



Volume 24

2019

Presidente Prudente/SP

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 24	329 páginas	2019
------------	---------------------	-------	-------------	------

ISSN 1516-8158 (físico)
ISSN 2176-848X (eletrônico)

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

Reitora e Pró-Reitora Acadêmica: Zely Fernanda de Toledo Pennacchi Machado
Pró-Reitora Financeira: Maria do Carmo de Toledo Pennacchi
Pró-Reitora Administrativa: Maria Inês de Toledo Pennacchi Amaral

REVISTA INTERTEMAS

Linha editorial: Relações Sociais e Ambientais para uma Sociedade Inclusiva
Temática: Direitos Humanos, Meio Ambiente e Desenvolvimento
Periodicidade anual

EDITORES

Ana Carolina Greco Paes (TOLEDO PRUDENTE)
André Simões Chacon Bruno (USP)
Sérgio Tibiriçá Amaral (TOLEDO PRUDENTE)

CONSELHO EDITORIAL

Alfonso Jaime Martínez Lazcano (SNI-CONACYT)
Daniel Brantes Ferreira (UERJ)
Dennys Garcia Xavier (UFU)
Felipe Rodolfo de Carvalho (UNEMAT)
Haroldo de Araujo Lourenço da Silva (UFRJ)
Paulo Eduardo D'Arce Pinheiro (TOLEDO PRUDENTE)
Wladimir Brega Filho (FUNDINOPI)

EQUIPE TÉCNICA

Ana Carla dos Santos Barboza (Secretária –TOLEDO PRUDENTE)
Daniela Mutti (Secretária –TOLEDO PRUDENTE)

Versão eletrônica

ISSN 2176-848X

Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/INTERTEMAS>

Indexadores e Diretórios

Latindex folio 14938

Sumários de Revistas Brasileiras código 006.064.819

Permuta/Exchange/Échange

Biblioteca "Visconde de São Leopoldo" – TOLEDO PRUDENTE

Praça Raul Furquim nº 9 – Vila Furquim

CEP 19030-430 – Presidente Prudente / SP

Sítio eletrônico

<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/INTERTEMAS>

Contato

Telefone: +55(18)3901-4004 E-mail: nepe@toledoprudente.edu.br

Intertemas: Revista da Toledo, v. 24 – 2019

Presidente Prudente: Centro Universitário "Antônio Eufrásio de Toledo".
2019. 21cm Revista do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo
de Presidente Prudente (SP)

1.Direito – Periódicos CDD – 340.5
ISSN 1516-8158
ISSN 2176-848X (eletrônico)

Sumário/Contents

NOTA AO LEITOR.....	5
UMA BREVE ANÁLISE DO DISCURSO JURÍDICO A PARTIR DE ALGIRDAS JULIEN GREIMAS	6
<i>Alexandre Simão de Oliveira Cardoso</i>	
O CONCEITO DE REGRA:UMA ANÁLISE CRÍTICA DA OBRA DE FREDERICK SCHAUER	27
<i>Felipe Rodolfo de Carvalho</i>	
RAZÃO TÉCNICA E RAZÃO COMUNICATIVA: AINDA SOBRE O “ROMPIMENTO” DE HABERMAS COM A PRIMEIRA GERAÇÃO DA TEORIA CRÍTICA	44
<i>Jonathas Vinicius Figueiredo Moraes</i>	
REVOLUÇÃO NA <i>TERRA PLANA</i> : CINISMO E TRANSFORMAÇÃO ADIADA.....	69
<i>Gabriel Mota Maldonado</i>	
MANIFESTAÇÕES DE 2013 E A ELEIÇÃO PRESIDENCIAL DE 2018: UMA REVOLUÇÃO QUE NÃO DEU CERTO?	87
<i>Ana Carolina Greco Paes</i>	
A EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO NO BRASIL E NO MUNDO	105
<i>Ana Laura Perozo Bortolo</i> <i>Sérgio Tibirica Amaral</i>	
A FORÇA FORMAL CONSTITUCIONAL DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	133
<i>Lucas Octavio Noya dos Santos</i>	
A JURISDIÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: AS SENTENÇAS E FORÇA NORMATIVA.....	162
<i>Sérgio Tibirica Amaral</i> <i>Ellãn Araújo Silva</i>	
A CAPACIDADE DO INCAPAZ NO DIREITO DE FAMÍLIA.....	190
<i>Jesualdo Eduardo Almeida Junior</i>	

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 24	329 páginas	2019
------------	---------------------	-------	-------------	------

A NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO REAL DE LAJE E O DIREITO DE SUPERFÍCIE: UM INSTITUTO CRIADO PELA LEI 13465/17 ..209

Jacqueline Letícia Stachwski Dalago
Sarah Francine Schiriner

CONCURSO DE PESSOAS EM ACIDENTE DE TRANSITO: UMA PROPOSTA DA ALTERAÇÃO DO LEGISLATIVA231

Letícia Tavares Rodrigues
Douglas Barbosa da Silva
Guilherme Bittencourt Martins

SUBORDINACIÓN DE LA DEMOCRACIA INSTRUMENTAL A LOS DERECHOS HUMANOS254

Alfonso Jaime Martínez Lazcano

LAS ANTINOMIAS DISCIPLINARES EN LA COMPRESIÓN JUDICIAL DE LA PRUEBA EXPERTICIAL ANTROPOLÓGICA287

Jacobo Mérida Cañaverál

LA PROMESA INCUMPLIDA DE LOS DERECHOS SOCIALES300

Talita Garza
Luís Gerardo Rodríguez Lozano

NOTA AO LEITOR

É com grande satisfação que oferecemos aos nossos leitores a 24ª edição da revista INTERTEMAS, que no ano de 2019 comemora 20 anos de existência.

Nessa edição comemorativa, citamos o professor Doutor Sebastião Jorge Chammé, fundador da revista INTERTEMAS, que, versando sobre a mesma, escreveu no ano de 1999 o seguinte: “todos os textos aqui contidos, um a um, estarão revelando ao leitor, a magia que tão bem a linguagem escrita é capaz de revelar”.

Seguimos, inspirados pela lição do Prof. Dr. Chammé, procurando entregar aos leitores artigos que reflitam discussões acadêmicas de qualidade. Todos artigos foram escritos por mestres e/ou doutores, sendo que quatro deles foram acompanhados de discentes orientandos destes pós graduados. A revista INTERTEMAS procura dar voz aos discentes que têm se empenhado em suas pesquisas.

Nesta edição comemorativa, foi dado enfoque à visão crítica do direito, abordada em artigos que tratam sobre a filosofia do direito, direitos humanos e direito civil. Contamos também com três artigos estrangeiros produzidos por pós graduados da Universidade Autônoma do México.

Por fim, buscando ampliar a divulgação e o acesso à pesquisa, esta edição sela a transição das revistas físicas para a plataforma digital como meio de divulgação da revista INTERTEMAS.

Desejamos a todos e todas uma ótima leitura.

A Comissão Editorial

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 24	329 páginas	2019
------------	---------------------	-------	-------------	------

A FORÇA FORMAL CONSTITUCIONAL DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

DOS SANTOS, Lucas Octavio Noya¹

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo dar uma resposta à problemática dos tratados internacionais de direitos humanos que foram ratificados antes da Emenda Constitucional nº 45/2004, na medida em que a Convenção Americana de Direitos Humanos se encontra neste rol de tratados e é objeto de questionamento no Supremo Tribunal Federal nos Embargos de Declaração na ADPF nº 153 e na ADPF nº 320, pendentes de julgamento. O principal questionamento é: qual a hierarquia da Convenção Americana de Direitos Humanos e qual a força normativa das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos? O trabalho se vale de uma construção lógica a partir do método dedutivo, cujas premissas foram construídas por meio da análise de caso, levantamento bibliográfico e dispositivos internacionais pertinentes. Conclui-se que a Convenção Americana de Direitos Humanos tem status de norma formalmente constitucional, e que, portanto, não pode ser denunciada pelo Estado brasileiro, sob pena de se incorrer em vício de inconstitucionalidade.

Palavras-chave: Hierarquia Normativa.; Tratados Internacionais; Fonte Internacional; Norma Constitucional.

ABSTRACT: The objective of this paper is to address the issue of international human rights treaties that were ratified prior to Constitutional Amendment 45/2004, inasmuch as the American Convention on Human Rights is included in this list of treaties and is the subject of questioning in the Federal Supreme Court in the Declaration of Defense in ADPF 153 and in ADPF 320, pending judgment. The main question is: what is the hierarchy of the American Convention on Human Rights and what is the normative force of the decisions of the Inter-American Court of Human Rights? The work uses a logical construction based on the deductive method, whose premises were constructed through case analysis, literature review and relevant international provisions. It is concluded that the American Convention on Human Rights has formally constitutional norm status, and therefore, can not be denounced by the Brazilian State, under penalty of being unconstitutional.

¹ Mestre em ciências jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP, graduado em Direito pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, coordenador de competições nacionais e internacionais e professor de Introdução ao Estudo do Direito na mesma instituição. Parecerista da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Opinião Consultiva nº 25 sobre Asilo Político. Advogado.

Keywords: Normative Hierarchy; International Treaties; International Source; Constitutional Regulation.

1 INTRODUÇÃO

A partir das ondas recentes de nacionalismo na política internacional, começa-se a questionar a relevância das normas internacionais de proteção dos direitos humanos e quais os efeitos do seu descumprimento.

No Supremo Tribunal Federal ainda pendente de pauta está o julgamento dos Embargos de Declaração na ADPF 153, os quais encontram-se apartados na ADPF 320 pela conexão da matéria em julgamento, por decisão do Ministro Relator Luis Fux.

Resumidamente, o que se questiona nas ações constitucionais é: qual a força das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH)? Qual a hierarquia da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) no ordenamento jurídico brasileiro?

Embora o Supremo Tribunal Federal tenha se posicionado no Recurso Extraordinário nº 466.343 quanto à supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, tal posição deverá ser revista em breve, não só pelo fato dos processos aguardando julgamento, como também do atual momento político brasileiro em que se ataca veementemente a cultura da proteção internacional dos direitos humanos no Brasil.

Sendo assim, o objetivo do presente artigo foi abordar, tendo como recorte as correntes filosóficas historicamente dicotômicas do monismo e do dualismo, e perpassando as divisões das mais variadas correntes internacionalistas e constitucionalistas atuais, a força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos, tendo como conjectura a força formal das normas de direitos humanos oriundas de tratados ratificados antes da Emenda Constitucional nº 45 de 2004.

Como método de pesquisa foi utilizado o dedutivo, no qual a construção das premissas perpassou a construção tipológica por meio de análise de caso, levantamento bibliográfico e normativo acerca da temática, consubstanciando numa conclusão lógica.

2. ENTRE MONISMO E DUALISMO

Ainda no início da vida acadêmica, somos convidados a estudar as fontes do direito e suas relações, tendo como pressuposto a tradicional dicotomia fontes formais e materiais. Visão esta que já passa a ser questionada por autores mais recentes.

Sendo assim, o mais apropriado seria uma divisão entre fontes sociais e fontes jurídicas do Direito, as quais contemplam as mais abrangentes *fons et origo*, pressupondo um diálogo entre direito, economia, ciência e técnica, política, moral e religião na construção daquelas fontes tidas como sociais, enquanto que as outras são as oriundas do que se convém denominar “fontes imediatamente disponíveis” (BITTAR, 2018, p. 250-252).

Inobstante as divergências propostas, fato é que o Direito Internacional dos Direitos Humanos, concernente ao ramo do Direito Internacional Público, é incorporado ao Direito nacional e exerce sobre ele verdadeira força normativa, o que, por consequência, impacta nos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, dentre eles, a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH).

Não se pode olvidar que a questão da cultura em direitos humanos influencia sobremaneira a compreensão da força vinculante dos tratados internacionais dessa natureza. Pautada na dicotomia relativismo-universalismo, Flávia Piovesan (2014, p. 50) aduz:

Para os relativistas, a noção de direitos está estritamente relacionada ao sistema político, econômico, cultural, social e moral vigente em determinada sociedade. Cada cultura possui seu próprio discurso acerca dos direitos fundamentais, que está relacionado às específicas circunstâncias culturais e históricas de cada sociedade. Não há moral universal, já que a história do mundo é a história de uma pluralidade de culturas.

Posicionamento rechaçado pelos universalistas (PIOVESAN, 2014, p. 51) na medida em que se atribui a esta relativização cultural um meio de camuflar diversas violações de Direitos Humanos.

Sem aprofundar nesta discussão, visto que não é o propósito do trabalho, na perspectiva puramente normativa de Norberto Bobbio, o qual contrapõe Santi Romano (2008) em sua teoria do ordenamento, quando aquele explica a relação de equivalência da eficácia da proposição prescritiva com a sanção, se verifica a existência de uma profunda relação com a eficácia simbólica de uma condenação da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), órgão máximo de aplicação da CADH.

Antes mesmo, contudo, de localizar a hierarquia normativa da CADH, é necessário elucidar a divisão histórica atinente à relação entre direito internacional e direito interno: o dualismo e o monismo.

O primeiro autor que se utilizou da expressão “dualismo” foi Alfred Von Verdross e, posteriormente, Karl Heinrich Triepel se tornou o grande expoente da teoria dualista, ao reconstruir o fenômeno da mencionada relação normativa a partir de elementos específicos. São eles: (i) a vontade; (ii) a relação das regras de direito interno e direito internacional; (iii) as fontes das quais emanam cada um dos ordenamentos.

Triepel elenca a vontade como fonte normativa do direito em oposição às relações sociais, fazendo com que se divida o direito em razão de sua fonte particular da qual é emanado, possuindo, por conseguinte, objetivos diversos.

Já nas primeiras páginas é possível verificar que Triepel (1966, p. 14) considera como direito o aspecto normativo e reconhecendo como direito interno todas as normas que regem as relações sociais em uma comunidade nacional, analisando normas estatais, que, por sua vez, se dirigem a regular, a um, as relações entre seus jurisdicionados de modo horizontalizado ou, a dois, as relações dos jurisdicionados consigo mesmo, de modo verticalizado (TRIEPEL, 1966, p. 15-16).

Sob outro prisma, as normas de direito internacional público — e aqui o autor excepciona o direito internacional privado — se destinam a regulamentar outras relações de natureza absolutamente distinta, que regem relações horizontais entre Estados.

Há aqueles que defendem o monismo nacionalista, tese cunhada por Moser e que tem como premissa teórica o estatalismo hegeliano (CASSESE, 2005, p. 213)

Embora Verdross (2013, p. 20) defende a teoria monista do direito, sustentando ser impossível tratar direito internacional e direito interno de forma distinta, assim como Kelsen (2010, p. 138), que desconstrói a visão de sobreposição do direito nacional ao direito internacional dando uma perspectiva hermenêutica ao ponto controverso e já inicia sua fundamentação partindo do pressuposto de que se trata de uma análise estatalista do direito, atribuindo-se como fonte o Estado (KELSEN, 2010, p. 147).

Com base no ensinamento kelseniano, um Estado só pode ser vinculado por uma norma internacional da qual consentiu, dando-se margem à aplicação do reconhecido princípio *pacta sunt servanda*.

Existem incalculáveis argumentos para ambos os lados, porém, as correntes filosóficas monistas e dualistas devem ser observadas sob a perspectiva do novo rumo do Direito Internacional, a internacionalização dos direitos humanos.

Analisando pelo trabalho de Valério Mazzuoli (2011, p. 811), a chamada “gênese” dos Direitos Humanos em perspectiva internacional se dá com o processo de paz, que culminou no Tratado de Paz de Vestefália, em 1648, embora importante mencionar a existência de divergência doutrinária, havendo quem defenda que há uma distorção nesta visão da origem do processo de construção do Estado moderno pela corrente vestefaliana (MOITA, 2012, p. 19).

Registre-se também a ressalva necessária concernente à origem dos outros ramos do direito internacional dos Direitos Humanos, como é o caso do direito humanitário, por exemplo, e seu primeiro fragmento histórico consolidado, como é o caso da Declaração de São Petersburgo de 1868 (HENCKAERTS, 2005, p. 176; DEYRA, 2001, p. 20). É em meio ao contexto pós segunda guerra mundial no qual se afluía a necessidade da internacionalização das garantias e proteção dos Direitos Humanos, entretanto, que surge a Carta das Nações Unidas de 1945 e ocorre a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948

(MAZZUOLI, 2011, p. 814-815), instrumentos esses que integram o Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos (SGDH ou SUDH).

Neste diapasão, é criado o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) por meio da assinatura da Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA) de 1948, da qual o Brasil fez parte, ocasião em que se criava também a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), a qual dispõe de qualquer medida para efetivar direitos humanos (BROWNLIE, 2008, p. 556).

De outro lado, ainda em uma perspectiva histórica, embora o SIDH tenha sido criado em 1948, com assinatura da Carta da OEA, foi apenas em 1969 que houve a criação da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), que é o órgão definitivo de competência contenciosa do âmbito interamericano, e, embora seja uma transformação evolutiva muito significativa junto ao próprio SIDH, reconhecemos que elaboração do Pacto de San José da Costa Rica — também chamado de Convenção Americana de Direitos Humanos, doravante CADH, instrumento este que deu origem à Corte IDH — acabou por desaguar na criação de duas classes distintas de Estados pertencentes ao SIDH: a um, aqueles que ratificaram a Carta da OEA, e que, portanto, se submetem ao crivo da CIDH, e, a dois, aqueles que ratificaram a Carta da OEA e a CADH, submetendo-se ao crivo da CIDH e da Corte IDH.

No tocante à regulamentação da Corte IDH e da CIDH, os seus Estatutos foram aprovados pela Assembleia Geral da OEA em La Paz, Bolívia, em outubro de 1979. Porém, no ano de 2003, foi aprovado um novo documento, o Regulamento da Corte IDH versando sobre as normas de procedimento interno e, em 2009, que o Regulamento da CIDH trouxe o louvável artigo 23² que inclui qualquer pessoa ou grupo de pessoa no rol de legitimados para apresentar petições ao SIDH.

²Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização pode apresentar à Comissão petições em seu próprio nome ou no de terceiras pessoas, sobre supostas violações dos direitos humanos reconhecidos, conforme o caso, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos "Pacto de San José da Costa Rica", no Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais "Protocolo de San Salvador", no Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte, na Convenção Interamericana

3 O ORDENAMENTO BRASILEIRO E A CADH

Durante o governo de Getúlio Vargas, o Brasil assina a Carta da OEA em 1948, entrando para a história como um membro fundador da mencionada organização internacional, de modo que apenas com o Decreto nº 30.544, promulgado em 14 de fevereiro de 1952, houve a ratificação do tratado internacional. A importância da Carta da OEA se deve ao fato de que este tratado deu início ao SIDH, criando a CIDH em seu art. 106 e estabelecendo a sua competência consultiva.

Foi com o advento do Pacto de San José da Costa Rica de 1969, a CADH, que se deu a origem da Corte IDH, estabelecendo sua competência contenciosa e consultiva. Tal documento foi assinado pelo Brasil na data de sua celebração e ratificado apenas em 1992. Porém, a ratificação da competência contenciosa da Corte IDH pelo Brasil se deu em 10 de dezembro de 1998.

A grande discussão que surge entorno da integração das normas da CADH ao ordenamento jurídico brasileiro se deve ao fato de que, até os dias 30 de dezembro de 2004, a Constituição Federal contava com apenas dois parágrafos em seu artigo 5º, sendo que o § 2º foi — e, como será tratado mais adiante, para parte da doutrina ainda o é — o fundamento mais retumbante do status constitucional das normas da CADH, enquanto que, após o advento da Emenda Constitucional nº 45/04, o conflito que parecia solucionado tomou outras proporções igualmente tormentosas.

Nos dizeres de Flávia Piovesan (2013, p. 116):

Propõe-se, nesse sentido, uma nova classificação dos 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

para Prevenir e Punir a Tortura, na Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, e na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em conformidade com as respectivas disposições e com as do Estatuto da Comissão e do presente Regulamento. O peticionário poderá designar, na própria petição ou em outro instrumento por escrito, um advogado ou outra pessoa para representá-lo perante a Comissão. (grifo nosso)

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 decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição).

Neste interim, podemos verificar que os tratados internacionais que versam sobre os direitos e garantias fundamentais aos quais se alinha o terceiro fundamento da república, bem como a regência disciplinar internacional do Estado brasileiro tal qual determina o artigo 4º, inciso II da Constituição Federal, teriam tratamento equiparado ao que é dispensado às normas dispostas no artigo 5º da CF/88, o que é seguido por Valério Mazzuoli (2011, p. 819-820).

Mesmo após o advento da EC/45, a doutrina internacionalista ainda defende o status constitucional atribuído às normas de Direitos Humanos fundamentando-se principalmente na norma descrita no § 2º da CF/88, de modo que temos um verdadeiro olhar caleidoscópico sobre os tratados de Direitos Humanos que podem ser reagrupados da seguinte forma: a) tratados de Direitos Humanos anteriores à EC/ 45; b) tratados de Direitos Humanos posteriores à EC/45 aprovados com requisitos para equiparação à EC; e c) tratados de Direitos Humanos posteriores à EC/45 aprovados sem requisitos para equiparação à EC. Em outras palavras, se o propósito do §3º do art. 5º da CF/88 era de pacificar a discussão sobre a hierarquia das normas internacionais, tal instituto foi tão eficiente quanto um tiro n'água. Inclusive, a doutrina internacionalista (MAZZUOLI, 2011, p. 825; CANÇADO TRINDADE, 2007, p. 209) critica a redação do mencionado dispositivo constitucional.

Como forma de fundamentar o seu argumento de atribuir status constitucional aos tratados internacionais de Direitos Humanos, a crítica ao dispositivo constitucional do § 3º do art. 5º da CF/88 — e isto como exercício hipotético — leva ao questionamento se atribuir-se-ia, com a aprovação de referida EC/45, um rebaixamento do status das normas convencionais. Além de tratar-se de um retrocesso entender dessa forma, também seria uma interpretação inconstitucional, em razão do que dispõe o § 4º, inciso IV do art. 60 da CF/88, de modo que nos alinhando ao entendimento de Valério Mazzuoli, Flávia Piovesan e Augusto Cançado Trindade a nos posicionar de modo que

não se trata de redução do status das normas dos tratados internacionais de Direitos Humanos.

Han pasado monarquías teocráticas y constitucionales, oligarquías, tiranías, fascismo, apartheid, entre otras más, pero la forma de gobierno más aceptada y legítima de gobernar es la basada en el sistema democrático.

4 A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45 DE 2004

Em seus escritos, Valério Mazzuoli faz a construção a partir de vários fundamentos que culminam no entendimento pelo status constitucional dos tratados de Direitos Humanos. E isto, como ele próprio afirma (MAZZUOLI, 2011, p. 821) sempre ocorreu em detrimento do art. 5º, § 2º da CF/88, o que nos leva a crer que se aplicam a todos os tratados anteriores à EC/45. Desde suas primeiras obras (MAZZUOLI, 2001, p. 30-31) é possível se notar uma distinção bem clara entre os tratados internacionais que versam sobre Direitos Humanos e os demais tratados. E, como já mencionado anteriormente, embora esse entendimento tenha se dado anteriormente à EC/45 e ao julgamento do RE 466.343-1-SP, Mazzuoli mantém firme a posição de que os tratados internacionais de Direitos Humanos integram o sistema jurídico como status de norma constitucional.

O aspecto inicial observável é de que tal autor evidencia com muita clareza que é natural de determinados tratados internacionais que se haja uma exigência de adequação do ordenamento interno ao pactado perante outro estado, de modo que a obstaculizar o cumprimento de determinada obrigação internacional contraída sob o argumento de impedimento constitucional seria uma violação, em última análise, do princípio do *pacta sunt servanda*, norteador do direito internacional como um todo.

Seguindo com as assertivas de Valério Mazzuoli (2011, p. 822), também é possível verificar que o §2º do art. 5º da CF/88 possui um caráter eminentemente aberto, na medida em que, segundo sua redação, extrai-se a existência de (i) direitos e garantias expressos na CF, constantes ou não do art. 5º, (ii) direitos e garantias implícitos decorrentes do próprio regime e dos

princípios adotados na Constituição e (iii) os direitos e garantias advindos de tratados internacionais de Direitos Humanos do qual o Brasil seja parte.

Ressalta-se que todas essas modalidades são protegidas pelo art. 60, § 4º, inciso IV da CF/88 uma vez que, no tocante aos tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados antes da EC nº 45/04, estes foram ratificados seguindo todos os procedimentos previstos na lei vigente, tornando-se um ato jurídico perfeito e acabado (MAZZUOLI, 2001, p. 240).

Outro ponto a ser considerado é de que ainda que não seja por se tratarem de tratados internacionais, observar-se-ia que no próprio regime adotado também se verifica o status constitucional, conforme dispõe o art. 4º, inciso II da CF/88, que, por sua vez, faz menção expressa à regência internacional pela prevalência dos Direitos Humanos (MAZZUOLI, 2004, p. 358-359).

No mesmo sentido, segue Cançado Trindade (2003, p. 512-513) quando afirma que a intenção do legislador constituinte ao positivar o disposto no art. 5º, §2º era de se alinhar com a constante transformação pela qual passaram os estados latino-americanos quebrando suas barreiras internas e transpondo o direito internacional dos Direitos Humanos em sua essência fundamental aos preceitos constitucionais³. Em outras palavras, o autor também segue a linha de que se integram ao rol de direitos e garantias constitucionais aqueles dispostos em tratados internacionais de Direitos Humanos.

O entendimento de Flávia Piovesan (2013, p. 117-119) vai ao encontro do que expõe Cançado Trindade e Valério Mazzuoli ao concordar que os tratados de Direitos Humanos encontram respaldo constitucional no art. 5º, §2º da CF/88. Acrescenta, ainda, que os tratados internacionais de uma maneira geral recebem status de norma supralegal em razão do disposto no art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados que proíbe a alegação de matéria de direito interno como escusa para cumprimento das normas convencionais.

³ Antonio Augusto Cançado Trindade traz a real intenção do legislador constitucional, já que referido autor foi quem propôs a inserção do art. 5º, §2º da CF em audiência pública da Assembleia Constituinte em 20 de abril de 1987.

Seguindo nesta linha de raciocínio, obter-se-ia a conclusão de que, ora, se todos os tratados internacionais já possuem status de norma supralegal por natureza, é evidente que os tratados de Direitos Humanos mencionados no dispositivo do art. 5º, §2º da CF/88 possuem caráter diferenciado e, portanto, status hierárquico mais elevado que os demais tratados que não versam sobre Direitos Humanos, razão pela qual se conclui pelo status constitucional de referidas normas internacionais.

Outro ponto acrescentado por Flávia Piovesan e que merece destaque é de que as normas constitucionais possuem um propósito de no texto magno constarem (2013, p. 117). Basta se verificar que no art. 153, § 36 da Constituição Federal de 1967, embora houvesse similitude com o texto constitucional atual, não se fazia referência alguma às normas internacionais de Direitos Humanos, de modo que tais normas hoje assim existem para conferir às referidas normas seu status hierárquico constitucional.

Baseado nessa amplitude protetiva dos direitos expressos nos tratados de Direitos Humanos, Valério Mazzuoli e Luiz Flávio Gomes (2010, p. 150-151) verificam embasamento suficiente para defenderem a supraconstitucionalidade de determinados tratados, os chamados tratados internacionais centrífugos. Em contrapartida, os tratados centrípetos, por sua vez, possuem status de norma constitucional.

Em outras palavras, os tratados internacionais que versam sobre obrigação a ser adotada internamente ou acarretam sanção em nível regional, possuem natureza de norma constitucional. Já os tratados que evidenciam uma obrigação além dos limites regionais em assertiva com a jurisdição global, possuem status de norma supraconstitucional (MAZZUOLI, 2010, p. 152-153).

De outra ponta, antes do julgamento do RE 466.343-1-SP, vigorava o entendimento jurisprudencial — embora houvesse algumas exceções — de que os tratados de Direitos Humanos possuíam natureza de norma ordinária, equiparados às demais leis infraconstitucionais do ordenamento jurídico.

O próprio STF, em julgamento da ADI 1480-3, reconheceu a tendência latino-americana em consagrar status de norma constitucional os tratados internacionais de Direitos Humanos. Porém, em seu voto, afirmou o Ministro Celso de Mello:

Tal, porém, não ocorre no Brasil, seja por efeito de ausência de previsão constitucional, seja em virtude de orientação firmada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, por mais de uma vez, reconheceu – como precedentemente assinalado – que os atos internacionais situam-se, após sua formal incorporação ao sistema positivo doméstico, no mesmo plano de autoridade e de eficácia das leis internas.

É o mesmo entendimento que se extraia do julgamento do RE 109.173-SP quando aplicado aos tratados internacionais como um todo. Dizia o ministro Carlos Madeira: “Hierarquicamente, tratado e lei situam-se abaixo da Constituição Federal. Consagrar-se que um tratado deve ser respeitado, mesmo que colida com o texto constitucional, é imprimir-lhe situação superior à própria Carta Política.”

Desta feita, não é uma afirmação congruente com o arcabouço jurídico existente à época, evidenciando um crasso erro de julgamento por parte do então ministro Celso de Mello e que, neste contexto, nos dá um panorama geral de como a jurisprudência refletia — se é que ainda não mudou — a tendência monista nacionalista em um passado próximo.

Existem aqueles que ainda defendem, inclusive, o afastamento de normas internacionais que contradigam a Constituição, como é o caso de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2014, p. 32).

Um argumento utilizado pelo ex-ministro José Carlos Moreira Alves para a atribuição de status de lei ordinária aos tratados internacionais de Direitos Humanos é que o §2º do art. 5º da CF/88 versa sobre os tratados ratificados antes do advento da Constituição Federal. Porém, tal entendimento não encontra respaldo jurídico algum na Constituição (MAZZUOLI, 2001, p. 11).

Isto posto, também é de se destacar que, em uma análise topográfica, o § 2º do art. 5º da CF/88 encontra-se no capítulo dos direitos e garantias fundamentais. A prevalecer o argumento de que o dispositivo se refere aos tratados anteriores à CF/88, estar-se-ia atribuindo à norma característica de disposição transitória. Com muita propriedade Valério Mazzuoli rejeita referido argumento.

Outro ponto que se pode adicionar, nesse aspecto, é de que o mesmo dispositivo constitucional igualmente se refere a outros direitos e garantias que estão implícitos no art. 5º ou também constantes nos demais regramentos da Constituição Federal, como é o caso, *e.g.*, dos direitos sociais previstos no art. 7º. Ora, estariam os direitos implícitos destacados e, portanto, não integrantes do rol de cláusulas pétreas do artigo 5º? Não cremos ser esta a melhor interpretação dada ao dispositivo quando analisada em um contexto sistêmico de garantias exposto no texto constitucional de 1988.

No mais, a abertura do regime democrático a partir da Constituição Federal de 1988 veio no intento de garantir a máxima proteção aos Direitos Humanos que, em não menos de 10 (dez) anos antes, eram tidos como inexistentes diante do período sombrio pelo qual passava o Brasil à época. Seguir por esta linha — que confere aos Direitos Humanos advindos de tratados internacionais ratificados antes da EC/45 status de norma ordinária — seria, como a própria tese sugere, o mesmo que atribuir aos conflitos entre as normas advindas das convenções internacionais a resolução pela regra básica da posterioridade (lei posterior revoga lei anterior), da especialidade (lei especial revoga lei geral) ou da hierarquia (lei superior revoga lei inferior).

Ora, a prevalecer este entendimento, poderia uma lei ordinária revogar disposição de tratado internacional que garante um direito humano não previsto como norma constitucional, o que atentaria contra os princípios da vedação ao retrocesso e da proteção mais benéfica ao ser humano que — e tal assunto será tratado oportunamente — são critérios de solução dos aparentes conflitos entre norma de tratado internacional de Direitos Humanos e norma de direito interno.

Por fim, existem também aqueles que defendem que os tratados internacionais de Direitos Humanos recebem status de norma supraconstitucional, como é o caso de Francisco Mattosinho (2016), Bidart Campos (1989, p. 362) e Augustín Gordillo (2007, p. 52).

Mattosinho (2016, p. 89-95) faz um apanhado sobre os aspectos do neoconstitucionalismo e perpassa a análise jurisprudencial e sua transformação ao longo da história até o julgamento do RE 466.343-1-SP em

2008, trazendo a tendência dos tribunais brasileiros em adotar de forma mais aberta os preceitos trazidos pelos tratados internacionais.

O ponto de convergência se pauta no definhamento crescente daquela visão positivista pura defendida por Kelsen e a definição da norma pelo seu conteúdo formal e seu processo de produção, o que, por lógica, se traduz como uma adoção ao movimento do neoconstitucionalismo.

No mais, razão assiste à posição de Valério Mazzuoli (2014), Flávia Piovesan (2013) e Cançado Trindade (2003) quando atribuem aos tratados internacionais de proteção dos Direitos Humanos *status* de norma constitucional, na medida em que se depreende da melhor interpretação do §2º do artigo 5º da Constituição Federal.

Analisando por todo um contexto hermenêutico que se propuseram a estudar autores internacionalistas até então utilizados, não queremos crer que tenha sido intenção do constituinte de 1988 atribuir aos tratados internacionais de Direitos Humanos *status* diferente das normas constitucionais.

Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 95) segue neste mesmo sentido, e de acordo com o que defendemos até então. Veja-se:

À luz dos argumentos esgrimidos, verifica-se que a tese da equiparação (por força do disposto no art. 5º, § 2º, da CF) entre os direitos fundamentais localizados em tratados internacionais e os sediados na Constituição formal é a que mais se harmoniza com a especial dignidade jurídica e axiológica dos direitos fundamentais na ordem jurídica interna e internacional, constituindo, ademais, pressuposto indispensável à construção e consolidação de um autêntico direito constitucional internacional dos direitos humanos, resultado da interpenetração cada vez maior entre os direitos fundamentais constitucionais e os direitos humanos dos instrumentos jurídicos internacionais. No mínimo, contudo, para preservar sua condição específica de direitos materialmente fundamentais e não remetê-los a um plano idêntico às leis ordinárias, há que admitir (a exemplo do que entende a doutrina majoritária em Portugal, não obstante sucumbente entre nós) sua supremacia com relação ao direito interno infraconstitucional.

Ainda no que concerne à força jurídica dos direitos fundamentais extraídos dos tratados internacionais, impende considerar que, em se aderindo à tese da paridade com os demais direitos fundamentais da

Constituição, incide também o princípio da aplicabilidade direta destas normas pelos poderes públicos nacionais (art. 5º, § 1º, da CF). Além disso, é de cogitar-se da sujeição destes direitos fundamentais de matriz internacional à proteção das assim denominadas "cláusulas pétreas" de nossa Constituição, posição esta que já havíamos sustentado em outra ocasião e que também encontra respaldo na mais recente doutrina.

Deste modo, em consonância com todo o arcabouço doutrinário, tem-se por certo que os tratados internacionais de Direitos Humanos possuem status hierárquico equiparado ao das normas constitucionais.

A partir desta construção, surge uma questão um pouco mais específica que, se não sanada, pode provocar comprometimentos insanáveis na estrutura do presente trabalho. Trata-se da chamada recepção material dos tratados à EC/45.

O principal questionamento que se faz é: se a EC/45 passou a definir como normas constitucionais apenas aquelas advindas de tratados internacionais de Direitos Humanos que forem aprovadas com quórum de 3/5 em cada uma das quatro votações no Congresso Nacional, aplicar status de norma constitucional aos tratados anteriores seria supressão de quórum, haja vista que, conforme os próprios dados do Ministério das Relações Exteriores, em conjunto com a Secretaria de Direitos Humanos, e também da Câmara dos Deputados, somente a Convenção de Nova York sobre Pessoas com Deficiência e seu protocolo adicional foram aprovados com quórum exigido pela regra do § 3º do artigo 5º da CF/88?

Não há que se falar em supressão de quórum na medida em que se aceita que as normas já estariam integradas materialmente à Constituição por força do § 2º da CF/88. A posição contrária é que, em si mesmo, seria uma afronta à Constituição Federal. Basta evidenciar que, atribuir à norma anterior à EC/45 status inferior em razão de um limite meramente formal seria reduzir uma norma constitucional à status de lei ordinária ou, na tese do STF, status de lei supralegal.

Ademais, o próprio Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 98) expõe que, embora se aparente questionável esta tese por conta do aspecto da incorporação formal,

Tal entendimento somente se revela como sustentável – considerando a incompatibilidade total de rito dos Decretos Legislativos e das Emendas Constitucionais – em sendo o caso de se aderir aos argumentos dos que, mesmo antes da EC 45/04, já vinham – consoante já referido no item precedente – defendendo a condição de direitos fundamentais em sentido material, dotados, portanto, de hierarquia constitucional, mas sem integrarem o direito constitucional em sentido formal, que é precisamente a posição também por nós sustentada.

Assim, é imperioso ressaltar nossa posição no sentido de que todas as normas internacionais de Direitos Humanos ratificadas antes da vigência da EC/45 possuem status de norma constitucional e, inclusive, com aplicabilidade imediata.

5 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 466.343-1-SP

Analisar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal é relevante à presente pesquisa, na medida em que o julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343-1-SP tornou-se paradigma para casos semelhantes julgados pelas instâncias inferiores. De toda sorte, constitui um fragmento relevante para a construção da premissa básica.

Em pleno regime militar, o Presidente Humberto Alencar Castelo Branco sanciona a lei nº 4728/65, que previa em seu texto preambular a disciplina do mercado de capitais e estabelecimento de medidas para o seu desenvolvimento.

Dentre outras disposições, o § 10 do artigo 66 estabelecia que o depositário infiel responderia nas penas do art. 171, § 2º, inciso I do Código Penal⁴, instituindo, assim a prisão civil a qual sofreu alteração com a edição do Decreto-lei nº 911 de 1965, que apenas transferiu o texto do referido § 10 para o § 8º, mantendo-se, contudo, a redação do dispositivo intacta.

Todos esses instrumentos normativos que possibilitavam o pedido de prisão por dívida foram editados sob a égide do art. 153, § 17 da

⁴ O devedor que alienar, ou der em garantia a terceiros, coisa que já alienara fiduciariamente em garantia, ficará sujeito à pena prevista no art. 171, § 2º, inciso I, do Código Penal.

Constituição Federal de 1969⁵ e que se mantiveram com o advento da redação do art. 5º, inciso LXVII da Constituição Federal⁶ de 1988, o que, ao menos, legitima a dúvida da recepção de mencionado instituto.

Em sede de lei ordinária, havia o então Código Civil de 1916, em cujo artigo 1.287 se disciplinava a matéria⁷, assim como o Código de Processo Civil de 1973 também regulamentava o instituto no parágrafo único do artigo 904⁸. A redação do artigo 1.287 foi reprisada no artigo 652 do vigente Código Civil.

No Recurso Extraordinário, que teve relatoria do então Ministro Cezar Peluso, o Banco do Bradesco, então recorrente, intentava a prisão civil em razão de bem dado em garantia fiduciária, buscando-se para tanto a equiparação dos contratos.

O Ministro Cezar Peluso iniciou seu voto alertando para o caráter excepcionalíssimo da prisão civil por depositário infiel, que era um instituto inexistente na Constituição Federal de 1936, a primeira a garantir textualmente a impossibilidade de prisão civil, haja vista o seu caráter invasor da liberdade individual, por mais que se garantisse por meio dela a boa-fé contratual e sua boa execução.

Em meio à discussão, o então ministro não se atentou para a aplicação ou não do Pacto de San José da Costa Rica, negando provimento ao Recurso Extraordinário fundando-se única e exclusivamente na distinção entre contrato de depósito e a garantia fiduciária, que era o caso, e dando interpretação restritiva ao instituto em razão de não se tratar de entendimento

⁵Art. 153 civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar, **na forma da lei**. (grifo nosso).

⁶ Art. 5,LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

Verifica-se deste dispositivo que o legislador constituinte retirou a expressão “na forma da lei” da redação, o que representa uma mudança atenciosa no texto constitucional com um efeito proporcional muito maior, como veremos adiante.

⁷ Art. 1.287. Seja voluntário ou necessário o depósito, o depositário, que o não restituir, quando exigido, será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e a ressarcir os prejuízos (art. 1.273).

⁸ Art. 904, Parágrafo único. Não sendo cumprido o mandado, o juiz decretará a prisão do depositário infiel.

condizente com os princípios constitucionais de proteção da liberdade individual.

Devemos lembrar que o Pacto de San José da Costa Rica — ratificado em 1992 — prevê a proibição da prisão civil por dívida nos casos de violação do contrato por parte do fiel depositário em seu artigo 7.7⁹.

Num outro diapasão, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos — ratificado também em 1992 — prevê uma norma muito mais abrangente, em seu artigo 11¹⁰, no concernente a proteção dos Direitos Humanos, e restritiva à prisão civil, vedando sua incidência em qualquer hipótese de descumprimento contratual.

Já o ministro Gilmar Mendes foi quem suscitou o grande debate acerca da hierarquia que deve ser aplicada aos tratados internacionais de proteção dos Direitos Humanos, levantando todas as hipóteses mencionadas no item 2.5.1. com o acréscimo da teoria da supralegalidade, ou seja, de que referidos tratados estariam acima das leis ordinárias e, porém, abaixo da Constituição Federal. Tal teoria foi, segundo o Ministro, extraída do texto constitucional alemão.

Ao iniciar seu voto, o Ministro rechaça toda teoria que entende pela supraconstitucionalidade dos tratados de Direitos Humanos fundando-se no rigor constitucional atribuído ao processo de reforma constitucional, dificultando, desta forma, a compreensão de normas que interagissem de maneira sobreposta aos ditames constitucionais.

Complementando as teses defendidas por Flávia Piovesan, Valério Mazzuoli e Augusto Cançado Trindade, esboçadas anteriormente, o Ministro elucida o artigo 75.22 da Constituição argentina, a qual prevê a hierarquia constitucional dos tratados de Direitos Humanos.

Em resumo, Gilmar Mendes inaugura o posicionamento de que o STF precisa revisar sua jurisprudência que anteriormente conferia status de lei ordinária — e o faz com base na doutrina que aponta para a tendência

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

¹⁰ Artigo 11 — Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual.

constitucional latino-americana em se alinhar aos organismos supranacionais de proteção dos Direitos Humanos — conferindo, portanto, status supralegal às normas de proteção dos Direitos Humanos advindas de tratados internacionais.

Ao final de seu voto, o Ministro acaba por enfatizar que nem o Pacto de San José da Costa Rica, e nem o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, revogaram a disposição do art. 5º, inciso LXVII, mas atacaram a aplicabilidade das disposições infraconstitucionais que com eles conflitam (2006, p. 1161).

Após a explanação do voto do Ministro Gilmar Mendes, pouco acrescentaram os Ministros Carmem Lúcia e Ricardo Lewandowski acompanhando o voto do relator e também, diga-se, a proposição de Gilmar Mendes sobre a supralegalidade dos tratados internacionais de Direitos Humanos.

Embora também seguisse o entendimento dominante, o então Ministro Joaquim Barbosa quase deu um passo adiante na aplicação do princípio *pro homine*. Porém, tal tese ficou para *obiter dictum*. Segundo o Ministro (2006, p. 1201):

Para mim, porém, o essencial é que a primazia conferida em nosso sistema constitucional à proteção à dignidade da pessoa humana faz com que, na hipótese de eventual conflito entre regras domésticas e normas emergentes de tratados internacionais, a prevalência, sem sombra de dúvidas, há de ser outorgada à norma mais favorável ao indivíduo. (grifo nosso)

O então Ministro Carlos Aires Britto e o Ministro Marco Aurélio Mello seguiram os votos anteriores formando-se a maioria necessária ao entendimento vencedor pela supralegalidade. Porém, como o Ministro Celso de Mello apresentou pedido de vista, o julgamento foi então sobrestado, vindo a ser novamente reaberto apenas em 12 de março de 2008.

Ao apresentar seu voto-vista, o Ministro Celso de Mello de maneira surpreendente revisou seu próprio entendimento para seguir a tese de Flávia Piovesan e Francisco Rezek (2011) sobre dando status de norma constitucional aos tratados de Direitos Humanos, ocasião em que o então

Ministro Cezar Peluso, o qual não havia se manifestado sobre o status hierárquico dos tratados de Direitos Humanos, passou a acompanhar o Ministro Gilmar Mendes.

Após mais um pedido de vista que sobrestou o feito advindo agora do então Ministro Menezes Direito, o caso tornou a ser reaberto em 03 de dezembro de 2008, ocasião em que se confirmou o entendimento do Ministro Teori Zavascki negando provimento ao Recurso Extraordinário.

Como assentou o Ministro Gilmar Mendes em sua explanação final, verificado o assentamento da tese da supralegalidade dos tratados de Direitos Humanos, tratou-se de uma decisão histórica a qual, conforme análise de Mattosinho (2016, p. 99), elevou o status hierárquico dos tratados de Direitos Humanos, os quais vinham sendo aplicados apenas como mera lei ordinária.

Visto que esse julgamento gerou várias controvérsias na doutrina, e Valério Mazzuoli já apontava para tal imbróglio jurídico antes mesmo da vigência da EC/45 (2001, p. 222), é necessário tecermos algumas considerações acerca do seu real sentido e efeito no ordenamento jurídico brasileiro.

O que vinculou o próprio Supremo Tribunal Federal, além das demais instâncias do Poder Judiciário, foi o fundamento da supralegalidade dos tratados internacionais de Direitos Humanos — especificamente o Pacto de San José da Costa Rica e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos — e, por conseguinte, a perda da eficácia das normas regulamentadoras da prisão civil do depositário infiel (MAZZUOLI; GOMES, 2010, p. 106).

Desta feita, podemos reconhecer que, ao menos, a tese vencedora foi da prevalência do direito internacional dos Direitos Humanos sobre o direito interno em sede de legislação ordinária, revogando aquele a eficácia deste em razão de quebrar a aplicabilidade constitucional da norma que institui a prisão civil por depositário infiel.

Outro aspecto que não se deve esquecer é que a súmula vinculante nº 25, aprovada em sessão plenária do dia 16 de dezembro de 2009 e publicada no diário oficial da união no dia 23 de dezembro de 2009, traz expressamente em seu texto que a prisão civil por depositário infiel é ilícita,

não inconstitucional¹¹, uma vez que viola tratado internacional, mas não a Constituição expressamente.

Ora, a prevalecer a tese de que a hierarquia dos tratados não foi a questão central da discussão que culminou no desprovimento do recurso extraordinário nº 466.343-1-SP, deveria se ter dado outra redação a referida súmula, ressaltando a inconstitucionalidade de sua interpretação, haja vista que o contrato de depósito seria diferente do contrato de garantia fiduciária. Não foi o que o Supremo Tribunal Federal disse. Portanto, o ponto central para a resolução da lide foi, e ainda o é, a hierarquia dos tratados internacionais de Direitos Humanos, aos quais se dá status de norma supralegal.

Contudo, há um aspecto que não fecha nesse sistema suscitado pelo Supremo Tribunal Federal e passamos a trabalhar com esta perspectiva.

Ao construir sua noção de eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, Ingo Wolfgang Sarlet acaba por incorporar sentido mais profundo à tese defendida por José Afonso da Silva. Diz o autor que:

Com efeito, partimos da premissa de que eficácia e aplicabilidade são noções conexas, como (em simplificada comparação) as duas faces de uma mesma moeda, não sendo possível falar de norma eficaz e destituída de aplicabilidade, o que não quer dizer que, em sendo aplicável, venha a ser aplicada ou mesmo a forma como se dará a aplicação, se direta ou indireta. De tal sorte, sempre que fizermos referência ao termo "eficácia jurídica", o faremos abrangendo a noção de aplicabilidade que lhe é inerente e dele não pode ser dissociada, ainda que não exista uma identidade entre ambas as noções. Mais próximos, talvez, de José Afonso da Silva (quanto a este aspecto), consideramos que uma norma eficaz é sempre aplicável, mas poderá não ser aplicada, portanto, poderá não alcançar eficácia social ou efetividade, o que já nos remete a outra distinção cada vez mais polemizada (SARLET, 2012, p. 214).

Podemos extrair desta afirmativa que — e até mesmo comungando com a defesa de José Afonso da Silva (2008) — toda norma que possui

¹¹ Súmula Vinculante 25 — É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

aplicabilidade possui também eficácia, porém, nem toda norma que possui eficácia é também aplicável.

Neste íterim, a discussão que se travava acerca da aplicabilidade imediata dos tratados internacionais de Direitos Humanos toma outro rumo, dando maior proporção ao argumento daqueles que defendem a incidência instantânea das normas internacionais ratificadas anteriormente à EC/45.

Isto posto, voltamo-nos para a redação do inciso LXVII do artigo 5º da CF/88 quando este diz expressamente que é vedada a prisão civil por dívida, salvo nos casos de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

Valério Mazzuoli (2001, p. 220) dava a seguinte resposta ao problema:

O raciocínio é simples: sendo a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) norma de caráter geral, capaz somente de revogar normas de caráter também geral, é de se entender, sem muito esforço que, sendo o Código Civil e Código de Processo Civil leis “gerais”, tanto o disposto no art. 1.287 do primeiro diploma, quanto os arts. 902, § 1.^o¹², e 904, parágrafo único, do Diploma Processual, reputam-se derogados pelo referido Pacto que a eles sobreveio.

A lógica do RE 466.343, leva em consideração duas asserções básicas: a uma, a norma do artigo 5º, inciso LXVII da CF/88 possui eficácia limitada e, a duas, a posição hierárquica dos pactos de Direitos Humanos é supralegal e, portanto, reduz a aplicabilidade das normas que com ele se conflitam.

Há que se ressaltar que o referido dispositivo constitucional foi resgatado da norma do artigo 173, § 17 da CF/69 a qual incluía em seu texto a expressão “na forma da lei”. Ora, esta norma, analisada em seu contexto original e de acordo com a análise que vem desde os primeiros escritos sobre a teoria da eficácia das normas constitucionais que atualmente é aceita (SILVA, 1993, p. 11), se enquadra perfeitamente na categoria de normas de eficácia

¹² Importante ressaltar que o artigo 652 do Código Civil de 2002 replicou o dispositivo legal do Código Civil de 1916.

limitada e que, portanto, necessitaria de uma regulamentação infraconstitucional para seu exercício e, por conseguinte, seria inaplicável sem referida norma ou se tal norma fosse revogada por outra a ela superior e inferior à Constituição Federal.

Porém, o atual texto constitucional dispensou a exigência de uma norma infraconstitucional que regulamentasse a prisão civil para os casos de depositário infiel e também sobre a pensão alimentícia, na medida em que a expressão “na forma da lei” foi retirada do atual texto. Não se trata única e exclusivamente de uma interpretação literal, porém, trata-se de uma obediência ao próprio sentido de interpretação constitucional elencada por Canotilho (1993, p. 202-203).

Entender de forma diversa seria o mesmo que dar efeito retroativo à norma constitucional única e exclusivamente com o fim de rebaixar o status de tratados internacionais de Direitos Humanos. Neste contexto, e apenas como um exercício hipotético, imaginemos que não estando satisfeito com o quórum de 3/5, o legislador constituinte reformador passe a exigir um quórum mínimo de 2/3 para aprovação de tratados internacionais de Direitos Humanos para que estes passem a vigorar com status de norma formalmente constitucional. Ora, segundo a interpretação diversa da que adotamos, os tratados internacionais ratificados com duas majorias de 3/5 em cada casa do Congresso Nacional perderiam o status de norma formalmente constitucional, necessitando de uma segunda ratificação. E, ainda assim, não estariam seguramente investidos no status equiparado ao de emenda constitucional, uma vez que pode uma nova emenda exigir maioria de 5/6.

Desta forma, os tratados internacionais incorporam-se à Constituição Federal como se inscritos nela estivessem, de modo a serem dotados de status de norma constitucional.

6 CONCLUSÃO

Seguindo a linha de raciocínio esposada anteriormente — e desconsiderando-se a posição do Supremo Tribunal Federal — chega-se à

conclusão de que a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica de 1969) figura no ordenamento jurídico brasileiro com status de norma constitucional.

Por outro lado, se levarmos em consideração as exposições trazidas no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343-1-SP, chegaremos à conclusão de que, segundo o entendimento pacificado no STF, trata-se de norma supralegal e que, portanto, está abaixo da Constituição Federal e acima das demais leis ordinárias.

Porém, conforme esposado no tópico anterior, a decisão do Supremo Tribunal Federal acabou por criar um imbróglio maior do que o que se dispôs a solucionar, na medida em que ao determinar o status supralegal da CADH, fez com que uma norma abaixo da Constituição revogasse uma norma constitucional.

Valério Mazzuoli e Luiz Flávio Gomes (2010, p. 105) entendem, todavia, que não se trata de uma revogação propriamente dita, embora admita que na prática foi o que aconteceu. Trata-se, segundo ele, de uma paralisação dos efeitos das normas regulamentadoras em detrimento de uma norma internacional com nível hierárquico superior.

Embora o entendimento do autor pareça o mais correto, ainda não soluciona a questão do porquê de as normas constitucionais perderem seus efeitos, haja vista sua aplicabilidade não depender de norma infraconstitucional que a regulamente.

Se bem analisarmos os três critérios gerais de resolução de antinomias, concluiremos que o Supremo Tribunal Federal cometeu um evidente deslize, pois, em todos os aspectos prevaleceria a Constituição Federal com o depositário infiel. E, por outro lado, com menos razão se aplicaria a regra da norma internacional mais favorável, haja vista que hierarquicamente a Constituição Federal está, segundo a jurisprudência do Supremo, em nível hierárquico superior. Concluir de outra maneira seria distorcer os fatos para que se amoldem às teorias.

Como forma de exemplificar o raciocínio, basta verificar o que aconteceria com o crime de desacato. O Superior Tribunal de Justiça, que antes havia afastado a incidência do crime de desacato, voltou a aplica-lo,

violando o princípio da proibição do retrocesso e da aplicação da norma mais favorável.

Outro aspecto que já foi refutado anteriormente e que, porém, merece ser ressaltado, é o argumento de que os tratados internacionais de Direitos Humanos anteriores à EC/45 acabaram por ser aprovados sem o quórum exigido pelo § 3º do art. 5º da CF/88, razão pela qual não detém status de norma constitucional.

No tocante a este ponto, houve a recepção constitucional material da CADH em relação à referida emenda constitucional, garantindo-se status equivalente às normas constitucionais em seu conteúdo material.

No mais, afirmar que a aplicação de uma norma internacional de proteção de um direito humano em detrimento de uma norma constitucional é o mesmo que atribuir àquela hierarquia supralegal é de uma incongruência notável.

Veja-se que a negar eficácia a uma norma constitucional sob o argumento de que uma norma supralegal, e, portanto, àquela inferior, prevê que o conflito será resolvido pela aplicação da norma mais favorável é o mesmo que equiparar tal norma a outra de status constitucional. Ora, em última instância, estaríamos aplicando o preceito elencado pela norma de proteção dos Direitos Humanos por via indireta.

Em outras palavras, o Supremo Tribunal Federal agregou ao Pacto de San José da Costa Rica (CADH) todos os atributos de uma norma constitucional, mas, ao final, apenas nomeou tal feito como norma supralegal.

Entendemos ser latente o absoluto caráter de norma formalmente constitucional que deve ser atribuído à Convenção Americana de Direitos Humanos concedendo-lhe prevalência sobre normas de direito interno que com ela se conflitem, respeitado sua premissa de aplicação da norma mais benéfica ao ser humano em caso de antinomia.

Importante frisar que o artigo 2 da CADH¹³ é específico em determinar que o Estado-parte na convenção deve abraçar as normas convencionais e garantir que todas as diligências estão sendo tomadas como medida de adoção das regras internacionais em direito interno.

Deste modo, concluímos pelo caráter hierárquico de norma formalmente constitucional dos tratados internacionais de proteção dos Direitos Humanos, anteriores a EC nº 45/04, o que inclui a Convenção Americana de Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

- BIDART CAMPOS, German J.. *Teoría general de los derechos humanos*. Cidade Universitária: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Introdução ao estudo do direito: humanismo, democracia e justiça*. São Paulo: SaraivaJur, 2018.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho, 7. ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti, Bauru: Edipro, 2001.
- BROWNLIE, Ian. *Principles of public international law*. 7 ed., Oxford: Oxford University Press, 2008.
- CARNEIRO, André Corrêa de Sá; SANTOS, Luiz Claudio Alves dos; NÓBREGA NETTO, Miguel Gerônimo da. *Curso de regimento interno*. 4. ed., Brasília: Câmara dos Deputados – Edições Câmara, 2016.
- CASSESE, Antonio. *International law*. 2 ed., Oxford: Oxford University Press, 2005.
- DEYRA, Michael. *Direito Internacional Humanitário*. Lisboa: Textype. Trad. ALBUQUERQUE, Catarina de; TAVARES, Raquel, 2001.

¹³ Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno — Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5 ed., São Paulo: Atlas, 2014.

FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica Jurídica*. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 1988.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito supraconstitucional**: do absolutismo ao estado constitucional e humanista de direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GORDILLO, Augustín Alberto. *Derechos Humanos*. 6. ed., Buenos Aires: Fund. de Derecho Administrativo, 2007.

GORDILLO, Augustín Alberto. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*: parte general. Buenos Aires: Fund. de Derecho Administrativo, 2017.

HENCKARTS, Jean-Marie. Study on customary international humanitarian law: A contribution to the understanding and respect for the rule of law in armed conflict. *International Review of the Red Cross*, vol. 87, n. 857, mar-2005, p. 175-212.

KELSEN, Hans. *Princípios do direito internacional*. Tradução Ulrich Dressel e Gilmar Antonio Bedin. Ijuí: Unijuí, 2010.

LAFER, Celso. *Reconstrução dos Direitos Humanos*: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. Rio de Janeiro: Companhia de Letras, 2001.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; MÖLLER, Carlos María Pelayo. Deveres de los Estados y Derechos Protegidos. In: STEINER, Christian; URIBE, Patricia. (org.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*: comentario. Bolívia: Plural, 2004.

MATTOSINHO, Francisco Antonio Nieri. *Responsabilidade Convencional*. Implementação, promoção e defesa dos direitos humanos no Brasil a partir da supraconstitucionalidade dos tratados. 2016. 264 f. Dissertação — Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho - PR, 2016.

MAZZUOLI, Valério. *Curso de Direito Internacional Público*. 9. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MAZZUOLI, Valério. *Direito Internacional*: tratados e direitos humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

MAZZUOLI, Valério. *Direitos humanos, constituição e os tratados internacionais*: estudo analítico da situação e aplicação do Tratado na Ordem Jurídica Brasileira. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

MAZZUOLI, Valério. *Tratados internacionais: com comentários à Convenção de Viena de 1969*. 2. ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MOITA, Luís. Uma releitura crítica do consenso em torno do sistema vestefaliano. *JANUS.NET e-journal of International Relations*, vol. 3, n.º 2, out-2012, p. 17-43.

NINOS, Carlos. *Juicio al mal absoluto*. Buenos Aires: Ariel, 2006.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo jurisprudencial no contexto latino americano. In: BOGDANDY, Armin Von (Org.); PIOVESAN, Flávia (Org.); ANOTNIAZZI, Mariela Morales (Org.). *Estudos Avançados de Direitos Humanos: Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um novo Direito Público*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 388-409.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 5 ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14 ed., São Paulo: Saraiva 2013.

PIOVESAN, Flávia. Fuerza integradora y catalizadora del sistema interamericano de protección de los derechos humanos: desafíos para la formación de un constitucionalismo regional. In: BOGDANDY, Armin Von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales. (org.) *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un ius constitucionale commune en América Latina?*. Tomo II, Ciudad Universitaria: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 431-448.

PIOVESAN, Flávia. Direito internacional dos direitos humanos e a lei de anistia: o caso brasileiro. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (orgs.). *O que resta da ditadura: a exceção brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 91-108.

REZEK, Francisco. *Curso de direito internacional público: curso elementar*. 13 ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

SANTI, Romano. *O Ordenamento Jurídico*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

SANTOS, Roberto Lima. *A responsabilidade internacional do Estado brasileiro no Sistema Interamericano de Direitos Humanos pela violação aos direitos das vítimas da Ditadura Militar (1964 a 1985)*. 2009. 249 f. Dissertação — Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho – PR, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

TRIEPEL, Karl Heinrich. As relações entre o direito interno e o direito internacional. Belo Horizonte: **Revista da Faculdade de Direito da U.F.M.G.**, 1966.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos**: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. (Org.). **Desafios do direito internacional contemporâneo**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O esgotamento dos recursos internos em experimentos contemporâneos das Nações Unidas de proteção dos direitos humanos. **Revista Informativo Legislativo de Brasília**, n. 77, 1983, p. 201-244.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Reminiscencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a su jurisprudencia en materia de reparaciones. In: BOGDANDY, Armin Von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales. (org.) **La justicia constitucional y su internacionalización**: ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?. Tomo II, Ciudad Universitaria: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 189-214.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. 2 ed., Vol. I, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direitos Internacional dos Direitos Humanos**. Vol. II, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

VATTEL, Emer de. **O direito das gentes**. Prefácio e tradução: RANGEL, Vicente Marotta. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004.

VERDROSS, Alfred Von. O Fundamento do direito internacional. **Revista de Direito Internacional**. Brasília, v. 10, n. 2, 2013, p. 1-33.