jurídicas existem "em ato" (enquanto comandos dotados de conteúdo deontico) apenas após a interpretação dos textos normativos, é necessário em cada caso a verificação da compatibilidade vertical da norma construída pelo intérprete com o conjunto de exigências constitucionais (PONTES, 2004, p. 92-93).

Assim, concluindo com o referido autor (2004, p. 93):

[...] a criminalização de condutas ligadas à relação jurídico-tributária (os chamados crimes contra a ordem tributária) exige que se estenda ao direito tributário o conjunto de garantias processuais penais protetivas da liberdade individual. Neste sentido, o direito ao silêncio assume papel de relevo, na medida em que o dever de colaboração dos indivíduos com o Fisco pode em certas situações conduzir à autoincriminação. O contribuinte pode se recusar a atender solicitações fiscais (derivadas do dever de colaboração que tem perante as autoridades fiscais), quando tal atendimento puder gerar-lhe consequências negativas na esfera penal, atendidas as circunstâncias fáticas e jurídicas de cada caso concreto, sem que tal conduta possa configurar o tipo penal previsto no artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.137/90, norma que se afigura inconstitucional nesta hipótese por conflitar com o direito (constitucional) ao silêncio.

### **3.4.3 Os tratados internacionais de direitos humanos como fonte do direito à não-autoincriminação**

Ancorado nos entendimentos retroestampados, e já enfrentando a questão proposta no presente item sob o pálio dos tratados internacionais de direitos humanos, cabe perquirir com Pontes (2004, p. 81):

[...] como compatibilizar o direito ao silêncio, representado pela garantia contra a autoincriminação com o dever de colaborar com as autoridades fiscais na identificação dos fatos geradores tributários quando esta colaboração puder redundar na imputação de consequências deletérias na esfera criminal? É válido, frente aos tratados internacionais de direitos humanos, considerar a não-prestação de informações fiscais como crime contra a ordem tributária, quando esta conduta justificar-se no direito ao silêncio ou garantia contra a autoincriminação?

Consoante demonstrado no Capítulo 2 deste trabalho, a partir da Constituição de 1988 passou-se a vivenciar uma intensificação e conjugação do direito internacional e do direito interno, do que resultou um fortalecimento do sistema internacional de proteção dos direitos fundamentais (Piovesan, 2013b, p. 76).

De fato, por força do § 2º, do art. 5º, da Constituição, passou-se a admitir, quanto à proteção dos direitos humanos, uma dualidade de fontes normativas no direito brasileiro, uma proveniente do direito interno e outra do direito internacional.

Como se vê, em razão de tal cláusula constitucional aberta de proteção dos direitos e garantias fundamentais, tem-se um sistema de integração entre as normas de direito constitucional relativas ao direito ao silêncio e as normas de direito internacional dos direitos humanos relativas ao mesmo direito.

Assim, no direito internacional, a garantia contra a autoincriminação é assegurada em pelo menos dois tratados internacionais já reconhecidos internamente pelo Brasil: o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

De fato, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, aprovado pela Organização das Nações Unidas em 1966, assegura a toda pessoa acusada o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a se confessar culpada (art. 14,3, g). Outrossim, o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos), aprovado pela Organização dos Estados Americanos em 1969, também garante a todo acusado o direito de não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem a se declarar culpado (art. 8º, II, g).

Ressalte-se que tais instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, que resguardam o direito a não autoincriminação, são extensivos à seara tributária.

Com efeito, se o direito a não cooperar em produzir provas contra si mesmo consubstancia garantia constitucional de proteção da esfera de liberdade do indivíduo – direito humano devidamente garantido em tais tratados (artigo 9, I, e artigo 7, 1), integrante da tríade fundamental (liberdade, igualdade e fraternidade) –, deve-se protegê-lo de todos os possíveis modos de restrição, inclusive a decorrente de ato tributário, afigurando-se extreme de dúvidas a aplicação de tais tratados em matéria tributária (como já demonstrado no item 3.1 deste trabalho).

Em conclusão: o exercício do direito ao silêncio não pode trazer em seu bojo consequências deletérias à esfera jurídica daquele que titular deste direito, exerceu-o nos limites do assegurado constitucionalmente. O silêncio não pode gerar efeitos jurídicos adversos de qualquer espécie (materiais ou processuais) à liberdade do imputado.

### 3.4.4 A influência dos tratados internacionais de direitos humanos no direito à não-autoincriminação

Como salientado, dentre os diversos tratados e convenções sobre a temática em espeque, destacam-se o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Extrai-se do **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**, que o Brasil, integralmente, aprovou e determinou seu cumprimento:

Artigo 14.º

3. Durante o processo, toda a pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

g) A não ser obrigada a prestar declarações contra si própria nem a confessar-se culpada.

De igual modo, colhe-se do art. 8º da **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**:

Artigo 8º - Garantias judiciais

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada;

Como se vê, também no direito internacional o direito ao silêncio representa uma garantia fundamental. Portanto, a garantia contra a autoincriminação representa um direito humano fundamental, autêntica conquista da civilização ocidental, contra o poder estatal no exercício da persecução penal.

Já se demonstrou acima a forma e o status com que as disposições dos citados tratados integraram o direito positivo brasileiro, razão pela qual nos dispensamos de voltar aqui novamente ao assunto.

De qualquer maneira, isso nos permite deduzir que, os direitos e garantias expressos nos tratados e convenções sobre direitos humanos, incorporados ao direito interno, afastam condutas contrárias aos seus mandamentos, inclusive as oriundas da legislação tributária nacional.

Assim, o direito à não-autoincriminação, o direito de *não cooperar em produzir provas contra si mesmo*, afasta qualquer disposição penal, processual penal,

tributária, civil, administrativa, enfim, de qualquer ramo do direito, guardando as devidas diferenças principiológicas, qualquer comando prescritivo que impute criminosa a conduta de se proteger contra a autoincriminação, como nas condutas omissivas, *deixar de* ou *omitir*, se esta conduta está sendo perpetrada sob o manto do exercício do direito de não produzir prova contra si mesmo.

Saliente-se que, ao ratificar e promulgar (em 1992, ambos) o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto de São José da Costa Rica, o Brasil se comprometeu na forma do artigo 2º, 2, e artigo 2º, de tais pactos (respectivamente), a adotar, por seus poderes constituídos, todos os meios e medidas legislativas necessárias ao efetivo cumprimento dos direitos neles previstos.

No mais, como sustentado no item 2.5 do Capítulo II deste estudo, quanto ao impacto no direito interno do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e do Pacto de São José da Costa Rica, entendemos, juntamente com a doutrina mais abalizada, que tais tratados possuem o status de norma materialmente constitucional (em que pese a atual tendência do STF quanto à supralegalidade de tais tratados), já que preenchem e complementam o catálogo de direitos fundamentais previsto pelo Texto Constitucional.

Assim, face à hierarquia constitucional (ou supralegal, conforme o STF) de tais instrumentos internacionais de proteção, toda a legislação tributária nacional deve ser compatível com suas normas, sob pena de invalidade e ineficácia.

Por isso mesmo, pode-se concluir que suprarreferidos dispositivos da Lei nº 8.137/90 (que trazem em seu bojo um tipo criminal fundado no silêncio do sujeito passivo), na medida em que afrontam, a um só tempo, o Pacto Internacional dos Direitos Civil e Políticos e o Pacto de São José da Costa Rica, foram pelos mesmos revogados, devendo ser retirados (por sua invalidez) do ordenamento jurídico.

Deste modo, o contribuinte prejudicado pela aplicação de tais dispositivos legais infraconstitucionais, poderá requerer, pelo sistema difuso de jurisdição, a declaração de inconvencionalidade dos mesmos em razão de tais pactos internacionais; não restando afastada, ademais, a possibilidade de que os legitimados do art. 103, da Constituição proponham ao Judiciário o controle concentrado de convencionalidade de tais normas legais, invocando outros instrumentos internacionais de direitos humanos aprovados na forma do § 3º, do art. 5º, igualmente assecuratórios dos aludidos direitos do contribuinte.

### **3.5 A Garantia do Princípio do *Non Bis In Idem* Tributário e a Exigência de Multa de Ofício Qualificada, Frente aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos**

#### **3.5.1 A colocação da questão**

Objetiva-se neste item do presente estudo analisar a exigência da multa de ofício qualificada, constante da Lei nº 9.430/1996, art. 44, inciso II, e a concomitante sujeição do contribuinte a uma condenação penal, pelo mesmo fundamento utilizado para o agravamento da penalidade pecuniária aplicada, por colisão com a garantia do *non bis in idem*, correlacionando a matéria com alguns dispositivos insertos em tratados internacionais de direitos humanos.

Em primeiro lugar buscar-se-á, de forma sintética, o entendimento do assunto frente ao direito positivo pátrio, com base em estudo formulado por Tavares (2007), para, ao depois, verificar a possibilidade/consequências da incidência de tratados internacionais de direitos humanos na questão.

#### **3.5.2 A natureza específica das multas fiscais**

Preleciona o mencionado autor (2007, p. 7) enfatizando que a prática de um fato típico delituoso possibilita ao Estado a aplicação do *jus puniendi*, que deverá observar o devido processo legal e demais princípios de estilo, vale dizer, a ação penal deduzida em juízo se constitui da exteriorização da pretensão punitiva do Estado. Prosseguindo, aduz que

[...] o simples inadimplemento de uma obrigação tributária (v.g., pagamento de tributo), *de per si*, não configura crime, embora tipifique um ilícito administrativo tributário (infração tributária material). Por quê? Simplesmente porque somente incorrerá na prática de um ilícito penal tributário ou delito fiscal o contribuinte ou responsável que, mediante a prática de um ato típico que se colore de fraude ou falsidade (= dolo específico), obtenha a supressão, no todo ou em parte, de seu dever jurídico de entregar dinheiro aos cofres públicos a título de tributo. Na feliz síntese de Baleeiro, “o que se pune, no Direito Penal, são antes ações ou omissões desonestas”.

No tocante especificamente à natureza das multas fiscais, estabelece (2007, p. 16-17):

[...] reside na qualidade, por todos reconhecida, de se atribuir à regra jurídica a função dispositiva e impositiva de determinado comportamento humano desejado (um dar, um fazer, não fazer, tolerar etc.). A nota fundamental de uma regra jurídica, indubitavelmente, é o seu conteúdo mandamental: uma ordem, um comando: faça isto, não faça aquilo; permita isto, não tolere aquilo; pague isto, não restitua aquilo etc.

O traço marcante do Direito e, conseqüentemente, de suas regras jurídicas assenta-se no binômio coercibilidade/exigibilidade. Na feliz síntese de Miguel Reale, "o direito é coercível porque é exigível e é exigível porque é bilateral-atributivo".

A exigibilidade do Direito, uma natural decorrência do caráter bilateral-atributivo das relações jurídicas, como pondera Osvaldo Ferreira de Melo, consiste numa "das garantias individuais mais solenes, a única que não precisa ser declarada expressamente numa Constituição, porque é a razão da existência da própria norma jurídica, nela está subentendida e dela é a principal característica distintiva".

Sobre o tema, enfatiza Becker que

"(...) não é possível pensar em magnetismo sem força (energia) vinculante, também não é possível pensar na relação jurídica sem *coercibilidade*. A coercibilidade é o *vincular continuado* da relação jurídica; é a *propriedade lógica* da relação jurídica; a relação jurídica é essencialmente bilateral atributiva, de modo que a coercibilidade resulta como o *corolário imediato* daquela bilateralidade atributiva".

Compreendida a questão do teor e alcance do direito de exigibilidade das normas, fácil perceber a íntima relação de causalidade existente entre a *sanção* e o *ilícito*. A sanção jurídica, como bem retrata Paulo Dourado de Gusmão, "neutraliza, desfaz, anula ou repara o mal causado pelo ilícito, bem como cria uma situação desfavorável para o transgressor".

Na sequência, pontua o autor que a sanção de constitui de um elemento que geralmente acompanha a norma jurídica, tratando-se de elemento estabelecido de antemão (princípio da legalidade da pena) e que não fica, por consequência, sujeito ao arbítrio do Poder Público e nem do Poder Judiciário.

A sanção, considerada por Reale (1986 apud TAVARES, 2007, p. 17) como um "processo de garantia daquilo que se determina em uma regra", destaca-se em nosso sistema por representar um consectário deôntico (dever ser) resultante da inobservância do mandamento veiculado na norma jurídica. Consubstancia-se num elemento inerente à coercibilidade e exigibilidade de toda e qualquer norma legal, a partir do momento em que atua como uma "pena cominada por infração da lei ou inadimplemento do ajuste ou de convenção", na lição de Melo (1978 apud TAVARES, 2007, p. 17).

Segundo atesta Machado (2003 apud TAVARES, 2007, p. 17), "*sanção* é o meio de que se vale a ordem jurídica para desestimular o comportamento ilícito", ou

seja, é aplicada com o escopo de desestimular (caráter repressivo-intimidativo) e de dificultar a não-sujeição (desrespeitabilidade) à eficácia da norma jurídica. Dito de outro modo, por intermédio da sanção, aplicada coercitivamente, o Direito instrumentaliza a garantia de que os preceitos contidos em suas regras serão observados por seus destinatários.

Nessa esteira de entendimentos, perquire o autor (2007, p. 18): qual é a natureza jurídica específica das penalidades pecuniárias (multas fiscais) impostas aos contribuintes pelo cometimento de infrações tributárias materiais ou formais?

Sob nossa modesta ótica (...) filiamo-nos ao entendimento de que as multas fiscais têm natureza de sanção penal *stricto sensu*, já que inexistem diferenças ontológicas essenciais entre as sanções penais e as administrativas, máxime pela coexistência de uma unidade substancial: ambas têm como objetivo precípua sancionar um bem jurídico do infrator com fins retributivos e intimidativos-repressivos, e não propriamente reparar o dano causado ou prover de recursos o Fisco.

Sem embargo, as multas fiscais, independente da denominação utilizada, possuem uma única feição, isto é, encampam uma única natureza jurídica, qual seja, constituem penalidades pecuniárias de caráter punitivo (sancionador).

Lembra Carnelutti, ao tratar das multas fiscais, que as mesmas caracterizam-se como "um evento danoso imposto a quem não cumpre o preceito e, à semelhança da sanção penal, comportam duplo efeito: o intimidativo (psicológico), que visa evitar a violação do direito, e o repressivo, que se verifica após perpetrado o desrespeito à norma fiscal".

E, ato contínuo conclui (p. 19):

As sanções penais e as penalidades pecuniárias aplicadas no âmbito do procedimento administrativo, portanto, a nosso ver, em detrimento dos seus caracteres genuinamente punitivos, afiguram-se como categorias de sanções de natureza penal, cuja principal diferença reside no órgão encarregado de aplicá-las: a Administração Pública, na hipótese do cometimento das infrações tributárias formais ou materiais, e o Poder Judiciário, quando da configuração do ilícito penal tributário e respectiva aplicação das sanções penais.

### **3.5.3 Impossibilidade da persecução penal concomitante com o lançamento de multa de ofício qualificada, frente ao princípio do *non bis in idem***

Após esboçar o entendimento de que a conversão de um ilícito administrativo tributário (formal ou material) "em um ilícito penal tributário é mera questão de política criminal, a partir do momento que para a ocorrência dessa metamorfose

basta que o legislador converta o "tipo administrativo" em "tipo penal", o autor (2007, p. 19), transcreve a prescrição de sanções pela prática de infrações tributárias, inseridas no art. 44, da Lei nº 9.430/96, acima mencionada, e que dispõe o seguinte:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte:

II - cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

(...)

§ 2º Se o contribuinte não atender, no prazo marcado, à intimação para prestar esclarecimentos, as multas a que se referem os incisos I e II do caput passarão a ser de cento e doze inteiros e cinco décimos por cento e de duzentos e vinte e cinco por cento, respectivamente.

Percebe-se que os incisos I e II, do art. 44, da Lei nº 9.430/96 estão assentados em premissas absolutamente distintas. A multa de 75% (setenta e cinco por cento) é fruto da aplicação da teoria da responsabilidade objetiva, em que, independentemente de dolo ou culpa, o contribuinte responderá pelo cometimento do ilícito administrativo fiscal. Já o inciso II, a rigor, reclama a demonstração pelo agente fazendário de fatos estereótipos de evidente intuito de fraude, revelador da presença concreta do reprovável *animus agendi* do contribuinte, como nexos de causalidade entre a sua participação volitiva e o resultado material dela decorrente (TAVARES, 2007, p. 19).

Em outros termos, presente o intuito de fraude, a um só tempo, a autoridade administrativa aplica a multa de ofício qualificada (150%), *ex vi* do inciso II do art. 44 da Lei nº 9.430/96, dando início à fase contenciosa do processo administrativo fiscal, bem como formaliza a respectiva representação fiscal para fins penais pela prática, em tese, de ilícito penal tributário (Lei nº 8.137/90, arts. 1º e 2º); representação esta que, após o esgotamento do processo administrativo, impositivamente sujeita o contribuinte ao percurso das raias de outra via de repressão do contribuinte, qual seja, o processo penal (TAVARES, 2007, p. 19).

Tal o cenário que os estudiosos vêm considerando ilegítimo ou sistematicamente intolerável, à luz do *princípio do non bis in idem* e de seu corolário

lógico-natural, representado pelo *princípio da consunção (ou absorção)*, sempre que, com a intenção dolosa de reduzir tributo devido, ou de anulá-lo, o contribuinte ou responsável vier a praticar ato ou omissão fraudulentos, falseando a verdade para ludibriar ou enganar a Fazenda Pública (TAVARES, 2007, p. 19).

No concernente ao tema, veja-se o percuciente entendimento coligido abaixo:

Com efeito, em que pese o princípio do *non bis in idem* não se encontrar expresso em nenhum diploma legal interno sob esta denominação específica, ninguém ignora sua marcante influência implícita na Lei n° 6.815/80 (Estatuto do Estrangeiro), podendo também ser observada sua receptividade nas entrevozes das disposições que tratam da individualização da pena (arts. 59 e seguintes do Código Penal), assim como em construções doutrinárias concernentes ao concurso aparente de normas.

(...)

Tal princípio assegura, de per si, que ninguém será perseguido penalmente mais de uma vez por um mesmo fato. Mas não para por aí a força de sua benigna extensão! Segundo profícua lição do Professor espanhol Zornoza Pérez,

‘(...) éste es el principio general del derecho que excluye la posibilidad de que un mismo hecho sea sancionado en la vía penal y en la administrativa, en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento, sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración’.

No mesmo sentido, ao manifestar-se sobre o art. 66 do Código de Normas e Procedimentos Tributários de Costa Rica, Adrián Torrealba pontifica:

‘Esta norma regula el *non bis in idem* en un doble sentido: en primer lugar, prohíbe sancionar penal y administrativamente por unos mismos hechos y, en segundo lugar, plante la idea de preferencia de las actuaciones penales sobre las sancionadoras administrativas, paralizando el procedimiento ya incoado o impidiendo cualquiera ulterior.’

Revelam-se inapeláveis as lições *retro*, pois não nos parece forçoso admitir que aplicar de forma conjunta uma gravosa sanção administrativa (multa de ofício qualificada em 150% sobre o valor do tributo devido) e outra penal, em detrimento de um mesmo pressuposto fático (supressão total e/ou parcial de tributo decorrente de expediente ardil ou fraudulento), afigura-se manifestamente atentatório ao postulado constitucional do *non bis in idem*, o qual proíbe a sobreposição de sanções (uma administrativa e outra penal) quando presentes três requisitos: a) identidade de sujeito, b) mesmo pressuposto fático, e c) mesmo fundamento (TAVARES, 2007, p. 20).

Aliás, na hipótese da instauração das paralelas vias de repressão dos contribuintes (procedimento administrativo e processo penal) ou, mais especificamente, mormente na hipótese da sujeição do contribuinte não só à multa de ofício qualificada (150%), como também às intempéries de um processo penal, por obra da realização de uma mesma conduta comissiva – *supressão total ou parcial do tributo mediante expediente ardil ou fraudulento* –, salta aos olhos a vulneração ao magno princípio do *non bis in idem*, máxime pelo "princípio da unidade do injusto penal tributário" e pelo já denunciado fato inequívoco de que conversão de um ilícito administrativo tributário (formal ou material) em um ilícito

penal tributário é mera questão de política criminal, bastando que o legislador converta o "tipo administrativo" em "tipo penal"(TAVARES, 2007, p. 21).

Deflui dessa assertiva a consideração de que inexistem razões jurídicas válidas e sistematicamente sustentáveis que permitam estabelecer diferenças entre a *causa petendi* administrativa e a penal, quando da hipótese da supressão total ou parcial do tributo decorrente da fraude, fato este que desafia o princípio do *non bis in idem* e entra em rota de colisão com o *princípio da consunção (ou absorção)* – (TAVARES, 2007, p. 21).

No dizer de Mirabete (2000 apud TAVARES, 2007, p. 21), o princípio da consunção, "consiste na anulação da norma que já está contida em outra: ou seja, na aplicação da lei de âmbito maior, mais gravemente apertada, desprezando-se a outra, de âmbito menor".

Lembra o autor acima citado que (2007, p. 21):

O Tribunal Constitucional Espanhol, em franco prestígio ao princípio do *non bis in idem*, demarcando claramente o seu espectro de abrangência, já teve a oportunidade de deixar assentado o seguinte entendimento:

'El principio general del derecho conocido por *non bis in idem* supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, *que no* recaiga duplicidad de sanciones - administrativa y penal - en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración - relación de funcionario, servicio público, concesionario etc. - que justificase el ejercicio del *ius puniendi* por los tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración.

Concluindo com Tavares (2007, p. 22),

[...] ante a genuína relação de subordinação (= existência de um nexo de dependência) entre as condutas tipificadoras das infrações tributárias e o núcleo das figuras penais descritas na Lei nº 8.137/90 que, em se tratando de típicos crimes de conteúdo, refletem a imagem de espécies delituosas que dependem da configuração de uma irregularidade fiscal, não há como sustentar, sem sinceros maus tratos aos princípios do *non bis in idem* e da consunção, que uma mesma pessoa, pela prática de uma só conduta legalmente desautorizada (supressão total ou parcial de tributo mediante fraude), seja apenada na esfera administrativa com a multa de ofício qualificada (Lei nº 9.430/96, art. 44, II) e ainda tenha que se sujeitar a uma das sanções penais previstas nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/90.

No entanto, inobstante a pujança e clareza dos argumentos coligidos acima, demonstrando a impossibilidade da persecução penal concomitante com o lançamento de multa de ofício qualificada, frente ao princípio do *non bis in idem*, os Tribunais pátrios, principalmente o Superior Tribunal de Justiça – STJ, responsável

pela interpretação da legislação infraconstitucional brasileira, têm mantido decisões condenatórias (condenações dúplices, pelo mesmo ilícito) em evidente violação àquele princípio, sob a alegação de independência das esferas cível (tributária, no caso) e criminal, consoante se vê do julgado abaixo colacionado:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA.CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. JUSTA CAUSA PARA APERSECUÇÃO PENAL. AÇÃO AJUIZADA NA ESFERA CÍVEL EM QUE SE DISCUTE ODÉBITO FISCAL. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS CÍVEL E CRIMINAL. RECURSOPARCIALMENTE PROVIDO. 1. Nos crimes contra a ordem tributária, a constituição definitiva do crédito tributário configura condição objetiva de punibilidade. Inteligência da Súmula Vinculante nº 24 do Supremo Tribunal Federal. 2. O ajuizamento de ação ordinária em que se pretende discutir o débito fiscal, perante o Juízo cível, não interfere na persecução penal, em razão da independência das esferas cível e criminal. 3. Considerando que já havia sido constituído definitivamente o crédito tributário, bem como por não ser o caso de aplicação do art. 93 do Código de Processo Penal, mostra-se escorregia a decisão do Juízo de primeiro grau que recebeu a denúncia e determinou o prosseguimento do curso da ação penal instaurado contra os recorridos. 4. Considerando que o Tribunal de Justiça, ao reconhecer a falta de justa causa para a ação penal, por óbvio, não adentrou no exame dos pedidos subsidiários veiculados pela defesa no writ ali impetrado, tais como a inépcia da denúncia, a nulidade do inquérito, entre outros, é de rigor o envio dos autos para que a Corte Estadual proceda à análise dos demais pedidos formulados. 5. Recurso parcialmente provido.  
(STJ - REsp: 962087 PR 2007/0140232-1, Relator: MIN. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 06/03/2012, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/03/2012) - Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em 29.06.2013.

Ocorre, todavia, que tal entendimento peca, na medida em que seu fundamento (de independência das esferas cível/tributária e criminal – previsto em legislação infraconstitucional) não se sustenta quando confrontado com outro instrumento normativo hierarquicamente superior, como o são os tratados internacionais de direitos humanos.

Nessa conformidade, tal injusta situação, em que as autoridades fazendárias, pela prática de um mesmo pressuposto fático (não-pagamento de tributo decorrente de fraude), estimem que a referida conduta, além de incorrer na multa de ofício qualificada (Lei nº 9.430/96, art. 44, II), igualmente se subsuma a uma das figuras penais tributárias plasmadas nos arts. 1º e 2º, da Lei nº 8.137/90, pode ser judicialmente afastada, sob o pálio dos tratados internacionais de direitos humanos, como se verá a seguir.

### **3.5.4 O princípio do *non bis in idem* que irradia dos tratados internacionais de direitos humanos como proteção contra a persecução penal concomitante com o lançamento de multa de ofício qualificada**

Não constitui novidade afirmar que no sistema internacional de proteção dos direitos humanos, encontram-se sólidas referências ao princípio do *non bis in idem* no Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos), em seu art. 8º, item 4; no art. 9º, da Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal (firmada pelo Brasil em 1º de julho de 1994); no art. VII, item 1, da Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior; e, finalmente, no art. 20, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, promulgado pelo Decreto nº 4.388/02.

Por isso mesmo, pode-se concluir que o princípio do *non bis in idem* ostenta no ordenamento jurídico pátrio, à luz do sistema internacional de proteção dos direitos humanos e da cláusula aberta do parágrafo 2º do art. 5º, da *Lex Fundamentalis*, típico caráter de direito e garantia individual, merecendo destaque, dentre os referidos tratados, a consignação expressa de tal princípio no Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário.

E como já exaustivamente demonstrado neste trabalho, tais instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, que resguardam o princípio do *non bis in idem*, são perfeitamente extensíveis à seara tributária.

Ressalte-se que as suprarreferidas normas internacionais de proteção não admitem, em detrimento dos direitos humanos neles garantidos, a alegação de independência das esferas cível/tributária e criminal para se impingir uma condenação dúplice pelo mesmo ilícito, seja pela inexistência de expressa previsão a respeito, seja à luz do princípio hermenêutico *pro homine* (aplicação do método dialógico de solução de antinomias).

Assim, face à superioridade hierárquica (status constitucional ou supralegal, conforme atualmente entendem a maioria dos Ministros o STF) de tais instrumentos internacionais de direitos humanos, impõe-se a compatibilidade de toda a legislação nacional de regência com suas normas, no sentido de garantir o princípio do *no bis in idem*, sob pena de invalidade.

Esta compatibilização em prol da observância de tal limite material vertical (tratados internacionais de direitos humanos) à produção normativa doméstica, determina ao legislativo brasileiro o dever de adequar a legislação interna, adotando “as medidas legislativas necessárias” à garantia de tal princípio (tal qual assumido pelo Brasil em tais compromissos internacionais).

Não se pode olvidar, outrossim, que, quando o Brasil livremente decidiu ratificar e promulgar tais instrumentos internacionais, ele se comprometeu a cumpri-los, por seus poderes constituídos. De modo que tal dever de garantia do princípio do *non bis in idem* também se estende ao Judiciário Brasileiro, que poderá *ex officio* (como determina a Corte Interamericana de Direitos Humanos), diante do caso concreto (pela via difusa, portanto), declarar a inconvenção da legislação de regência, no sentido de impedir que, concomitantemente com a persecução penal, se opere o lançamento de multa de ofício qualificada (sob o mesmo fundamento e pressuposto fático).

Por fim, invocando tais pactos internacionais, poderá ainda o próprio prejudicado pela infração do princípio do *no bis in idem* postular, pelo sistema difuso de jurisdição, a declaração de inconvenção da legislação de regência; não restando afastada, de todo modo, a possibilidade de que os legitimados do art. 103 da Constituição proponham ao judiciário brasileiro o controle concentrado de convencionalidade dos aludidos dispositivos legais perante outros instrumentos internacionais de direitos humanos aprovados na forma do § 3º, do art. 5º, igualmente assecuratórios de tal princípio.

### **3.6 Relações Entre as Normas dos Tratados de Direitos Humanos da ONU e o Direito Tributário e a Política Fiscal de Estados que os Ratificaram**

O Estado brasileiro, no entendimento de Alves (2010, p. 120), ao incorporar ao seu direito interno a *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados* (CVDT),<sup>36</sup> internalizou um novo diploma legal que reforça a tarefa do Estado de tornar efetivas as normas de tratados internacionais na esfera interna — o que pode envolver até mesmo reformas legislativas.

Nesse sentido, assevera o citado autor, a CVDT prevê, por exemplo, que, uma vez ratificado um tratado, o Estado *é obrigado a abster-se da prática de atos*

---

<sup>36</sup> Decreto Legislativo n. 496, de 17 de julho de 2009.

que frustrariam o objeto e a finalidade de um tratado (art. 18) e a cumprir o tratado de boa-fé (art. 26), não podendo invocar disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento do mesmo (art. 27).<sup>37</sup>

No entanto, continua o mencionado autor (p. 121), à míngua do protagonismo exercido pelas normas de direitos humanos no direito brasileiro, os tratados são pouco ou nada examinados nos cursos jurídicos pelo país, e, na mesma direção, há uma lacuna enorme na doutrina ou literatura jurídica especializada nacional acerca da hermenêutica desses direitos e da sua relação com as demais normas e instrumentos que compõem o direito brasileiro. Isso naturalmente se reflete no direito tributário, carente que é de estudos a respeito da influência das normas de direitos humanos sobre a tributação e a destinação da arrecadação estatal.<sup>38</sup>

Dentro do contexto apresentado, com suporte em artigo científico elaborado pelo citador autor (2010), sobre pesquisa realizada na base de dados *Universal Human Rights Index*<sup>39</sup>, serão examinadas neste item as relações entre as normas dos tratados de direitos humanos da ONU e o direito tributário e a política fiscal dos Estados que os ratificaram.<sup>40</sup>

Portanto, destina-se o presente tópico à análise da mencionada pesquisa, sendo examinados os seus resultados a partir de alguns dos seus possíveis

---

<sup>37</sup> A CVDT aplica-se retroativamente aos tratados que foram incorporados ao direito interno brasileiro antes de sua ratificação, porquanto é interpretativa, amplia o sistema protetivo de direitos, e, mais, é expressão de uma norma de direito internacional consuetudinário reconhecida pelo Brasil em décadas de prática internacional.

<sup>38</sup> De uma forma geral, a literatura jurídico-tributária pátria, quando menciona direitos fundamentais ou direitos humanos, o faz sem mencionar os tratados internacionais ratificados pelo Brasil. Além disso, normalmente a literatura trata do tema apenas sob a égide dos direitos negativos de não interferência do Estado Fiscal — ou seja, limita-se à dicotomia contribuinte vs Fisco, ou, em outras palavras, indivíduo vs Estado, o que não condiz com a ideologia — liberal-social — da Constituição Brasileira.

<sup>39</sup> O *Universal Human Rights Index* (UHRI) é uma base de dados construída através de um projeto que combinou os esforços do Instituto de Direito Público da Universidade de Bern (Suíça), do LexUM — laboratório tecnológico de sistemas jurídicos da Universidade de Montreal (Canadá) —, e da própria ONU. O objetivo do projeto foi o de facilitar o acesso aos documentos relativos a direitos humanos emitidos pelos diversos órgãos e setores da Nações Unidas. Mais de 1.000 documentos já foram indexados, e, para os interesses da pesquisa em apreço, a base conta com todas as observações conclusivas dos comitês relativos aos tratados de direitos humanos desde o ano 2000, além dos relatórios relativos aos procedimentos especiais do Conselho de Direitos Humanos da ONU (Relatores especiais, representantes do Secretário-Geral, expertos independentes, grupos de trabalho etc.) desde 2006.

<sup>40</sup> Na pesquisa em exame, segundo o autor, o objeto foi limitado ao Sistema da ONU de Proteção Internacional dos Direitos Humanos, sem prejuízo da importância de outros instrumentos bilaterais e multilaterais assumidos pelo Brasil, como a Convenção Americana de Direitos Humanos, por uma razão metodológica e por uma razão teórica, respectivamente: (i) é preciso restringir o objeto da pesquisa para que seu exame seja factível no período (e espaço) determinado para a mesma; (ii) o sistema da ONU é o sistema internacional com maior amplitude de normas.

impactos no contexto jurídico e social do nosso país, de modo a enfrentar o problema exposto.

Decorreram da pesquisa os resultados a seguir apresentados, organizados pelo já referido autor em diferentes eixos temáticos, o que não significa, segundo ele, que possa haver uma divisão estanque de direitos em matéria de direitos humanos, uma vez que, como se sabe, os direitos humanos são indivisíveis e interdependentes.

Todos os documentos descritos a seguir demonstram a experiência dos diferentes órgãos da ONU na interpretação das ações do Estado — tanto executivas quanto legislativas — na esfera fiscal, e suas relações com a efetivação de diferentes normas de direitos humanos.

**Tabela 1:** Tratados, comitês respectivos e siglas. (ALVES, 2010, p. 122)

TRATADO	COMITÊ
<b>Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (CEDR)</b>	Comitê sobre a Eliminação da Discriminação Racial (CtDR)
<b>Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)</b>	Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CtDESC)
<b>Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP)</b>	Comitê de Direitos Humanos (CtDH)
<b>Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (CEDM)</b>	Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher (CtDM)
<b>Convenção Contra a Tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes (CCT)</b>	Comitê Contra a Tortura (CtCT)
<b>Convenção sobre os Direitos das Crianças (CDC)</b>	Comitê dos Direitos da Criança (CtDC)
<b>Convenção Internacional sobre a proteção dos direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e de suas famílias (CTM)</b>	Comitê dos Trabalhadores Migrantes (CtTM)

Não cabe nos propósitos deste trabalho uma descrição detalhada do funcionamento do Sistema da ONU de Direitos Humanos. No entanto, *para melhor apreciação dos resultados*, reproduz-se abaixo uma tabela, elaborada pelo autor mencionado, que retrata as diferentes normas ou direitos que, em resumo, podem ser encontrados nos tratados interpretados pelos diferentes órgãos.

**Tabela 2:** Síntese dos direitos expressos nos tratados de direitos humanos em epígrafe (ALVES, 2010, p. 123-124)

---

**Convenção internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial<sup>41</sup>**

---

A parte material está focada nos deveres do Estado de combater todas as formas de discriminação racial ao seu alcance (ver os arts. 1-7). A ênfase está principalmente na possibilidade de todos exercerem direitos e liberdades que estão também afirmados nos demais tratados de direitos humanos elencados a seguir, além da condenação do *apartheid* e da proibição de propagandas e apologias a qualquer tipo de discriminação.

**Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**

Resumidamente, nesse tratado estão presentes os seguintes direitos: direito à autodeterminação, direito à vida; proibição de tortura e penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes; proibição de escravidão e servidão; direito à liberdade e à segurança pessoais; direito a tratamento digno quando privado de liberdade; proibição da prisão civil; direito de livre circulação e residência; proibição de expulsão de estrangeiros sem motivo legalmente justificado; direito à presunção de inocência e garantias mínimas no processo penal; anterioridade da lei penal; direito ao reconhecimento da personalidade jurídica; direito à proteção da lei contra ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência; direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; direito à liberdade de expressão; proibição legal de propaganda em favor da guerra ou apologia ao ódio nacional, racial ou religioso, que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência; direito de reunião pacífica; direito de livre associação; direito à família; direito à proteção da infância; direito à participação política; igualdade perante a lei; direitos das minorias.

**Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**

Os seguintes são direitos tutelados pelo PIDESC (arts. 1, 6-15): direito à autodeterminação; direito de ganhar a vida mediante trabalho livremente escolhido; direito de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis; direito de fundar sindicatos e de filiar-se ao sindicato de sua escolha; direito de greve; direito à previdência social, inclusive ao seguro social; dever do Estado de dar às famílias a mais ampla proteção e assistência possíveis; direito a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família; direito de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental; direito à educação; dever do Estado de garantir educação primária gratuita e obrigatória para todos; direito de participar da vida cultural; direito de desfrutar do progresso científico e suas aplicações.

**Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher**

Assim como na CEDR, aqui a parte material também tem como pontos principais o combate de todas as formas de discriminação contra a mulher, os deveres do Estado de promoção da igualdade de gênero e a correlação entre discriminação e exercício dos demais direitos humanos por parte das mulheres. Ademais, a convenção cuidou de expressar direitos específicos — releituras e desdobramentos de outros direitos humanos no contexto da mulher —, como o direito de escolher livremente o cônjuge e de contrair matrimônio somente com o livre e pleno consentimento, igualdade do homem e da mulher perante a lei, direitos da mulher nas zonas rurais etc. (ver arts. 1-16).

**Convenção Contra a Tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes**

A parte material desse tratado (arts. 1-16) foca deveres do Estado, tais como: tomar medidas eficazes de caráter legislativo, administrativo, judicial ou de outra natureza, a fim de impedir a prática de atos de tortura em qualquer território sob sua jurisdição; não extraditar pessoa para determinado Estado quando houver razões substanciais para se crer que ela corre perigo de ali ser submetida a tortura; assegurar que todos os atos de tortura sejam considerados crimes segundo a sua legislação penal; investigar e, quando necessário, deter ou mesmo extraditar suspeitos de terem cometido tortura em qualquer outro lugar; reconhecer o direito dos suspeitos a um tratamento justo; divulgar a proibição de tortura no treinamento civil e militar daqueles envolvidos com o tratamento de pessoas

---

<sup>41</sup> Segundo o autor, nos documentos pesquisados, não há menção direta a este tratado. No entanto, cabe o registro do resumo do direito material por ele compreendido, uma vez que seu conteúdo interessa a questões tributárias tanto quanto o dos demais tratados. Ademais, trata-se de um dos tratados nucleares de direitos humanos, que influenciou sobremaneira na feitura de outras normas internacionais aqui referendadas, como a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher.

---

submetidas a alguma forma de privação de liberdade; garantir uma investigação imparcial de crimes de tortura; garantir o direito da vítima à reparação e à indenização justa e adequada, incluídos os meios necessários à mais completa reabilitação possível etc. Além disso, destacam-se a universalização da jurisdição para crimes de tortura e a invalidade de qualquer prova obtida por meio de tortura.

#### **Convenção sobre os Direitos das Crianças**

Este tratado é, talvez, o mais extenso em termos materiais, abrangendo, em seus arts. 1-41, as principais questões relativas à proteção das crianças: direitos civis e políticos (e.g. direitos das crianças de serem ouvidas em procedimentos administrativos e judiciais; direitos à privacidade, família, inviolabilidade do lar e da correspondência; liberdades de pensamento e crença, de expressão, de livre associação etc.); direitos econômicos, sociais e culturais (direitos ao bem-estar, à saúde, à formação educacional, à previdência social etc.); proibição de todo e qualquer tipo de discriminação e de todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus-tratos ou exploração; direitos e deveres dos pais; respeito aos costumes locais; direitos das mães à assistência pré-natal e pós-natal; outros temas, como adoção, crianças portadoras de deficiências físicas ou mentais, crianças de minorias étnicas e indígenas, crianças-soldado ou afetadas por conflitos militares (refugiadas etc.), e muitos outros.

---

Cumprе ressaltar que, segundo Alves (2010, p. 124), diferentemente de outros documentos da ONU (como, e.g., algumas das resoluções do Conselho de Segurança), os documentos descritos nos resultados não vinculam os Estados, o que explica a própria linguagem usada pelos órgãos em relação aos Estados (por vezes elogiosa, outras tantas crítica, ou simplesmente recomendatória).

Prossegue o referido autor salientando que a

[...] ausência de *comandos* não deve ludibriar o leitor que não esteja familiarizado com os direitos humanos internacionais, já que, se as interpretações dos comitês não vinculam *per sí*, as normas interpretadas o fazem. Além do mais, as interpretações dos comitês e suas recomendações não podem ser enquadradas como simples parte da literatura especializada — o que já daria a elas certa relevância jurídica — mas, muito mais do que isso, devem ser tidas como expressões de órgãos aos quais foi atribuída por diplomas legais (os tratados em comento) a competência de monitoramento e implementação dos direitos humanos.

Acerca das ações executivas e legislativas dos Estados na área fiscal e suas relações com a efetivação de diferentes normas de tratados internacionais de direitos humanos, sob a ótica de diferentes órgãos da Organização das Nações Unidas, reproduz-se os resultados da citada pesquisa, abaixo descritos, elaborados pelo autor já mencionado, classificados na forma dos seguintes eixos temáticos:

### 3.6.1 Tributação e direitos sociais

#### 3.6.1.1 Normas Tributárias, Política Fiscal e a Questão da Pobreza

Em fevereiro de 2004, o Comitê sobre os Direitos das Crianças da ONU (CtDC) fez críticas em relação aos óbices ao *direito a um padrão adequado de vida*, em particular quanto à prevalência da pobreza em um número considerável de famílias alemãs, mas registrou os esforços do Estado alemão, como o aumento de benefícios fiscais visando a auxiliar as famílias que tenham filhos.

Em maio de 2005, o Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CtDESC) elogiou a determinação do Estado chinês em retirar impostos sobre pecuária e agricultura para favorecer o combate à pobreza nas comunidades rurais.

Em janeiro de 2008, o Relator Especial sobre o direito à alimentação, Sr. Jean Ziegler, em missão na Bolívia, descreveu a passagem histórica do governo Mesa para o governo do Sr. Evo Morales Ayma, e as mudanças na tributação da exploração de hidrocarbonetos no país, aumentando, assim, a arrecadação do Estado, de US\$220 milhões em 2003 para US\$1,3 bilhão em 2006, permitindo à Presidência reverter a espiral de déficit público, reduzir a dívida pública e criar condições para maiores investimentos no combate à fome e à pobreza.

#### 3.6.1.2 Tributação, Regulamentação de Mercadorias e Serviços e Direitos Sociais

Em setembro de 2000, ao analisar relatório submetido pela Austrália, o CtDESC ressaltou como aspecto positivo a instauração de um imposto sobre mercadorias e serviços como forma de racionalizar a regulamentação das empresas e de reduzir o imposto de renda cobrado da maior parte dos trabalhadores australianos (*working Australians*).

#### 3.6.1.3 Normas Tributárias, Política Fiscal e a Questão do Trabalho

Em agosto de 2007, o Comitê para Eliminação da Discriminação contra a Mulher (CtDM) recomendou ao Estado brasileiro que monitorasse e avaliasse os

impactos da Lei n. 11.324/2006 — que concedeu ao(a) empregador(a) de trabalhador(a) doméstico(a) o direito de deduzir do seu próprio imposto de renda a contribuição patronal paga à Previdência Social, incidente sobre o valor da remuneração do empregado —, de modo a determinar se essa lei realmente contribuiu para a formalização do trabalho doméstico.

Em janeiro de 2008, o CtDESC recomendou à Bélgica que tomasse medidas para reduzir as taxas de desemprego de jovens, pessoas acima de 55 anos e estrangeiros residentes no país por meio de medidas específicas, dentre elas, incentivos fiscais (*tax incentives*) às empresas que contratem pessoas que se enquadram em quaisquer dos grupos apontados.

Em janeiro de 2008, o CtDESC recomendou a San Marino que aumentasse os gastos financiados diretamente pelo imposto de renda, em especial o valor da aposentadoria, de modo a garantir aos pensionistas um padrão decente de vida consoante o art. 9, do PIDESC.

Em junho de 2008, ao examinar o relatório francês, o CtDESC recomendou àquele Estado que intensificasse seus esforços na promoção de oportunidades de emprego para os jovens por meio de medidas específicas e, dentre elas, incentivos fiscais para as empresas que os contratassem.

#### 3.6.1.4 Incentivos Fiscais e Habitação

Em fevereiro de 2008, o Relator Especial sobre moradia adequada, o Sr. Miloon Kothari, em missão na Espanha, criticou o impacto negativo das políticas públicas espanholas — dentre elas sua política fiscal — que incentivaram um modelo de habitação privada em detrimento de, e.g., regimes de aluguel para setores de baixa renda. Sem embargo, segundo o Instituto Nacional de Estatísticas espanhol, em 2001, 82% das famílias não tinham casa própria, e, relativamente às políticas fiscais, salientou a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômicos (*Organisation for Economic Co-operation and Development* — OECD) que, não fossem as reduções de imposto (*tax deductions*), os preços dos imóveis residenciais cairiam entre 15 e 30%. Isso porque os incentivos fiscais estavam sendo amplamente capitalizados nos preços.

### 3.6.1.5 Incentivos Fiscais e Educação

Em fevereiro de 2008, o CtDC apregoou a necessidade de a Lituânia tomar medidas para encorajar a produção de programas e livros para crianças, sem deixar de registrar as ações do Estado para incentivar publicações e vendas de livros por meio de redução de impostos (*tax reductions*).

### 3.6.1.6 Arrecadação e Destinação da Arrecadação

Em junho de 2000, o CtDC mencionou que, embora os gastos sociais tivessem sido prejudicados com a crise econômica e as agitações políticas internas, eles não estavam condizentes com o art. 4º, da CDC, e, de fato, o Estado da Georgia não estava destinando orçamento para implementação da convenção *na extensão máxima dos seus recursos disponíveis*. O comitê expressou ainda sua preocupação com a sonegação fiscal (*tax evasion*) e corrupção, tidas como fatores para a parca alocação de recursos destinados pelo Estado para a implementação da CDC.

Contra isso, recomendou o comitê que o Estado tomasse medidas especiais para implementar o art. 4º, da CDC na sua integralidade, alocando recursos na extensão máxima de sua disponibilidade e buscando, se necessário, cooperação internacional para a implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais das crianças, devendo, ainda, tomar todas as medidas apropriadas para melhorar seu sistema de arrecadação de tributos e erradicar a corrupção.

Em maio de 2001, o CtDESC concluiu que as políticas econômicas implementadas, em Hong Kong, de manutenção de impostos baixos e redução dos gastos do governo com o provimento de serviços essenciais, baseadas na filosofia do não-intervencionismo positivo,<sup>42</sup> tiveram um impacto negativo na implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais, deveras exacerbado pela globalização.

---

<sup>42</sup> Segundo o autor, tais políticas têm como fulcro o art. 5º da Lei Básica (*Basic Law*) de Hong Kong, que normatiza a iniciativa privada e um regime de impostos baixos (*low tax regime*) por pelo menos 50 anos. UNITED NATIONS, 2001b, § 14.

Em outubro de 2003, o CtDC manifestou sua preocupação com a parca alocação de recursos destinados pelo Estado da Geórgia (USA) para a implementação da CDC, bem como a constante redução de gastos com saúde e educação apesar do nível razoavelmente alto de crescimento econômico vivido pelo país no ano anterior (5,2 % em 2002). O comitê criticou ainda a insuficiência do sistema de arrecadação de tributos do Estado e a corrupção generalizada na coleta e uso dos recursos públicos, recomendando ao Estado ações para aplacar ambos os problemas, aumentar os gastos e garantir transparência no uso do dinheiro público para a implementação dos direitos expressos na convenção, principalmente nas áreas de saúde e educação.

Em agosto de 2004, ao examinar o relatório submetido pela Guiné Equatorial, o Comitê de Direitos Humanos da ONU (CtDH) recomendou fossem adotados programas de proteção da criança devido à situação de fragilidade das crianças locais ou oriundas de países vizinhos quanto à saúde, ao trabalho e à educação. Interessante notar que o comitê atribuiu o problema da educação ao baixo gasto fiscal por criança empreendido pelo Estado (*low tax expenditure per pupil*).

### **3.6.2 Tributação e Grupos Vulneráveis**

#### **3.6.2.1 Questões de Gênero**

Em agosto de 2001, o CtDH, ao examinar relatório submetido pela Nova Zelândia, observou como aspecto positivo as alterações legislativas feitas nas leis que regulam o imposto de renda (*Country Ordinances on Income Tax* e *Country Ordinances on Wages and Salaries Tax*), de modo a torná-lo mais equânime com relação às mulheres casadas e, assim, retirar das leis seu elemento discriminatório contra mulheres.

Em janeiro de 2006, a Sra. Yakin Erturk, Relatora Especial sobre violência contra a mulher, suas causas e consequências, em missão à Rússia, criticou a ausência de incentivos estatais para organizações da sociedade civil envolvidas em frentes de luta por direitos das mulheres, recomendando ao Estado russo que alterasse seu direito tributário de modo a aumentar a capacidade das ONGs de

direitos das mulheres de contribuir efetivamente para a erradicação da violência contra a mulher.

Em fevereiro de 2006, o CtDM elogiou Mali por ter adotado incentivo fiscal aos entes federados, proporcional ao número de representantes mulheres em cargos públicos eletivos.

Em agosto de 2007, o CtDM elogiou os esforços da Nova Zelândia de implementar programas e serviços de apoio à participação da mulher no mercado de trabalho e na vida familiar de forma equilibrada, em especial o programa “Trabalhando para as Famílias” (*Working for Families*), um pacote de serviços que inclui subsídios e créditos tributários (*tax credits*) para auxiliar as famílias a arcar com os custos de creche para os seus filhos.

Em abril de 2008, o CtDM recomendou ao Líbano que adotasse medidas para eliminar a discriminação sofrida pelas mulheres na área tributária, uma vez que as mulheres casadas não recebiam o abatimento de imposto (*tax allowance*) dado aos homens casados e aos chefes de família.

Em abril de 2008, o CtDM expressou sua preocupação com a persistência de discriminação contra a mulher na Suécia, sobretudo no âmbito dos postos de trabalho e disparidades salariais. Contudo, não deixou de consignar as iniciativas daquele Estado de incentivo à participação das mulheres no mercado de trabalho e à conciliação disso com a vida familiar, como, *v.g.*, a introdução de créditos tributários específicos de imposto de renda e para contratação de serviços domésticos, e de um bônus do seguro-maternidade.

Em novembro de 2008, o CtDM elogiou uma série de medidas tomadas e alterações legislativas feitas por Portugal para avançar a questão da igualdade de gênero, incluindo emendas legislativas na área do direito tributário.

### 3.6.2.2 Outros Grupos Vulneráveis

Em outubro de 2003, o Comitê sobre o Direito das Crianças (CtDC) elogiou as medidas tomadas pelo governo canadense para aumentar as reduções de impostos (*tax deductions*) para os povos aborígenes.

Em dezembro de 2003, ao analisar o relatório enviado pela Rússia, o CtDESC demonstrou sua preocupação com a diminuição significativa do emprego de deficientes físicos, e repreendeu a decisão do Estado de retirar duas importantes deduções de impostos (*tax benefits*) que serviam como incentivo para a contratação de deficientes, e que haviam sido recomendadas pelo próprio Comitê em suas observações conclusivas anteriores.

### **3.6.3 Compatibilidade das interpretações com o direito brasileiro**

Com base nos resultados apresentados e tendo em vista seus possíveis impactos no contexto jurídico e social pátrio, segundo o referido autor (2010, p. 128), uma primeira constatação é a de que, *a priori*, as interpretações feitas pelos órgãos da ONU em relação a outros países são compatíveis com os valores positivados na ordem constitucional brasileira.

Colhe-se do exposto que as questões suscitadas pelos trabalhos dos órgãos da ONU são evidentemente caras ao Brasil. A partir dos resultados expostos haure-se a contribuição dos diferentes exemplos coligidos para as especificidades da realidade brasileira. Em que pese a complexidade de cada uma das questões suscitadas, podem ser apontados, por amostragem, conforme afirma Alves (2010, p. 129) os seguintes exemplos: o uso de mecanismos tributários na premiação de entes de uma federação pelo avanço no número de mulheres eleitas para cargos políticos; no aumento da acessibilidade à moradia; no incentivo aos pequenos e médios produtores rurais como meio de diminuição da pobreza; no aumento da progressividade do imposto de renda das pessoas físicas como estratégia de redução das desigualdades etc. Como se vê, cada uma delas suscitaria pesquisas próprias de grande envergadura teórica e relevância social.

## CONCLUSÃO

A análise dos reflexos da aplicação, à seara tributária, dos tratados internacionais de direitos humanos, levada a efeito neste trabalho, longe de ser conclusiva, afigura-se como uma proposta, um caminho de construção de um direito tributário emancipador.

No Brasil, o direito tributário está constitucionalizado desde a Emenda à Constituição nº 18, que definiu o sistema tributário da Constituição de 1946. Assim, por mais de sessenta anos, atendo-se unicamente aos princípios constitucionais tributários como paradigma, o legislador pátrio e o aplicador do direito não acompanharam os avanços promovidos nas instituições jurídicas no pós-Segunda Guerra, em decorrência da nova ordem internacional instalada.

Por isto mesmo, deu-se início ao desenvolvimento do presente trabalho analisando-se, justamente, o processo de formação da arquitetura internacional de proteção dos direitos humanos, inaugurada com a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, que abriu caminho a inúmeros instrumentos internacionais de proteção – que se integram em uma aplicação coordenada e complementar – e produziu relevantes efeitos jurídicos no direito interno dos Estados, orientando as decisões judiciais e projetando-se sobre as Constituições nacionais.

E em decorrência desse fenômeno de internacionalização dos direitos humanos, a partir da Constituição de 1988 passou-se a admitir, quanto à proteção dos direitos humanos, uma duplicidade de fontes normativas no direito brasileiro, uma advinda do direito interno e outra do direito internacional.

Destarte, pela relevância do tema frente à ratificação pelo Brasil dos principais tratados internacionais de direitos humanos, dedicou-se o Capítulo II da presente dissertação ao exame do processo de integração dos tratados internacionais em geral ao ordenamento jurídico pátrio, restando demonstrado que, diante da omissão constitucional acerca da matéria, a doutrina majoritária preconiza a adoção da corrente dualista – incorporação não automática. Tal entendimento, contudo, não se aplica aos tratados de direitos humanos, que possuem incorporação automática por força do § 1º do art. 5º da Constituição Federal.

De fato, especificamente quanto à incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos à ordem jurídica doméstica, evidenciou-se que, da conjugação dos §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição Federal, tais tratados constituem-se em fonte normativa do sistema constitucional de proteção de direitos, sendo, em regra, imediatamente exigíveis.

Ainda no Capítulo II deste trabalho, demonstrou-se, quanto ao nível hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos internalizados ao ordenamento pátrio, que inobstante o avanço jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal quanto ao tema, o entendimento mais correto é o de que, por força do § 2º do art. 5º da Constituição Brasileira, todos os tratados internacionais de direitos humanos possuem *status* de norma materialmente constitucional, independentemente de terem sido ratificados antes ou após a Emenda Constitucional nº 45/2004.

Com efeito, a partir de tal cláusula aberta de proteção dos direitos e garantias fundamentais (§ 2º do art. 5º da Constituição), os direitos elencados em tais tratados internacionais passaram a integrar e complementar o catálogo dos direitos fundamentais, compondo o núcleo material do “bloco de constitucionalidade”; vindo o quórum qualificado do § 3º do art. 5º da Constituição Brasileira somente a conferir status de norma formalmente constitucional aos tratados de direitos humanos.

No que respeita ao impacto jurídico, no direito interno, dos tratados internacionais de proteção, ficou evidenciada a intercomunicação entre tais fontes normativas através das “cláusulas de diálogo” existentes nos próprios instrumentos internacionais de proteção, bem como a eficácia do método do “diálogo das fontes”, como critério de solução das antinomias normativas ocorrentes, orientado pela primazia da norma mais favorável à pessoa humana (princípio hermenêutico internacional *pro homine*).

Ainda no que concerne ao aludido impacto jurídico, consubstanciando-se tais compromissos internacionais em limites materiais à produção legislativa nacional, defendeu-se neste trabalho a adoção do “controle jurisdicional de convencionalidade das leis”, para as situações de incompatibilidade legislativa com os tratados de direitos humanos, formalmente constitucionais ou não. Como visto, tal eficiente e concreto instrumento de tutela dos direitos humanos violados, pode ser utilizado pela via difusa ou concentrada, a depender do eventual quórum qualificado de aprovação de tais tratados.

No Capítulo III deste trabalho, a partir dos reflexos da incorporação dos tratados de direitos humanos sobre o direito interno como um todo, restou evidenciada a plena aplicabilidade de tais tratados em matéria tributária. De fato, tal aplicabilidade revela-se inafastável e inequívoca, principalmente, face à multidimensionalidade do direito tributário e a indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos; à imperativa interpretação extensiva desses direitos; à expressa previsão, neste sentido, nos próprios instrumentos internacionais de proteção; e à imprescindibilidade de tal aplicação como instrumento minimizador das desigualdades sociais.

Destarte, foram examinadas específicas violações dos direitos humanos, decorrentes do modelo de tributação vigente, em matérias relacionadas com as técnicas de concretização do princípio da capacidade contributiva; a não concessão de benefícios tributários por discriminação decorrente de posição econômica; o desrespeito ao direito de não autoincriminação e ao princípio do *non bis in idem*.

No que tange ao princípio da capacidade contributiva, logrou-se concluir que o ordenamento jurídico pátrio desprestigia tal princípio e, por via reflexa, viola os direitos humanos de desenvolvimento, do mínimo à existência humana digna e de propriedade. Assim, na medida em que as técnicas de tributação vigentes, conquanto compatíveis com a Constituição, afrontam direitos humanos garantidos por compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, resta descumprido importante limite material à produção normativa nacional, impondo-se a retirada do ordenamento jurídico pátrio das normas de regência violadoras, através do mecanismo do “controle jurisdicional de convencionalidade das leis”.

De igual modo, no que respeita à cobrança de multa de mora, em caso de denúncia espontânea seguida do parcelamento do tributo, demonstrou-se a ocorrência de discriminação decorrente de posição econômica e a frontal violação de diversos tratados internacionais, ratificados pelo Brasil, que contemplam tal garantia.

Destarte, frente à comprovação da existência de lacuna no direito interno, na área tributária, acerca da vedação à discriminação por motivo de posição econômica, bem como da inexistência de norma interna capaz de assegurar a proteção de tal direito, impõe-se a introdução supletória dos dispositivos de proteção, contidos em tais tratados, na lacuna presente no ordenamento interno, pela aplicação do método dialógico de solução de antinomias normativas.

Na mesma linha, quanto às declarações e informações tributárias exigidas pela Administração Fazendária – de cuja inobservância podem decorrer sanções de natureza penal –, logrou-se concluir consubstanciarem-se em inadmissível afronta ao direito à não-autoincriminação, ao direito de não cooperar em produzir provas contra si mesmo, assegurado em incontáveis tratados internacionais de proteção já devidamente ratificados pelo Brasil. Assim, face ao status hierárquico superior dos tratados de direitos humanos, em relação à legislação doméstica que prescreve tal dever de colaboração do cidadão contribuinte, torna-se possível o controle de convencionalidade de tal normativa nacional violadora, que deve ser retirada por sua invalidez do ordenamento jurídico pátrio.

Da mesma forma, no que se refere à concomitante aplicação, ao contribuinte, de multa de ofício qualificada pela prática de infração tributária, bem como de persecução penal pela prática de ilícito penal tributário, ambas fundadas no mesmo fato, demonstrou-se a ofensa, pela legislação doméstica, do princípio do *non bis in idem* (e de seu corolário lógico-natural, o princípio da consunção), garantido em inúmeros tratados internacionais ratificados pelo país – que não admitem a alegação de independência das instâncias para uma dúplici condenação pelo mesmo ilícito (aplicação do método dialógico de solução de antinomias). Destarte, como visto, através do controle de convencionalidade das leis, deverá ser afastada a persecução penal concomitante com o lançamento de multa de ofício qualificada, em respeito ao princípio do *non bis in idem*.

Por fim, foram apresentadas relevantes conquistas de diversos Estados (países), conforme pesquisa elaborada do por Alves (2010), junto a órgãos da ONU, no que se refere ao estabelecimento de uma concreta relação entre as normas dos tratados de direitos humanos e o direito tributário e a política fiscal de Estados (países) que os ratificaram, que permitem a conclusão de que, no atual Estado Constitucional e Humanista de Direito, o direito tributário não deve ser visto como um inimigo do cidadão, mas como promocional de uma distribuição corretiva, implementador de uma justiça social, visão ainda distante do sistema de tributação vigente no Brasil.

Dessas atividades desenvolvidas pelos diferentes Estados (países), cumpre especificar, dentre as conclusões elaboradas por Alves (2010, p. 129), algumas possibilidades de efetivação dos direitos humanos, no sistema tributário e fiscal brasileiro, a exemplo das seguintes: a construção de uma proposta de seletividade

na tributação sobre o consumo que desonere os bens necessários à sobrevivência das pessoas, tributando, por outro lado, severamente, produtos de luxo; ainda no tocante à seletividade do consumo, a possibilidade de a decisão sobre a essencialidade dos produtos ser tomada em fóruns participativos, com fundamento no direito à autodeterminação;<sup>43</sup> a necessidade de se efetuar revisão crítica do ITR objetivando dar-lhe contornos de instrumento extrafiscal de promoção da reforma agrária, funcionando, assim, como meio de redução da pobreza e de implementação do art. 11, § 1º, do Pidesc; a instituição de um adicional de IR a ser pago por pessoas jurídicas que exerçam atividades de significativo impacto ambiental negativo, como forma de resguardar os chamados direitos humanos de terceira dimensão; a utilização do sistema tributário brasileiro como instrumento de efetivação de direitos sociais presentes, por exemplo, no Pidesc; etc.

Assim, restando evidenciadas algumas das formas por meio das quais as normas dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos se relacionaram, em diferentes Estados, com a tributação e a destinação dos recursos arrecadados, bem como a absoluta possibilidade de aplicação analógica ao Brasil desse inter-relacionamento normativo, fica ainda mais evidente o inafastável dever dos poderes constituídos no Brasil de considerar tais compromissos internacionais sobre direitos humanos em todos os debates que envolvam ações (ou omissões) estatais, não somente por simples razões éticas, mas por motivos jurídicos – uma vez que, quanto aos direitos humanos a própria Carta Magna determina a integração do direito interno com o direito internacional, assumindo os direitos humanos a função de pressuposto jurídico-teórico e fio condutor de todas as reflexões sobre a atuação do Estado, marcadamente na seara tributária e fiscal.

A partir da análise levada a efeito no presente trabalho, pode-se inequivocamente concluir que a aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos à matéria tributária exsurge como fundamento imprescindível e inafastável a ser invocado, pelo contribuinte e pelo aplicador do direito, frente às violações de tais direitos pelo sistema de tributação vigente; além de contribuir para que o direito tributário se converta em instrumento minimizador das desigualdades sociais e propulsor do desenvolvimento dos povos.

Ademais, em prol do próprio cumprimento dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil quanto aos direitos humanos, afigura-se urgente e

---

<sup>43</sup> O direito à autodeterminação, presente no art. 1º de ambos PIDCP e Pidesc, determina ao Estado a obrigação de democratizar a tomada de decisões.

indispensável uma mudança no papel do sistema tributário nacional, bem como uma alteração da atuação estatal, no que se refere à arrecadação/destinação de recursos, sob pena de perpetuação das injustiças sociais provenientes do modelo de tributação vigente.

Assim, com suporte no presente estudo, pode-se seguramente afirmar que também os tratados internacionais de direitos humanos informam e balizam as relações jurídicas tributárias, exurgindo, do atrelamento do direito tributário às normas internacionais de direitos humanos, a imperativa exigência de uma tributação condizente com a justiça fiscal, distante de uma mera função arrecadatória.

E dessa íntima ligação entre tratados internacionais de direitos humanos, tributação e justiça fiscal, eventual conflito normativo deve ser resolvido segundo o critério da primazia da norma mais favorável à vítima da violação de tais direitos (princípio internacional *pro homine*), uma vez que não mais poderá alegar-se, no direito tributário, uma legalidade cerrada, taxativa, em detrimento dos direitos humanos.

Impõe-se, outrossim, destacar, no que concerne à devida e imprescindível vinculação entre a tributação e os tratados internacionais de direitos humanos que, na Europa, a Corte Europeia de Direitos Humanos tem atuado, interventivamente, no campo tributário dos Estados, em prol da garantia de tais direitos, direcionando o direito tributário dos povos europeus a um modelo humanitário contextualizado.

Por fim, cabe frisar a dificuldade do Judiciário brasileiro em lidar com a aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos, especialmente nas instâncias ordinárias e quando não alegada, na exordial, qualquer proteção convencional; sendo, muitas das vezes, olvidado que, uma vez integrado à ordem jurídica nacional, o tratado passa a compor o acervo normativo pátrio, devendo ser aplicado pelo Judiciário como se lei interna fosse, independentemente de invocação específica das partes, ponto bastante sensível à concretização de um Direito autêntico, dinâmico e representativo.

Por todo o exposto, pode-se concluir que as análises levadas a efeito no presente trabalho consubstanciam-se em uma proposta, um caminho para a construção de um direito tributário emancipador, bafejado pelos ares renovadores dos tratados internacionais de direitos humanos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBANO, Wladimir Mattos. Os tratados internacionais sobre direitos humanos, o direito a não auto-incriminação, as declarações tributárias obrigatórias e os crimes contra a ordem tributária. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 78, jul 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link= revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8049&revista\\_caderno=16](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8049&revista_caderno=16)>. Acesso em jul 2013.

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário esquematizado*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2013.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALVES, José Augusto Lindgren. *A arquitetura internacional dos direitos humanos*. São Paulo: FTD, 1997.

ALVES, Henrique Napoleão. *Direitos humanos, direito tributário e política fiscal: descrição da experiência dos órgãos das Nações Unidas – reflexões para o Brasil*. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Jan./mar./2010. v. 74, n. 1, ano XXVIII.

AMARAL JR, Alberto do. *O direito internacional: entre a ordem e a justiça*. Revista de Informação Legislativa, ano 45, nº 177. Brasília: Senado Federal, jan./mar./2008.

AMARAL, Gilberto Luiz do et al. In: Disponível em: <http://www.ibpt.com.br/img/uploads/novelty/estudo/920/ESDODIASTRABALHADOSEDECAO2013.pdf>, acessado em 22-05-2013).

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1997.

ATALIBA, Geraldo. *Progressividade e capacidade contributiva*. Separata da Revista de Direito Tributário, 1991.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

\_\_\_\_\_. *Uma introdução à ciência das finanças*. Atualização de Dejalma de Campos. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BECHO, Renato Lopes. *Tributação deve respeitar direitos humanos*. Revista Virtual Consultor Jurídico, 27 jul.2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>> Acesso em: 07 mai.2011.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BUERGENTHAL, Thomas. Prólogo. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

CARDIA, Fernando Antonio Amaral. Uma breve introdução à questão do desenvolvimento como tema de direito internacional. In: AMARAL Jr., Alberto (org.). *Direito internacional e desenvolvimento*. Barueri, SP: Manole, 2005.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 7. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Teoria e prática das multas tributárias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos. In: *Direitos humanos: visões contemporâneas*. São Paulo: Associação Juízes para a Democracia, 2001.

DELGADO, José Augusto. *Os direitos fundamentais do contribuinte*. Revista Tributária e de Finanças Públicas. São Paulo: ano, 12, nº 58, set./out. 2004.

DIAS, Jean Carlos. O direito humano ao desenvolvimento e o princípio tributário da capacidade contributiva. In: SCAFF, Fernando Facury (Org.). *Constitucionalismo, tributação e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DUTRA, Micaela Dominguez. *Capacidade contributiva: análise dos direitos humanos e fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

FACHIN, Melina Giradi. *Fundamentos dos direitos humanos: teoria e prática na cultura da tolerância*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GODOI, Marciano Seabra de. *Justiça, igualdade e direito tributário*. São Paulo: Dialética, 1999.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à convenção americana sobre direitos humanos: Pacto de San José da Costa Rica*. Coleção Ciências Criminais, v. 4. 2. ed. ver. atual e ampl. São Paulo: RT, 2009.

\_\_\_\_\_. *Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. Tributação e direitos fundamentais. In: FISCHER, Octavio Campos (coord.). *Tributos e direitos fundamentais*. São Paulo: Dialética, 2004.

GUSMÃO, Paulo Dourado. *Introdução ao estudo de direito*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

HICKMANN, Clair Maria. *Quando os pobres pagam pelos ricos*. Le Monde Diplomatique Brasil, ano 1, n. 2, Setembro 2007, p.4.

KHAIR, Amir. *Pela justiça tributária*. Le Monde Diplomatique Brasil, ano 1, n. 12, Julho 2008, p.12.

LAFER, Celso. *Comércio, desarmamento, direitos humanos: reflexões sobre uma experiência diplomática*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

\_\_\_\_\_. *A internacionalização dos direitos humanos: constituição, racismo e relações internacionais*. São Paulo: Manole, 2005.

LIMA, George Marmelstein. *Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 173, 26 dez. 2003 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4666>>. Acesso em: 23 set. 2013.

LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. *Os tratados internacionais de direitos humanos na Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MACHADO, Hugo de Brito. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. v. II. São Paulo: Atlas, 2004.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2003.

MAGALHÃES, José Carlos. *O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional: uma análise crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes. *A denúncia espontânea de infração seguida do pagamento parcelado do tributo*. Revista Dialética de Direito Tributário. São Paulo, v. 138, pp. 77-89, 2007.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 5. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: RT, 2011a.

\_\_\_\_\_. *Direito dos Tratados*. São Paulo: RT, 2011b.

\_\_\_\_\_. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2011c.

\_\_\_\_\_. *O Supremo Tribunal Federal e os conflitos entre tratados internacionais e leis internas*. Revista de Informação Legislativa, ano 39, nº 154, Brasília: Senado Federal, abr./jun./2002.

\_\_\_\_\_. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MELLO, Celso D. Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979.

\_\_\_\_\_. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo. (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MELO, Mônica de; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Impacto da convenção americana de direitos humanos nos direitos civis e políticos*. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2000.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *O direito tributário cosmopolita*. In: GOMES, Fabio Luiz. (Coord.). *Direito internacional: perspectivas contemporâneas*. São Paulo: Saraiva, 2010.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Método, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Introdução ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos*. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia. (Org.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2000.

\_\_\_\_\_. *Direitos humanos: o princípio da dignidade da pessoa humana e a Constituição Brasileira de 1988*. Revista dos Tribunais. São Paulo: ano 94, nº 833, mar. 2005.

\_\_\_\_\_. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed., ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013a.

\_\_\_\_\_. *Temas de Direitos Humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013b.

POCHMANN, M. *Desigualdade e justiça tributária*. Brasília, 15 de maio de 2008. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/pdf/08\\_05\\_15\\_DesigualdadeJusticaTributaria.pdf](http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/pdf/08_05_15_DesigualdadeJusticaTributaria.pdf). Acesso em 27 de novembro de 2011.

PONTES, Helenilson Cunha. *O direito ao silêncio no direito tributário*. In: FISCHER, Otavio Campos. (Coord.). *Tributos e direitos fundamentais*. São Paulo: Dialética, 2004.

SABBAG, Eduardo. *Manual de direito tributário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SAKAKIHARA, Zuudi; FREITAS, Vladimir Passos de. *Código tributário nacional comentado*. 4. ed. São Paulo: RT, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 11, nº 43, abril-junho 2003.

TAVARES, Alexandre Macedo. *As vias de repressão dos contribuintes (procedimento administrativo e processo penal) sob o prisma da garantia do non bis in idem*. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo, v. 138, pp. 7-21, 2007.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário – os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. v. III. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito financeiro e tributário*. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: valores e princípios constitucionais tributários*. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

\_\_\_\_\_. *Direito Internacional e direito interno: sua interação na proteção dos direitos humanos*. Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos. São Paulo: Procuradoria Geral do Estado, 1996.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. v. 1. Porto Alegre: 1997.

\_\_\_\_\_. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: ARAUJO, Nadia & BOUCAULT,

Carlos Eduardo de Abreu. (Orgs.). *Os direitos humanos e o direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

\_\_\_\_\_. *O direito internacional em um mundo em transformação*: Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI. In: CACHAPUZ, Antônio Paulo. (Org.). *Desafios do direito internacional contemporâneo*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007.

TROIANELLI, Gabriel Lacerda. *O depósito recursal e o Pacto de São José da Costa Rica*. Revista Dialética de Direito Tributário. São Paulo, v. 51, pp. 48-59, 1999.

WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

XAVIER, A. *Do lançamento*: teoria geral do ato, do procedimento e do processo tributário. 2. ed. São Paulo: Forense, 1998.