

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS
HUMANOS I**

CECILIA CABALLERO LOIS

DANIELA DA ROCHA BRANDAO

SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito internacional dos direitos humanos I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/
UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Cecilia Caballero Lois, Daniela da Rocha Brandao, Samantha Ribeiro
Meyer-pflug – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-101-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito internacional .
3. Direitos humanos. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder
Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS I

Apresentação

A obra Direito Internacional dos Direitos Humanos I é resultado do rico e intenso debate ocorrido no grupo de trabalho Direito Internacional dos Direitos Humanos I realizado no dia 12 de novembro de 2015 no XXIV Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós Graduação em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais em Belo Horizonte. O grupo de trabalho Direito Internacional dos Direitos Humanos I vêm se consolidando, aos longos dos anos no estudo e na discussão dos temas referentes a proteção e aplicação dos direitos humanos.

Os artigos apresentados no Grupo de Trabalho são dotados de grande qualidade científica e complexidade, e abordam aspectos relevantes da interpretação, aplicação e garantia dos direitos humanos, bem como do conflito entre esses direitos e o ordenamento jurídico interno dos Países.

O debate sobre os artigos e ideias apresentadas foi bastante rico, intenso e proveitoso o que motivou a criação dessa obra que contempla os textos apresentados no grupo de trabalho, acrescidos das contribuições decorrentes da discussão realizada. A obra está dividida em quatro seções, levando-se em consideração os temas apresentados

Sobre a evolução histórica dos direitos humanos, Zaiden Geraige Neto e Kellen Cristine de Oliveira Costa Fernandes analisam analisar o conceito adequado do termo direitos humanos para identificar os direitos essenciais à pessoa humana, e conseqüentemente examinar também o valor supremo que o fundamenta, a dignidade da pessoa humana. A partir daí estudam o processo de evolução dos direitos humanos, passando pelas chamadas dimensões destes direitos. Ainda dentro do tema da constitucionalização dos direitos humanos, Fernanda Brusa Molino examina detidamente as relações entre direito nacional e internacional, sendo tratadas as teorias monista e dualista, a soberania, além da incorporação dos tratados internacionais pelas legislações nacionais, tratando primeiramente da formação e posterior incorporação dos tratados internacionais segundo a legislação brasileira.

Danielle Jacon Ayres Pinto e Elany Almeida de Souza propõem em seu artigo uma reflexão acerca do conceito de sociedade civil global e suas características enquanto instrumento na reivindicação da internacionalização dos direitos e na solução de conflitos. Já Sílvia Leiko

Nomizo e Bruno Augusto Pasion Catolino abordam o processo de justicialização do sistema interamericano através do mecanismo de petições, na forma direta, por meio de grupos ou indivíduos para os órgãos responsáveis, propondo uma reflexão a respeito das inovações, avanços e desafios contemporâneos de tal aparato de proteção dos direitos humanos, uma vez que o Brasil é signatário da maioria dos todos os Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos. Contudo, de forma contraditória, a maciça adesão a tais documentos internacionais não reflete a uma evolução interna na proteção dos direitos humanos.

Os princípios orientadores da ONU e sua aplicação nas estratégias empresariais como forma de proteção dos direitos humanos é estudado por Bárbara Ryukiti Sanomiya e Fabiano Lopes de Moraes. Eles partem do pressuposto que as empresas têm cooperado para o desenvolvimento econômico, em contrapartida elas contribuem para um impacto negativo com graves violações aos direitos humanos comum em uma economia globalizada, desta forma as empresas precisam a proteção, e na não violação dos direitos humanos passa a fazer parte das estratégias empresariais.

Kelly Ribeiro Felix de Souza e Laercio Melo Martins fazem uma análise das correntes do pluralismo e do universalismo e, a partir de então, fazer uma crítica aos fundamentos modernos e também contemporâneos dos direitos humanos. De igual modo Ana Carolina Araujo Bracarense Costa procura em seu texto responder as seguintes indagações: ao julgar caso Gomes Lund e outros VS Brasil, quais foram os principais temas abordados pela CorteIDH que fez com que ela chegasse à conclusão de que a lei de anistia brasileira é inválida? Como se deu sua construção argumentativa, e quais foram suas principais fontes de embasamento normativo e jurisprudencial? Em suma, qual foi a racionalidade jurídica da Corte no julgamento desse caso?

Luiz Magno Pinto Bastos Junior e Rodrigo Miotto dos Santos em seu artigo verificam em que medida as hipóteses autorizadoras do julgamento de civis pela justiça militar da União compatibilizam-se com a interpretação que a Corte Interamericana de Direitos Humanos confere ao disposto no art. 8, item 1, da Convenção, especificamente no que se refere às garantias da imparcialidade e da independência.

William Paiva Marques Júnior estuda em seu texto a consolidação do direito humano à paz no plano das relações internacionais, na medida em que se observa na contemporaneidade uma verdadeira exigência pela democratização das relações internacionais que perpassa indispensavelmente pela exigência da paz e cooperação fundadas na justiça equitativa,

solidariedade e igualdade das partes, mormente no que diz respeito ao modo e aos processos de tomada de decisões nos organismos relacionados à manutenção da paz e da segurança mundiais, principalmente com a atuação da ONU.

No que diz respeito ao direito das minorias, Alessandro Rahbani Aragão Feijó e Flavia Piva Almeida Leite analisam a relação entre o Brasil e a Argentina e a Convenção da ONU sobre o Direito da Pessoa com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, a fim de constatar, nos respectivos ordenamentos jurídicos, a influência, o modo de operacionalização e os efeitos produzidos por esse Tratado. Ainda dentro dessa temática Fernanda Holanda Fernandes aborda em seu texto a capacidade civil no direito brasileiro à luz da convenção internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência, objetivando verificar se a legislação pátria acerca da capacidade civil e do processo de interdição é condizente com a nova compreensão sobre a deficiência estabelecida pela Convenção de Nova York. No mesmo contexto, Ana Luisa Celino Coutinho e Antonio Albuquerque Toscano Filho examinam a garantia do status familiar e afetivo às pessoas com deficiência intelectual no Brasil à luz da convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência da ONU. Eles buscam no estudo evidenciar o descaso e desrespeito por parte do Estado brasileiro e demais motivos determinantes para a inefetividade da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, delineando pressupostos viáveis de compatibilização do Código Civil Brasileiro aos seus termos, com vistas ao combate à discriminação e promover à efetivação do direito de as pessoas com deficiência intelectual se casarem e estabelecerem família.

Já Carmen Lucia Sarmiento Pimenta e Matusalém Gonçalves Pimenta levam a efeito um estudo na excepcionalidade da prisão civil visando analisar as teorias monista e dualista, o direito constitucional comparado no que toca ao tema, e a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, máxime na esfera dos tratados sobre direitos humanos.

Helder Magevski De Amorim examina com acuidade quais são os limites da jurisdição nacional quando a questão debatida no processo diz respeito ao direito a alimentos. Ele propõe que o direito a alimentos é um direito fundamental e por isso merecedor de uma maior proteção, não se limitando àqueles oriundos do direito de família, mas também incluindo os direitos decorrentes de honorários advocatícios, verbas trabalhistas e indenizações em relacionadas à prática de ato ilícito.

No que diz respeito a violência contra a mulher Eduardo Daniel Lazarte Moron e Francisco Antonio Nieri Mattosinho em seu artigo discutem as consequências legais e dogmáticas da Lei n.º 13.104/2015 que acrescentou a qualificadora do feminicídio ao homicídio doloso. Em termos de direito comparado, fez-se uma análise das legislações no âmbito latino-americano

em relação ao tema. Já Marcia Nina Bernardes e Rodrigo De Souza Costa sistematizam as definições de violência contra mulher no âmbito internacional e as definições das vítimas da violência doméstica como violação de direito internacional. Igualmente focam na construção realizada no Direito Internacional dos Direitos Humanos sobre a obrigação estatal de prevenir, especificamente, a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Juliana Giovanetti Pereira Da Silva e Lais Giovanetti estudam as migrações contemporâneas para o Brasil, com foco no fluxo, recente, de haitianos que ingressam pelo estado do Acre. Abordam as condições de ingresso destes imigrantes haitianos, sua vulnerabilidade e ações governamentais. Ana Paula Marques de Souza e Flávio Maria Leite Pinheiro, por sua vez, estudam o tema dos refugiados e deslocados ambientais. Atentam para o fato de que é necessário que se qualifique esses refugiados climáticos adequadamente. Já Anne Caroline Primo Avila e Thiago Giovani Romero abordam as migrações de haitianos para o Brasil após o terremoto de 2010 e a possível atribuição da sua condição de refugiado ambiental. Buscam um diálogo desta chamada nova categoria em relação ao sistema de tutela e proteção dos refugiados no âmbito internacional, de acordo com a Convenção dos Refugiados de 1951 e o Protocolo adicional sobre a mesma matéria de 1967.

Elisaide Trevisam e Marilu Aparecida Dicher Vieira Da Cunha Reimão Curraladas tratam do tema do refugio desde a sua tradição ao início de sua normatização. Para tanto se norteiam pela abordagem das principais características do processo evolutivo da responsabilidade de proteção aos refugiados e as suas especificidades no decorrer dos séculos, partindo da tradição religiosa de concessão de asilo até a culminação da Convenção Internacional Relativa aos Direitos dos Refugiados, nascida da realidade do pós Segunda Guerra Mundial.

Rickson Rios Figueira analisa as relações entre as abordagens tradicionais dos discursos de segurança do Estado-nação, o conceito e aplicação da segurança humana e o quadro normativo de direitos humanos estabelecido no âmbito das Nações Unidas, após a 2ª Guerra Mundial. Tanto a securitização, quanto a segurança humana e as normas de direitos humanos importam no tratamento do estrangeiro imigrante, em particular, o refugiado.

Fernanda de Magalhães Dias Frinhani examina o Tráfico de Pessoas, problematizando o fenômeno como um problema que envolve tanto o Direito Internacional dos Direitos Humanos quanto o Direito Interno. Além de trazer o conceito e o histórico desta prática criminosa, o trabalho levanta algumas polêmicas necessariamente atreladas ao tráfico de seres humanos: o poder econômico como um fator que favorece sua prática, quem são as

vítimas do tráfico de pessoas, vulnerabilidades que tornam os indivíduos mais suscetíveis à violação de direitos e por fim, tratamos da Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas.

Gleyce Anne Cardoso estuda o tráfico de pessoas que é uma realidade à qual milhares de pessoas estão sujeitas ao redor do mundo levando a efeito uma reflexão sobre o crime de tráfico de pessoas, os Direitos humanos violados por este fenômeno e os instrumentos de prevenção e repressão ao crime. A pesquisa possui um caráter bibliográfico. A justificativa do tema se dá pela relevância social e por afrontar Direitos Fundamentais. Keyla Cristina Farias Dos Santos apresenta a democratização global para a proteção de minorias, através da promoção global dos Direitos Humanos, com o objetivo de se atingir a igualdade real, ou pelo menos, reduzir as desigualdades de fato existente.

Joao Paulo Carneiro Goncalves Ledo estuda a proteção internacional do direito humano ao meio ambiente sadio, com uma visão critica de seus avanços e retrocessos, na medida em que um dos grandes, senão o maior desafio da humanidade na atualidade é enfrentar a crise ecológica que coloca em cheque a existência da espécie humana na terra. Emanuel de Melo Ferreira trata do impacto das secas nos direitos humanos e o papel do ministério público federal a partir da convenção de combate à desertificação da ONU, buscando desenvolver a ideia acerca da necessidade de convivência das populações diretamente afetadas pelas secas com tal fenômeno.

André Filipe Loureiro e Silva analisa o direito do trabalho como direito humano e a sua consequente internacionalização, sendo utilizado o método de revisão bibliográfica, selecionando-se as obras mais relevantes sobre o tema. Inicialmente é feita uma breve reflexão sobre a necessidade e importância dos direitos humanos, como os direitos trabalhistas se encaixariam nesta categoria, bem como a diferença entre direitos humanos e fundamentais.

Monique Fernandes Santos Matos trata da importância do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos para o progresso na implementação dos direitos humanos sociais trabalhistas no continente americano. Em especial, aborda questões relacionadas ao tema da responsabilidade internacional de Estados violadores de direitos humanos dos trabalhadores

Por fim, Jesrael Batista Da Silva Filho e Adelita Aparecida Podadera Bechelani Bragato estudam com profundidade os reflexos dos ataques terroristas aos Estados Unidos da América para os direitos humanos fundamentais do século XXI. Enfrentam o questionamento

acerca de como o Estados deve agir sem que violar os direitos fundamentais tem se revelado sua importância, haja vista seu desrespeito por aqueles grupos terroristas, tornando a guerra contra o terror extremamente desigual, desumana e desleal para o agentes do Estado.

Temos a certeza que a obra será de grande valia para todos aqueles que se interessam sobre os debates referentes ao tema.

Profa. Dra. Samantha Ribeiro Meyer-Pflug

Profa. Dra. Daniela da Rocha Brandão

Profa. Dra. Cecilia Caballero Lois

**A EXCEPCIONALIDADE DA PRISÃO CIVIL LIBERTAS QUAE SERA TAMEN
THE EXCEPTIONALITY CIVIL ARREST LIBERTAS QUAE SERA TAMEN**

**Carmen Lucia Sarmiento Pimenta
Matusalém Gonçalves Pimenta**

Resumo

Do conflito entre o direito internacional e o direito interno dos Estados, surgem discussões que visam a determinar se há hierarquia entre essas duas ordens, na tentativa de solução pacificadora. A questão, embora de interesse universal, não possui ainda um regramento uniforme, recebendo tratamentos distintos ao sabor dos diversos direitos constitucionais de cada Estado. Este artigo tem o condão de analisar as teorias monista e dualista, o direito constitucional comparado no que toca ao tema, e a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, máxime na esfera dos tratados sobre direitos humanos. Ao final, é oferecido quadro sistemático que demonstra didaticamente a posição atual da Suprema Corte, no que diz respeito aos diversos tipos de tratados e à forma como eles se harmonizam ao ordenamento jurídico pátrio.

Palavras-chave: Direito internacional e interno, Correntes monista e dualista, Direitos humanos, Evolução, Jurisprudência, Supremo tribunal federal

Abstract/Resumen/Résumé

The conflict between international law and domestic legislation of the States provides discussions, in order to ascertain if there is a hierarchy between these two legal systems, in an attempt to find a peaceful solution. The matter, though of universal interest, doesn't have a uniform regulation and receives different treatment depending of the constitutional rights of each State. This essay aims to examine the monistic and dualistic theories, constitutional law compared with respect of the subject, as well as the evolution of the jurisprudence of the Brazilian Supreme Court, mainly in the sphere of human rights treaties. At the end, is offered systematic framework didactically shows the current position of the Supreme Court with regard to various types of treaties and how they harmonize the national legal order.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: International and domestic legislation, Monist and dualist theories, Human rights, Evolution, Jurisprudence, Brazilian supreme court

INTRODUÇÃO

O dístico¹ latino *libertas quae sera tamen*, apesar da inconformidade de alguns latinistas, é amplamente traduzido como “liberdade ainda que tardia”, nos exatos propósitos dos Inconfidentes. Retirado da primeira écloga² do poeta Virgílio, foi usado, pelos que fizeram história, para demonstrar o desejo incondicional de uma liberdade que há muito demorava.

Mutatis mutandis, o Pacto de San José da Costa Rica representa um esforço internacional para se resgatar a ideia de liberdade e de valorização dos direitos humanos. É nessa sonoridade que se pretende analisar a primazia do direito internacional que começa a ganhar espaço na jurisprudência de nossa Corte Suprema, ainda que tardiamente, a partir de uma decisão paradigmática que limitou a prisão civil à única exceção mundialmente aceita.

O direito internacional, a despeito dos entraves em razão das diferenças entre os numerosos direitos internos, tem como objetivo harmonizar a coexistência dos Estados-membros, promovendo a paz mundial e o desenvolvimento do Planeta nas mais diversas áreas do interesse humano. Não raramente, surgem conflitos em razão de discrepâncias entre esses dois direitos, internacional e interno, não havendo uma uniformização, ainda que desejada e absolutamente necessária.

A falta de um regramento internacional eficaz permite que cada país adote a hermenêutica que melhor se conforme à sua Constituição. Exsurgem, assim, exegeses múltiplas, e cada vez mais elaboradas, na tentativa de fazer andar no mesmo passo a obrigatoriedade de cumprimento dos tratados internacionais, ratificados pelos Estados, e o dever pátrio de respeito à Carta Política.

Os teóricos deram suas contribuições, quando, já há algum tempo, debruçados na questão, fizeram surgir elaboradas correntes doutrinárias, e cada uma a seu turno, fundamentadas e bem defendidas, ora foram bem aceitas, ora admitidas com suas moderações possíveis. De outra mão, os magistrados têm, por meio da jurisprudência, produzido julgados com o fito de aproximar a aplicação do direito internacional aos anseios da sociedade.

O presente ensaio abarcará, na esteira dos doutrinadores de escol, o estudo dessas teorias e suas possíveis adaptações, fará ainda uma análise do direito constitucional alienígena pertinente e, ao final, apresentará extratos de julgados, alguns emblemáticos, da Excelsa Corte brasileira, na tentativa de sistematizar a evolução da jurisprudência nacional, no âmbito da

¹Dístico – grupo de dois versos poéticos.

²Écloga – pequeno poema pastoral na forma de diálogo.

obrigatoriedade dos tratados internacionais, com prioridade daqueles que tratam sobre direitos humanos.

I - A OBRIGATORIEDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

Os tratados têm nomenclatura diversificada no direito internacional, recebendo nomes distintos a depender da vontade dos participantes e do desejo de inovação expresso nos eventos. Destarte, temos para o mesmo instituto jurídico - tratado - as seguintes variações: acordo, pacto, convenção, carta, estatuto, declaração, aliança, protocolo etc.

A doutrina oferta diversos conceitos de tratado. Tão só para os objetivos deste estudo, apresenta-se a seguinte definição destes autores em apertada síntese: acordo escrito, visando a criar determinadas relações de obrigação entre os Estados participantes. A obrigação e a mutualidade devem ser o cerne dos tratados, sob pena de esvaziamento dos propósitos inerentes, como se depreende da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados-1969:

Artigo 2º, 1. Para fim da presente Convenção:

a) **“tratado”** significa um acordo internacional concluído por escrito entre estados e regido pelo direito internacional [...]

b) **“ratificação”**, “aceitação”, “aprovação” e “adesão” significam, conforme o caso, o ato internacional assim denominado pelo qual um Estado estabelece no plano internacional **o seu consentimento em obrigar-se por um tratado**. (original não grafado)

Artigo 27º Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado.

A ideia central, como se observa, é que os tratados não são compulsórios e não devem ser impostos. Ao contrário, podem ser aceitos, aprovados, ratificados ou não. Entretanto, qualquer Estado que livremente participe depositando sua ratificação, torna-se obrigado a cumpri-lo.

Se após a ratificação, deseja desvincular-se das obrigações assumidas, deve o Estado procurar fazê-lo por meio do instrumento jurídico próprio - a denúncia. Se ao revés, deliberadamente, não o cumpre, faz *tabula rasa* do pacto que ratificou, e nesse caso, gize-se, de forma irresponsável.

Sobre essa obrigatoriedade legal, eis a precisa pena de Malcolm N. Shaw (2010, p. 671):

O princípio fundamental do direito dos tratados é sem dúvida a proposição de que **são de cumprimento obrigatório** para as partes envolvidas e devem ser celebrados de boa-fé. [...] na ausência de certa confiança mínima de que os Estados cumprirão de boa-fé suas obrigações consignadas em tratados, não há razão para que os países contraíam essas obrigações uns para com os outros. (original não grafado)

Alguns documentos internacionais trataram dessa obrigatoriedade. A Corte Permanente de Justiça Internacional declarou, em 1930, que “É princípio geral reconhecido, do direito internacional, que, nas relações entre potências contratantes de um tratado, as disposições de uma lei não podem prevalecer sobre as do tratado”.

Em 1932, a mesma Corte determinou que “um Estado não pode invocar a sua própria Constituição para se esquivar de obrigações que lhe incumbem em virtude do direito internacional ou de tratados vigentes”.

A Organização das Nações Unidas declarou, em 1948, que “Os tratados validamente concluídos pelo Estado e regras geralmente reconhecidas de direito internacional formam parte da lei interna do Estado e não podem ser unilateralmente revogados puramente por ação nacional”.

Mergulhando um pouco mais no tema, segue o fato de que, mesmo após a ratificação de um tratado, o Estado pode enfrentar, *a posteriori*, conflito com seu direito interno, quer por inconstitucionalidade, quer por colisão com a norma infraconstitucional – antinomia - anterior ou posterior.

Nessas hipóteses, quem deve prevalecer? Há hierarquia entre direito internacional e direito interno? Um terá primazia sobre o outro? Como se resolvem tais conflitos? Na tentativa de solução dessa problemática surge a contribuição dos teóricos que se analisa a seguir.

II -DIREITO INTERNACIONAL E DIREITO INTERNO SOB O PRISMA DAS TEORIAS MONISTA E DUALISTA

O direito internacional e o direito interno deveriam andar em compasso uníssono já que a aceitação do primeiro nasce de ato volitivo entre os Estados e o segundo é previamente concebido, cada um conhecendo o seu, antes do compromisso. Ocorre que, não raramente, os tratados são assinados para atender a necessidades políticas e são aceitos sem que o Estado faça a devida análise de compatibilidade com o seu ordenamento jurídico, sobretudo com sua Constituição.

O aparente descuido tem gerado vários conflitos constitucionais e legais ao redor do mundo. Muitas dessas colisões jurídicas têm se mostrado de difícil solução. Na tentativa de pacificação, surgiram algumas teorias que se passa a explicitar:

2.1 A Corrente Dualista

A expressão *dualismo* foi primeiramente utilizada por Alfred Von Verdross, em 1914. Admitindo, posteriormente, a existência de vários direitos internos, o teórico reconheceu a impropriedade do termo, passando a usar o vocábulo *pluralismo*.

Apesar do esforço de correção de Verdross, seus seguidores mantiveram a denominação vestibular, mantendo-se a nomenclatura *corrente dualista*. Entre outros, adotaram essa teoria Carl Heinrich Triepel, na Alemanha e Dionísio Anzilotti, na Itália.

Para os dualistas, o direito internacional e o direito interno são ordens jurídicas distintas e absolutamente independentes. Em defesa da tese, apresentaram três argumentos para justificar a diferenciação que, segundo eles, gravita em torno das relações jurídicas, das fontes e das matérias reguladas. Explica-se:

As relações jurídicas são diferentes – enquanto no direito internacional a relação se dá basicamente entre Estados, no direito interno o homem também é sujeito de direito; as fontes são distintas – no direito interno, nascem da vontade soberana do Estado, já o direito internacional tem como fonte primária a vontade coletiva de vários Estados e, por fim, a matéria regulada é diversa – o direito internacional trata dos conflitos entre Estados, ao passo que o direito interno admite demandas entre o Estado e seus cidadãos na linha vertical de mão dupla, bem como, e máxime, pretensões na linha horizontal entre os indivíduos.

Sendo dois ordenamentos jurídicos distintos, asseveram os dualistas, não há que falar em nenhuma forma de conflito entre eles, tampouco em supremacia de um sobre o outro. Nesse diapasão, para que a obrigação assumida internacionalmente tenha validade no direito interno, faz-se necessário a internalização daquela neste.

Vale dizer que um tratado, fonte de direito internacional, deve transformar-se em fonte de direito interno, obedecendo ao ordenamento do país que deseja a internalização, por meio de uma lei, decreto executivo ou legislativo.

Para os dualistas, portanto, não há qualquer possibilidade de conflito entre uma norma de direito internacional e uma norma de direito interno, já que em razão da necessidade de internalização, sob pena de ineficácia da norma externa, quando houver conflito, este se dará entre duas normas nacionais.

A corrente doutrinária que se analisa posiciona-se pela responsabilização do Estado, na esfera internacional, quando este assume obrigações e não as internaliza. Em contrapartida, em razão da independência entre as ordens jurídicas, defende a não aplicabilidade dos tratados não nacionalizados ou não transformados em norma interna.

2.2 A Corrente Monista

Em posição antípoda, os teóricos monistas sustentam a existência de uma única ordem jurídica. O direito internacional e o direito interno seriam dois ramos de um só sistema. Como sistema uno, resolve seus conflitos por mecanismos próprios, conforme posição consolidada por Kelsen (2000, p. 62-63):

Não há duas ordens jurídicas estanques, como querem os dualistas, cada uma com âmbito de validade dentro de sua órbita, mas um só universo jurídico, coordenado, regendo o conjunto de atividades sociais dos estados, organizações internacionais e dos indivíduos.

Com esse pensamento, afirmam os monistas que o direito internacional aplica-se na ordem jurídica dos Estados, independentemente de sua transformação em norma interna. Portanto, assinado e ratificado um tratado, o Estado que o fez, de forma volitiva, assume o compromisso jurídico dos termos pactuados e se obriga por eles, não havendo a necessidade de internalização.

Se pela corrente dualista não há conflito entre normas internacionais e internas, em razão de se tratar de ordens jurídicas distintas, para teoria monista os conflitos são uma possibilidade e carecem de solução. Nesse aspecto a corrente se apresenta em bipolaridade, externando vieses distintos, a saber.

Uma parte dos monistas entende que, em havendo conflito, haverá a primazia da ordem jurídica de cada Estado. Por seu turno, o outro viés sustenta a supremacia do direito internacional. Analisam-se as duas posições.

2.3 Monismo com Primazia do Direito Interno

Com a Revolução Francesa houve um fortalecimento natural do direito interno, como fruto da soberania dos Estados. O lastro dessa teoria está posto na filosofia de Georg Wilhelm Friedrich Hegel que entendia a soberania do Estado como irrestrita, absoluta e inalienável.

Para essa corrente, também conhecida como monismo nacionalista, há primazia do direito interno de cada Estado soberano sobre o direito internacional. A Constituição de cada Estado deve determinar a posição hierárquica das normas internacionais no ordenamento interno, de maneira que estas sempre ocupem lugar infraconstitucional.

A fundamentação dessa posição doutrinária tem como base dois pilares: a competência para firmar tratados é determinada nas Constituições dos Estados, por conseguinte, a obrigatoriedade do direito internacional emana do direito interno; e, de outra

mão, não há autoridade internacional, posta sobre os Estados, capaz de obrigá-los ao cumprimento de normas internacionais.

A maior crítica a essa teoria é que seu fundamento nega a própria existência do direito internacional. É como soa a doutrina de Valério Mazzuoli (2007, p. 68):

Admitir tal doutrina, absurda e inconsequente, equivale a negar o fundamento de validade do direito internacional e, conseqüentemente, a sua própria existência como ramo da ciência jurídica, o que já é suficiente para qualificá-la como desprovida de fundamento.

2.4 Monismo com Primazia do Direito Internacional

Esse viés do monismo tem seu fulcro na Escola de Viena, do século XX, mais precisamente, nas teorias do austríaco e jusfilósofo Hans Kelsen. Sem dúvida essa corrente é a mais aceita mundialmente pela maioria dos juristas de renome.

Ao explicar essa teoria, Kelsen faz uso da sua já conhecida pirâmide para dizer que no topo dela está a norma fundamental que a todas sujeita. Para esse autor, a norma fundamental é a norma de direito internacional, consubstanciada na norma costumeira, *pacta sunt servanda*, que estabelece a obrigatoriedade dos pactos firmados pelos Estados. Assim retine sua doutrina: “As ordens jurídicas estaduais são concebidas como delgadas pelo direito internacional, como subordinadas a este [...]. Isto significa o primado da ordem jurídica internacional”. (KELSEN, 1985, p. 352)

Essa corrente, também conhecida por monismo internacionalista, entende o direito internacional como ordem jurídica hierarquicamente superior. Nesse passo, os Estados soberanos estariam autolimitados, devendo tornar inaplicáveis suas normas internas, quando estas estiverem em descompasso com a norma internacional pactuada.

Entre os juristas brasileiros, destaca-se a posição de Pontes de Miranda (1967, p. 208-209): “Só o Direito das Gentes pode primar; para que o Direito Interno pudesse primar, seria preciso que a legislação de um Estado, ou de alguns Estados, sub-rogasse ou pudesse abrogar regras de Direito das Gentes.”

III - CARTAS POLÍTICAS NO DIREITO COMPARADO

Antes de se analisar o tópico seguinte que tratará da problemática da obrigatoriedade dos tratados no direito pátrio, houve por bem aos articulistas trazerem à baila pequenos extratos constitucionais e um julgado paradigmático, todos colhidos na legislação alienígena,

objetivando que estes sejam postos em paralelo, por cotejo, ao ordenamento jurídico brasileiro.

3.1 Constituição da Venezuela –2000

A Constituição Venezuelana determina a aplicação direta dos tratados ratificados sobre direitos humanos pelos tribunais e órgãos públicos, dando a eles hierarquia constitucional, desde que seus conteúdos sejam mais favoráveis aos já estabelecidos. *Verbis*:

Art. 23: “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”.

3.2 Constituição Portuguesa (quarta revisão/1997)

No mesmo passo de aplicação direta do direito internacional no ordenamento interno está a Constituição de Portugal, nos exatos termos do artigo que se destaca:

Art. 8.º (direito internacional). 1. As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português. 2. As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internamente o Estado Português. 3. As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram directamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos.

3.3 Constituição Espanhola

Não é outra a dicção da Constituição da Espanha, *in verbis*:

Art. 9 n.º 2. As normas relativas aos direitos fundamentais e às liberdades que a Constituição reconhece se interpretarão de conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os tratados e acordos internacionais sobre as mesmas matérias ratificadas pela Espanha.

Art. 96, n.º 1. Os tratados internacionais, logo que publicados oficialmente na Espanha farão parte da ordem interna espanhola.

O paradigmático caso *Maastricht*, julgado pela Suprema Corte espanhola, considera perturbação da ordem jurídica uma possível declaração de inconstitucionalidade de tratado ratificado. *Verbis*:

Tribunal Constitucional da Espanha (Case Maastricht)

Aunque aquella supremacía quede en todo caso asegurada por la posibilidad de impugnar (arts. 27.2c, 31 y 32.1 LOTC) o cuestionar (art. 35 LOTC) la

constitucionalidad de los tratados una vez que formen parte del ordenamiento interno, es evidente la perturbación que, para la política exterior y las relaciones internacionales del Estado, implicaría la eventual declaración de inconstitucionalidad de una norma pactada.

3.4 Constituição Francesa, 1958

A Constituição Francesa reconhece a posição de hierarquia superior dos tratados e acordos ratificados, em relação à lei ordinária, a partir de suas publicações. Faz apenas uma ressalva no sentido de que suas aplicações no território francês dependem do cumprimento desses tratados pelos demais participantes. “*Art. 55. Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l’autre partie.*”

3.5 Constituição da Alemanha

A Carta Política Alemã também admite a aplicação direta das normas internacionais no direito interno e expõe claramente a supremacia destas sobre as leis ordinárias. É como se verifica: “*Art. 25. As normas gerais do Direito Internacional Público constituem parte integrante do direito federal. Elas prevalecem sobre as leis e produzem diretamente direitos e deveres para os habitantes do território nacional*”.

3.6 Constituição Norte-Americana

A Constituição dos Estados Unidos dá competência ao seu presidente para concluir tratados, exigindo o conselho e o consentimento do Senado que se faz por dois terços dos senadores presente à votação: “*Art. II, sec. 2. The president shall be commander in chief of the army and navy of the United States (...) He shall have power, by and with the advice and consent of the senate, to make treaties, provided two thirds of the senators present concur (...)*”.

Para dar mais agilidade às negociações internacionais, o executivo americano levantou uma polêmica sobre a interpretação do termo “*treaties*”, na tentativa de demonstrar que os acordos firmados no âmbito internacional, na sua maioria, não são verdadeiros tratados, mas sim “*executive agreements*”, não precisando estes de qualquer consentimento do senado.

Os “*executive agreements*”, sem abono senatorial, foram considerados constitucionais pela Suprema Corte e representam 90% dos acordos internacionais ratificados pelos Estados Unidos.

Com base no artigo VI, seção 2, tanto os tratados quanto os acordos executivos concluídos pelos Estados Unidos prevalecem sobre a ordem jurídica dos estados federados, restando na mesma hierarquia das leis federais: “*Art. VI, sec. 2 This Constitution, and the laws of the United States which shall be made in pursuance thereof; and all treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme law of the land.*”

Do direito constitucional expandido até aqui, tem-se que a maioria dos Estados adota a teoria monista internacionalista, ou seja, a presunção é de que há um só sistema e a primazia, na hipótese de conflito, será da norma internacional. No direito brasileiro, infelizmente, a matéria *sub studio* permanece como *quaestio vexata*, ainda que tenha a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal dado um passo adiante. É como se demonstra nos próximos itens.

IV – OBRIGATORIEDADE DOS TRATADOS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Pede-se *máxima vênia* para transcrever os dispositivos constitucionais pertinentes, a despeito de serem amplamente conhecidos, tão só para fins didáticos, após o que se apresentará a posição dos doutrinadores de escol e a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no que toca à obrigatoriedade dos tratados.

Art. 5º, § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata;

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

§ 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.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

III, b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.

4.1 Posição da Doutrina Brasileira

Durante um bom tempo os doutrinadores brasileiros, arraigados ao direito positivista extremado, permaneceram firmes aos princípios da corrente dualista, entendendo o direito

internacional e o direito interno como ordens jurídicas distintas. Nesse passo, assinalavam a necessidade de internalização do direito internacional para que este se fizesse vigor. Após a Segunda Guerra Mundial, houve uma aproximação da doutrina com os ideais monistas, aceitando-se o viés da primazia do direito internacional.

Em evolução natural, a doutrina brasileira firmou-se nas penas de ilustres magistérios que passaram a defender a tese da interpretação sistemática e teleológica, com foco nos parágrafos 1º e 2º, do art. 5º, da Carta Política de 1988, para declararem que os direitos e garantias fundamentais têm axiologia diferenciada. Tal assertiva tem o condão de admitir a incorporação imediata de tratados de direitos humanos, recepcionados em caráter constitucional, tão logo sejam ratificados.

Nesse compasso, Flávia Piovesan, Antonio Cançado Trindade, Valério Mazzuoli e outros entendem fazer parte integrante do ordenamento jurídico brasileiro os direitos e garantias postas no Pacto de San José da Costa Rica e qualquer outro tratado sobre direitos humanos, tendo estes *status* de direito constitucional.

Parece ser esta a tendência da doutrina brasileira, fazendo com que o parágrafo 3º, do art. 5º, da Constituição Federal, acrescido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, seja um retrocesso, a exigir quórum qualificado para a internalização de tratado sobre direitos humanos, fazendo reviver a corrente dualista, há muito considerada anacrônica pelos teóricos mais respeitados.

4.2 A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

A questão a ser analisada prende-se a conhecer o nível hierárquico dos tratados internacionais quando estes são recepcionados no ordenamento jurídico brasileiro. A relevância está no fato de que é esse nível que determina, na hipótese de conflito, que norma deve exercer primazia.

Pretende-se demonstrar, em apertada síntese, que o caminho trilhado pelo Supremo Tribunal Federal, no que tange ao tema sob análise, em determinado momento evoluiu, posteriormente retrocedeu e, mais recentemente, decidiu caminhar mais próximo da tendência mundial de valorização especial dos tratados de direitos humanos. Explica-se.

4.2.1 Jurisprudência até 1977

Durante um bom período que teve fim com o caso emblemático que se analisa no subitem seguinte, a jurisprudência da Suprema Corte apontou para a primazia dos tratados internacionais sobre o direito infraconstitucional. Em 1945, o Ministro Philadelpho Azevedo publicou artigo dando conta da convicção unânime do Tribunal nesse sentido. A Excelsa Corte adotara a corrente monista internacionalista. Julgavam assim os Ministros de então (BRASIL, 1951):

Já sustentei, ao proferir voto nos embargos na apelação cível 9.583, de 22 de junho de 1950, que os tratados constituem leis especiais e por isso não ficam sujeitos às leis gerais de cada país, porque, em regra, visam justamente à exclusão dessas mesmas leis. **Ministro Orosimbo Nonato** - Apelação Cível nº 9.587/DF-1951.

Sem dúvida que o tratado revoga as leis que lhe são anteriores, mas não pode ser revogado pelas leis posteriores, se estas não se referirem expressamente a essa revogação ou se não denunciarem o tratado. A meu ver, por isso, uma simples lei que dispõe sobre imposto de consumo não tem força para alterar os termos de um tratado internacional. **Ministro Philadelpho Azevedo** – Apelação Cível nº 9.587/DF – 1951

4.2.2 Jurisprudência em 1977

O Recurso Extraordinário 80.004-SE/1977, reconhecido pelos doutrinadores como *leading case*, modificou a posição consagrada até então. O Tribunal analisava o conflito entre a Lei Uniforme de Genebra sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias (internalizada pelo Decreto nº 57.663/1966) e a lei interna posterior – Decreto-Lei nº 427/69.

A Corte Pretória, revisando sua jurisprudência, firmou entendimento contrário, para declarar a paridade dos tratados internacionais com as normas internas. Se na esfera de mesma hierarquia, prevalece o brocardo *lex posterior derogat priori*.

4.2.3 Jurisprudência pós 1977

Vários julgados confirmaram a tese da paridade. Entre muitos, destaca-se a ADIn 1.480-3/DF que analisou a possível inconstitucionalidade da Convenção Internacional nº 158 da Organização Internacional do Trabalho – OIT. A posição assumida pela Corte Suprema foi a da não aplicabilidade da Convenção por colidir com as disposições da Constituição. Estando os tratados na mesma linha hierárquica da lei infraconstitucional, consoante entendimento à época, deveria prevalecer o direito constitucional. Tal posicionamento do Supremo levou o Brasil a denunciar o tratado.

4.2.4 Jurisprudência em 1995

Em julgamento do HC 72.131, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou ser constitucional a prisão civil, entendendo haver lei especial interna que não poderia ser revogada por tratado posterior, eis que este tratava da matéria de forma genérica. Consolidou-se a máxima *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*.

A lei especial é o Decreto-lei nº 911/69, que altera o artigo 66 da Lei nº 4.728/65, admitindo a responsabilidade penal para o devedor fiduciário. Eis extrato do aresto (BRASIL, 1995):

Habeas corpus 72.131/RJ-1995

"HABEAS CORPUS". ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR COMO DEPOSITÁRIO INFIEL.

Sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do artigo 5º, LXVII, da Constituição de 1988. - Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no § 7º do artigo 7º da Convenção de San José da Costa Rica. "Habeas corpus" indeferido, cassada a liminar concedida. (HC 72131 / RJ - Relator Min. MARCO AURÉLIO, Julgamento em 23/11/1995, Tribunal Pleno, DJ 01-08-2003 PP-00103 EMENT VOL-02117-40 PP-08650).

4.2.5 Jurisprudência Atual após RE 466.343-1/SP-2008

Pode-se falar em um novo *leading case*, este da lavra do Ministro Gilmar Mendes. Trata-se do Recurso Extraordinário interposto pelo Banco Bradesco, com fulcro no inciso LXVII, do artigo 5º, da CF/88, desejando a prisão civil do devedor em contrato de alienação fiduciária (BRASIL, 2008).

O Ministro analisou a possível revogação da parte final do dispositivo constitucional, em razão da ratificação pelo Brasil do Pacto de San José da Costa Rica. Não entendeu pela revogação, mas apresentou solução diversa que beneficiou o devedor, negando provimento ao recurso. Avança-se.

Em voto paradigma, Gilmar Mendes (BRASIL, 2008) não desejou adentrar nas teorias monista e dualista, asseverando que, na esfera de proteção dos direitos humanos, a discussão dessas teorias se mostra “ociosa e supérflua”. *Verbis*:

Dispensada qualquer análise pormenorizada da irreconciliável polêmica entre as teorias monista (Kelsen)² e dualista (Triepel)³ sobre a relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno dos Estados – a qual, pelo menos no tocante ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, tem-se tornado ociosa e supérflua –, é certo que qualquer discussão nesse âmbito pressupõe o exame da relação hierárquico-normativa entre os tratados internacionais e a Constituição.

Preferiu analisar quatro correntes doutrinárias que procuram dar conta do *status* normativo dos tratados de direitos humanos, filiando-se, ao final, a uma delas. Eis as correntes citas pelo Ministro:

- a) natureza supraconstitucional dos tratados;
- b) *status* constitucional dos tratados;
- c) paridade dos tratados com a lei ordinária e
- d) caráter supralegal dos tratados

Após refutar as três primeiras correntes, o Ministro esposou o entendimento da quarta para fundamentar o seu voto. Asseverou que os tratados sobre direitos humanos, em razão do caráter axiológico da Constituição brasileira, têm lugar específico no ordenamento jurídico, conforme se depreende do seguinte extrato de seu voto: “Não se pode negar, por outro lado, que a reforma também acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico.” (Brasil, 2008)

Nesse passo, firmou entendimento no sentido de que esses tratados especiais estão abaixo da Constituição, mas acima da legislação interna, tendo, portanto, caráter supralegal.

O Pacto de San José da Costa Rica, em razão da supremacia da Constituição brasileira sobre o direito internacional, não teve o poder de revogar a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel. Entretanto, admitida a posição supralegal dos tratados sobre direitos humanos, estes resultam na suspensão da aplicabilidade das leis com eles conflitantes. Eis a explicação do Ministro (BRASIL, 2008):

Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, **a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel** (art. 5º, inciso LXVII) **não foi revogada** pela ratificação do Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), **mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria** [...]

Nesses termos, insistiu o magistrado em dar caráter supralegal aos tratados sobre direitos humanos. *In casu*, o diploma internacional sob comento entrara no ordenamento jurídico ocupando posição superior às leis ordinárias, sendo capaz de afastar a aplicabilidade destas. Foi o suficiente para negar provimento ao recurso, inaugurando uma nova ordem, um novo entendimento, uma nova jurisprudência.

4.2.6 Ponderações ao voto do Ministro Gilmar Mendes

Sendo a tese do Ministro acolhida pela Suprema Corte, inaugurou-se nova jurisprudência com mudança de entendimento. Entretanto, parece que a hermenêutica usada por Gilmar Mendes foi mais política do que jurídica. Explica-se:

A tese foi construída com base na posição hierárquica dos tratados sobre direitos humanos, definida essa posição como sendo supralegal. Vale dizer, acima das leis e abaixo da Constituição. A inaplicabilidade da lei que trata da prisão civil do devedor fiduciante (Lei Especial) restou compreendida.

Por outro lado, como admitido pelo Ministro, continua vigendo o dispositivo constitucional a permitir a prisão civil do depositário infiel, eis que não foi revogado. Ora, então o caráter supralegal não se presta para afastar a Carta Política, a menos que se dê *status* constitucional aos tratados sobre direitos humanos, coisa que o magistrado não o fez. Neste aspecto, smj, incongruente parece estar o voto, *concessa maxima venia*.

Indubitavelmente, a fundamentação do voto foi eficaz para o caso concreto, já que se julgava a prisão civil do devedor fiduciante, equiparado ao depositário infiel por ficção jurídica, corroborada pela norma infraconstitucional. Estando esta afastada pelo *status* supralegal do tratado ratificado, a prisão civil, nesses casos, tornou-se ilegal. Afastada a aplicabilidade da lei, afastada está a ficção jurídica. Consectário suficiente para negar-se provimento ao recurso.

A ponderação que se faz, com todas as ressalvas já colocadas, é tão somente em relação à inaplicabilidade, também, do dispositivo constitucional que trata da prisão civil do depositário infiel, mencionada pelo Ministro em seu voto.

O “efeito paralisante” deveria tocar tão só à lei infraconstitucional, que trata da ficção jurídica, pela lógica da tese, e não à Constituição. Ora, a matéria constitucional disciplinada no artigo quinto tem aplicação direta, por força do seu parágrafo primeiro. Destarte, a prisão civil do depositário infiel, nos termos da Carta Maior, é cogente por si só, não se podendo admitir efeito paralisante da lei regulamentadora (Código Civil), sob pena de o efeito ter reflexo direto na própria Constituição.

Ora, paralisar a lei regulamentadora é o mesmo que paralisar o dispositivo constitucional. A Constituição admite a prisão, mas é o suporte infraconstitucional que disciplina as características dessa prisão: quando, de que modo, por quanto tempo etc. Se o Pacto não tem força para revogar o dispositivo, seguindo a mesma lógica, não pode ter força para paralisá-lo. Embora paralisar e revogar não sejam a mesma coisa, os efeitos jurídicos são idênticos.

Não se pode deslembrar que a prisão civil do depositário infiel é garantia constitucional que protege o direito à propriedade. Tal possibilidade inserida está nas cláusulas dos direitos fundamentais que não podem ser modificadas, sequer por emenda constitucional. Nesse entendimento, ainda que o Pacto passe pelo crivo do quórum qualificado do Congresso, e ganhasse *status* de emenda constitucional, não teria força para revogar o dispositivo constitucional.

A solução jurídica era dar, a teor do parágrafo 2º do artigo 5º da CF, *status* constitucional aos tratados sobre direitos humanos, acolhendo entendimento da doutrina de escol, como apresentada anteriormente. Nessa hipótese, teríamos conflito aparente a ser resolvido, apontando para necessidade de ponderação entre o direito à propriedade e o direito à liberdade, prevalecendo, por óbvio, o último.

Por conseguinte, salvante a posição política, a tese de inaplicabilidade da lei infraconstitucional, pelo caráter supralegal dos tratados, é suficiente para tornar a prisão do devedor fiduciante ilegal. Porém, não tem a pujança necessária para afastar dispositivo da Constituição Federal que não foi revogado e não pode ser paralisado. Para o depositário infiel, permanece o poder cogente da Carta Política, impedindo a pretensão de se afastar a lei regulamentadora. Eis o extrato do voto em sentido contrário (BRASIL, 2008):

Enfim, **desde a ratificação** pelo Brasil, no ano de 1992, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), **não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel.** (original não grifado)

Quis o Ministro, sem admitir em momento algum, juntar-se aos monistas internacionalistas, porém, pecou ao não dar, explicitamente, caráter constitucional aos tratados sobre direitos humanos. Apenas por ilação, admite-se que Gilmar Mendes entenda que essas mudanças deverão ocorrer em doses homeopáticas para ser suportadas pelos magistrados que ainda têm dificuldades de assimilá-las. Sem dúvida, ressalvadas as ponderações mencionadas, trata-se de avanço jurisprudencial que marca mudança de entendimento da Suprema Corte.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tão só por homenagem à sistematização, finalizando este artigo, apresenta-se uma tentativa de consolidação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no que tange à

obrigatoriedade dos tratados, após a decisão analisada que marcou importante mudança de entendimento.

Nessa cadência, tem-se que esses diplomas internacionais guardam *status* diferentes, no momento em que incorporam o ordenamento jurídico brasileiro. É como soa o novo entendimento:

- a) tratados que não versem sobre direitos humanos continuam na posição tradicional da jurisprudência, na medida em que se igualam à legislação interna, obedecendo à teoria da paridade;
- b) tratados que cuidem de direitos tributários, em razão de lei especial expressa nesse sentido (CTN), têm caráter supralegal;
- c) tratados protetivos de direitos humanos, não aprovados pelo quórum qualificado do Congresso Nacional, recebem valor supralegal, tornando inaplicável a lei interna (posição a partir do julgado analisado) e
- d) tratados protetivos de direitos humanos, aprovados pelo Congresso Nacional nos termos da Constituição, possuem caráter de emenda constitucional.

O caminho aberto pelo Ministro Gilmar Mendes não soluciona, tampouco mitiga a posição deselegante do Brasil em relação aos tratados e acordos que subscreve, mas representa uma esperança para aqueles que ainda esperam ver esse país no mesmo patamar dos que primam pela paz e harmonia internacionais.

Aos que foram presos nos tempos de entendimento diverso, pedido de desculpas soaria como afronta; a possibilidade de indenização, por erro do Estado, um lenitivo, ainda que tardio. *Libertas quae sera tamen !*

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

AUST, Anthony. **Modern Treaty Law and Practice**. Reino Unido: Cambridge University Press, 2000.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Apelação Cível** n° 9.587/DF-1951. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>. Acessado em: 12/08/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus** 72.131-1/RJ-1995. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>. Acessado em: 12/08/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário** 466.343-1/SP-2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>. Acessado em: 08/07/2015.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

LINDERFALK, Ulf. **On the interpretation of treaties**. Dordrecht: Springer, 2007.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

SHAW, Malcolm N. **Direito Internacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____, Malcolm N. **International Law**. 6. ed. New York: Cambridge University Press, 2008.