

**XXXI CONGRESSO NACIONAL DO  
CONPEDI BRASÍLIA - DF**

**DIREITO INTERNACIONAL**

**VALTER MOURA DO CARMO**

**WILLIAM PAIVA MARQUES JÚNIOR**

**BERNARDO LEANDRO CARVALHO COSTA**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria - CONPEDI**

**Presidente** - Profa. Dra. Samyra Haydée Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

**Diretor Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

**Vice-presidente Nordeste** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

**Representante Discente:** Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

**Secretarias**

**Relações Institucionais:**

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

**Comunicação:**

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

**Relações Internacionais para o Continente Americano:**

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

**Relações Internacionais para os demais Continentes:**

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

**Eventos:**

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

**Membro Nato** - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

DIREITO INTERNACIONAL [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Valter Moura do Carmo, William Paiva Marques Júnior, Bernardo Leandro Carvalho Costa – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5274-050-2

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Saúde: UM OLHAR A PARTIR DA INOVAÇÃO E DAS NOVAS TECNOLOGIAS

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Internacional. XXX Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza - Ceará (3: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



# XXXI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA - DF

## DIREITO INTERNACIONAL

---

### **Apresentação**

A presente coletânea é composta dos trabalhos aprovados, apresentados e debatidos no Grupo de Trabalho: “Direito Internacional”, no âmbito do XXXI Congresso Nacional do CONPEDI, realizado entre os dias 27 a 29 de novembro de 2024, na cidade de Brasília/Distrito Federal, no Centro Internacional de Convenções do Brasil (CICB), e que teve como temática central: “Um olhar a partir da inovação e das novas tecnologias”.

Os trabalhos expostos desenvolveram de forma verticalizada diversas temáticas atinentes ao Direito Internacional, especialmente alguns dos clamores do contexto contemporâneo de transpandemia (pós-pandemia), quais sejam: as demandas inadiáveis no campo do controle de convencionalidade, os impactos econômicos/comerciais da integração regional, o papel dos direitos humanos, o compromisso com as pautas do desenvolvimento sustentável e os contratos internacionais. As pesquisas ora apresentadas funcionam como canais indispensáveis nos debates e propostas das pendências existentes nos campos indicados e na busca de soluções efetivas para as problemáticas indicadas.

Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro Barza, Madson Douglas Xavier da Silva e Thaís Maria Amorim Pinto de Sousa, destacando a relevância do Direito Internacional para a proteção dos recursos naturais brasileiro, sobretudo em relação ao pré-sal, no trabalho intitulado: “A EXPLORAÇÃO DO PRÉ-SAL POR EMPRESAS ESTRANGEIRAS: AUTONOMIA DA VONTADE, AS EXIGÊNCIAS DA LEI Nº 12.351/2010 E A 2ª RODADA DE PARTILHA DE PRODUÇÃO DOS VOLUMES EXCEDENTES DA CESSÃO ONEROSA”.

Gabriela Soldano Garcez e Leonardo Bernardes Guimarães, na pesquisa: “AS APLICAÇÕES DO DIREITO INTERNACIONAL ESPACIAL EM ÁREAS URBANAS: O USO DE SATÉLITES PARA MELHORIA DA QUALIDADE DE VIDA NAS CIDADES”, sustentam a promoção de uma arquitetura urbana baseada em cidades inteligentes. Ao longo do trabalho, portanto, utilizam o Direito Internacional como interdisciplinar para sustentar a sua hipótese.

No trabalho: “ANSIEDADE CLIMÁTICA: UM NOVO DESAFIO PARA O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS”, Gabriela Soldano Garcez e Leonardo

Bernardes Guimarães traçam linhas gerais sobre a ansiedade climática, causada às populações vulneráveis, que estão em constante risco de sofrerem os prejuízos advindos das mudanças climáticas, cada vez mais frequentes.

Mayelle de Souza Pereira, no texto: “ARBITRAGEM NA AVIAÇÃO INTERNACIONAL: PERSPECTIVAS PARA O SÉCULO XXI”, analisa os diferentes atores da aviação, apresentando seu ecossistema, para sustentar que a arbitragem tem vantagens e obstáculos para sua efetivação nesse cenário.

Othon Pantoja Oliveira de Azevedo, Sidney Cesar Silva Guerra e Marcio Luis da Silva Carneiro no texto: “CATÁSTROFES CLIMÁTICAS E DIREITOS HUMANOS: UM ESTUDO DE CASO DAS ENCHENTES NO RIO GRANDE DO SUL DE 2024”, trazem o resultado de diversas pesquisas da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), em torno da delimitação conceitual e impactos das catástrofes e desastres, aplicando referidas definições ao Direito Internacional e ao Direito Ambiental.

Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro Barza, Mayelle de Souza Pereira e Thaís Maria Amorim Pinto de Sousa, no texto: “A RELAÇÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A AUTONOMIA DA VONTADE: UMA ANÁLISE NA PERSPECTIVA DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO”, mencionam a autonomia da vontade como um direito fundamental, vinculando sua aplicabilidade no âmbito do Direito Internacional, sobretudo no tocante ao Direito Internacional Privado.

A pesquisa “O PROCESSO DE NATURALIZAÇÃO E O CONSEQUENTE NOVO PERFIL DA POPULAÇÃO BRASILEIRA”, de autoria de Letícia Silva Carneiro de Oliveira e Ana Cláudia Veloso Magalhães foi apresentado na sequência, analisando conceitos básicos de naturalização e imigração, bem como a aplicabilidade de direitos fundamentais a imigrantes que venham a residir no Brasil.

Alice Rocha da Silva e Andre Pires Gontijo, no texto: “O PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA”, enfatizam as relações entre Direito Constitucional e Direito Internacional a partir de decisões da jurisprudência da Corte Internacional de Justiça.

Adriano Luiz do Vale Soares, Luziane De Figueiredo Simão Leal e Sarah Clarimar Ribeiro de Miranda, no texto: “A IMPORTÂNCIA DA INFORMAÇÃO AMBIENTAL NO COMBATE À CORRUPÇÃO E LAVAGEM DE ATIVOS NO BRASIL”, abordam a

relevância da informação ambiental como um princípio constitucional, baseado no acesso à informação. Ao longo do trabalho, trazem exemplos práticos do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas.

Caroline Carneiro Maurício, na pesquisa “O PAPEL DAS ASSOCIACOES COMERCIAIS INTERNACIONAIS NA GOVERNANCA PRIVADA”, destaca as constantes transformações do Direito Internacional, com ênfase para as alterações na área do Comércio Internacional. Destaca, nesse âmbito, a existência de novos atores, sobretudo as associações comerciais internacionais.

Cristiane Feldmann Dutra, José Alberto Antunes de Miranda e Taiane Cardoso Barros por meio da relevância da metodologia empírica para analisar a aplicação do Direito Educacional das Crianças Imigrantes, apontando dados coletados na pesquisa, bem como jurisprudência sobre o tema para a comprovação da hipótese levantada na pesquisa: “DIREITO EDUCACIONAL DAS CRIANÇAS IMIGRANTES EM CANOAS-RS: DESAFIOS E PERSPECTIVAS”.

Elve Miguel Cenci , Juliana Ducatti Scodro e Mayara Ribeiro Simaro, destacam a relevância dos novos atores globais no cenário do Direito Internacional, em que atores públicos e privados se unem para a resolução de problemas que lhe são comuns, em uma perspectiva de governança no texto: “REGULAÇÃO DAS POLÍTICAS ESG NO CONTEXTO DA GOVERNANÇA GLOBAL E DO PLURALISMO JURÍDICO”.

Na abordagem: “COMENTÁRIOS SOBRE AS CONCEPÇÕES DA LEX MERCATORIA: UM CONCEITO FUNDAMENTAL PARA O SISTEMA JURÍDICO DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS DO COMÉRCIO NA ATUALIDADE”, Andreia Carolina de Castro Filizzola, Aurelio Agostinho Da Boaviagem e Paul Hugo Weberbauer, destacam a relevância da análise dos espaços autônomos de regulação do mercado no cenário internacional.

Na pesquisa “TEORIA DA COMUNIDADE GLOBAL DE CORTES: 30 ANOS DEPOIS”, Anderson Santos da Silva, faz uma releitura da Teoria da Comunidade Global de Cortes, retomando o modo como referida teoria foi base para uma série de teorias subsequentes. Sustenta uma maior aplicabilidade dessa teoria no Brasil.

O texto: “CONTRATOS INTERNACIONAIS DO COMÉRCIO E A NOÇÃO DE FORÇA MAIOR: A DIVERGÊNCIA INTERPRETATIVA ENTRE O CIVIL LAW E O COMMON

LAW”, de Andreia Carolina de Castro Filizzola, Paul Hugo Weberbauer e Aurelio Agostinho da Boaviagem, aborda a concepção de força maior nas duas diferentes matrizes de tradição jurídica, aplicando o estudo aos contratos internacionais de comércio.

O trabalho “A UNIÃO EUROPEIA E AS OBRIGAÇÕES DOS ESTADOS-MEMBROS EM PROL DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS”, de Tais Silveira Borges Araújo, analisa as diferentes vinculações normativas que os Estados-Membros possuem no âmbito da União Europeia.

A pesquisa “AS NOVAS ESTRATÉGIAS DO CAPITALISMO CONSCIENTE À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL: OS BENEFÍCIOS DOS PROGRAMAS DE ESG E DE COMPLIANCE NO MUNDO CORPORATIVO”, de Anna Gabert Nascimento, Laura Prado de Ávila e Sabrina Cadó investiga a relevância das normas do mundo corporativo no Direito Internacional, podendo servir como base, também, para o Direito Ambiental. Destaca, nesse sentido, a influência das empresas, a partir da aplicação de códigos própria de regulação, para a proteção do Meio Ambiente.

O texto: “DIREITO INTERNACIONAL DO MAR E MUDANÇAS CLIMÁTICAS: O DIÁLOGO ENTRE REGIMES NORMATIVOS NO COMBATE À ELEVAÇÃO DO NÍVEL DOS OCEANOS”, de autoria de Leonardo de Camargo Subtil, Mario Henrique da Rocha e Anna Gabert Nascimento destaca as perspectivas epistemológica, normativa e institucional para a observação do Direito do Mar. Com referidas observações, sustenta a relevância da pesquisa no âmbito das mudanças climáticas.

O texto: “O ARTIGO 2º DO CÓDIGO CIVIL À LUZ DO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA: UMA PROPOSTA DE CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE EM PROL DA TEORIA CONCEPCIONISTA NO BRASIL”, de autoria de Eneida Orbage De Britto Taquary, Juliana Daher Delfino Tesolin e Pedro Glukhas Cassar Nunes, aborda a importância do Direito Internacional para a observação das normas internas do Direito brasileiro.

O artigo: “O PRINCÍPIO DA APARÊNCIA NA USUCAPIÃO EM PERSPECTIVA DO DIREITO COMPARADO: BRASIL E PORTUGAL”, de autoria de Danilo Enrique Santos Araújo, tece elementos comparativos entre Brasil e Portugal para a análise do instituto da Usucapião.

A pesquisa “A INTEGRAÇÃO REGIONAL NA AMÉRICA DO SUL COMO PROJETO DE ESTADO E SUPERAÇÃO DAS POLÍTICAS GOVERNAMENTAIS E

IDEOLÓGICAS”, de William Paiva Marques Júnior, foi apresentado na sequência, procurando destacar a relevância de superar as políticas governamentais e ideológicas nos processos de integração, de modo a evitar que projetos como a Unasul, por exemplo, já superada pelo Prosul, sejam arquivados, a depender da ideologia do governo que assume o Estado.

No encerramento, foi apresentada a pesquisa “O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE COMO VETOR DE ORIENTAÇÃO DOS PROCESSOS DE INTEGRAÇÃO REGIONAL NAS EXPERIÊNCIAS DO MERCOSUL E DA UNIÃO EUROPEIA”, de William Paiva Marques Júnior, enfatizando a relevância da solidariedade no Direito Internacional. Cooperação e solidariedade são paradigmas aptos à superação dos parâmetros de individualidade existentes na sociedade, na proposta do artigo.

Com grande satisfação, apresentamos esta coletânea, que reflete as discussões mais atuais e relevantes realizadas no âmbito do Grupo de Trabalho em Direito Internacional do XXXI Congresso Nacional do CONPEDI. Os trabalhos ora reunidos não apenas aprofundam os debates teóricos, mas também oferecem reflexões práticas sobre os desafios contemporâneos enfrentados pelo Direito Internacional em um mundo cada vez mais interconectado e marcado por transformações tecnológicas, econômicas e sociais.

Esperamos que esta obra inspire novas investigações acadêmicas e contribua para a construção de soluções inovadoras e sustentáveis às problemáticas globais. Além disso, acreditamos que os temas abordados possam fomentar o diálogo entre pesquisadores, profissionais e formuladores de políticas públicas, consolidando o

Direito Internacional como ferramenta indispensável para a promoção da justiça, da cooperação e da proteção dos direitos fundamentais no cenário pós-pandêmico.

Agradecemos imensamente a todos os autores, pesquisadores e organizadores que tornaram este trabalho possível e reiteramos nosso compromisso em promover espaços de discussão acadêmica qualificada. Que esta obra sirva como referência para a ampliação dos horizontes do Direito Internacional e como um convite para novas perspectivas diante dos desafios globais do presente e do futuro. Desejamos a todos uma leitura enriquecedora e inspiradora.

Prof. Dr. Bernardo Leandro Carvalho Costa – UFMT (Universidade Federal de Mato Grosso)

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – Programa de Pós-Graduação em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos (PPGPJDH) da ESMAT e UFT

Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior - UFC (Universidade Federal do Ceará)



**O ARTIGO 2º DO CÓDIGO CIVIL À LUZ DO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA: UMA PROPOSTA DE CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE EM PROL DA TEORIA CONCEPCIONISTA NO BRASIL**

**ARTICLE 2 OF THE CIVIL CODE IN THE LIGHT OF THE PACT OF SAN JOSÉ DA COSTA RICA: A PROPOSAL FOR CONVENTIONALITY CONTROL IN FAVOR OF CONCEPTIONIST THEORY IN BRAZIL**

**Eneida Orbage De Britto Taquary  
Juliana Daher Delfino Tesolin  
Pedro Glukhas Cassar Nunes**

**Resumo**

O ser humano é pessoa em um sentido incomparável e o reconhecimento de sua personalidade não depende da ocorrência individual de certos acidentes ou de uma corrente de pensamento ou de um ato estatal, mas apenas do pertencimento à espécie a partir da concepção do nascituro com a fecundação dos gametas masculino e feminino. No entanto, existe na ciência do Direito brasileiro duas teorias sobre o início da personalidade: a teoria natalista e a teoria concepcionista. De acordo com aquela, o nascituro não teria direitos, mas apenas mera expectativa deles, pois não é pessoa por ainda não ter nascido. Ela se funda na primeira parte do artigo 2º do Código Civil. Já a segunda parte do mesmo dispositivo declara contraditoriamente que o nascituro tem direitos garantidos desde sua concepção. A pesquisa se centra na contradição interna do referido artigo para pesquisar soluções viáveis de jure constituto que possam sanar esse problema de incoerência e inconsistência sistêmica, uma vez que a jurisprudência e outros dispositivos legais, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos é expressamente concepcionista. A metodologia consiste na análise da doutrina nacional civilista e no estudo do caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal, no RE 466343/SP, à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos. O resultado que se pretende alcançar se expressa pela interpretação do art. 2º do Código Civil, em desacordo com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

**Palavras-chave:** Nascituro, Controle de convencionalidade, Pacto de São José da Costa Rica, Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Teoria concepcionista

**Abstract/Resumen/Résumé**

Human beings are persons in an incomparable sense, and the recognition of their personality does not depend on the individual occurrence of certain accidents or a school of thought or a state act, but only on belonging to the species from the conception of the unborn child with the fertilization of male and female gametes. However, there are two theories in Brazilian law regarding the beginning of personality: the natalist theory and the conceptionist theory. According to the former, the unborn child would not have rights, but only a mere expectation of them, since they are not persons because they have not yet been born. It is based on the

first part of article 2 of the Civil Code. The second part of the same provision contradictorily states that the unborn child has rights guaranteed from the moment of conception. The research focuses on the internal contradiction of the aforementioned article in order to seek viable de jure constituto solutions that can solve this problem of systemic incoherence and inconsistency, since case law and other legal provisions, such as the American Convention on Human Rights, are expressly conceptionist. The methodology consists of analyzing the national civil law doctrine and studying the case tried by the Supreme Federal Court, in RE 466343/SP in light of the American Convention on Human Rights. The intended result is expressed by the interpretation of art. 2 of the Civil Code, in disagreement with the American Convention on Human Rights.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Unborn child, Conventionality control, Pact of san José of Costa Rica, American convention on human rights, Confectionist theory

## 1 INTRODUÇÃO

A pessoa é um tema que amiúde provoca assombro. Em meio a tudo que existe a pessoa ocupa uma posição especial. Se Aristóteles disse que os homens começaram a filosofar por causa do assombro, não é temerário assumir que eles continuam a fazê-lo, pelo menos, em virtude do maravilhamento que incessantemente instigam em seus pares.

E tudo isso subsiste malgrado violações à incolumidade das esferas jurídicas. Por exemplo, ainda que vigesse a escravidão, a disposição de um homem sobre outro não é exercida sobre sua pessoa, naquele perímetro intangível e imaterial da liberdade humana, mas tão somente sobre seu corpo e sua realidade sensível. A personalidade em si é inviolável e incoercível; podem-na ofender exteriormente os sistemas políticos, econômicos ou jurídicos, preterindo-a ou não a reconhecendo. Contudo, uma vez adquirida tão logo passe a existir o homem, inere-lhe vitaliciamente *from womb to tomb* (do útero à cova).

O tema da pesquisa emerge de uma inquietação com o tratamento jurídico do marco inicial da vida humana. Embora evidente para este autor que a pessoa seja o modo concreto e incondicionado de existir do ser humano desde sua concepção, esse dado da realidade é reiteradamente vilipendiado por ideias e decisões desenvolvidas paradoxalmente por pessoas que, no pleno exercício de seus direitos existenciais de personalidade, gozam da liberdade de obstá-los para outras pessoas.

Toma-se como premissa uma possível incoerência interna e uma inconsistência sistêmica do artigo 2º do Código Civil, que serão devidamente investigadas, e a conseqüente necessidade de conformidade.

Se é certo que a legitimidade primária para correções legais *de lege ferenda* é do Poder Legislativo, também é certo que o Direito não se resume só à lei, devendo o sistema jurídico dispor de recursos autênticos para o controle sistemático de normas pelo Poder Judiciário, uma vez que sua função precípua é, *de jure condito*, defender a integridade desse sistema, resolvendo conflitos e interpretando as leis para sua aplicação concreta. Entre esses recursos, aponta-se o controle de convencionalidade.

O direito impõe-se ao homem como princípio da vida social, na medida em que o homem é tanto um fim em si mesmo quanto um ser político e social, isto é, autodeterminado ao mesmo tempo que integra um *alter*. O homem absolutamente sozinho não necessitaria de direito ou de qualquer outra norma de adaptação social.. Daí afirmar Venosa (2023, p. 23): “no Direito existe o fenômeno da *alteridade* [...]. Só pode haver direito onde o homem, além

de viver, *convive*. Um homem que vive só, em uma ilha deserta, não é alcançado pelo Direito”. *Unus homo, nullus homo*.

A fim de alcançar o objetivo específico de defender a tese concepcionista da natureza jurídica do nascituro no direito brasileiro, o projeto desenvolveu-se por meio de pesquisa histórica (consolidação do direito das gentes com marca humanitária, transformação do conceito de pessoa na civilização ocidental e influência do direito romano e da pandectística alemã no Código Civil), pesquisa documental (Constituições, legislações, resoluções, projetos de lei, documentos legais históricos, tratados e documentos internacionais, jurisprudências internacional e nacional com ênfase no acórdão do RE 466.343/SP), à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos, o conhecido Pacto de São José da Costa Rica. e pesquisa bibliográfica interdisciplinar.

Com este estudo, pretende-se, sob um viés normativo pós-positivista, fomentar a discussão em tons mais corajosos em defesa daqueles dos quais, se respeitados fossem enquanto pessoas, jamais se cogitaria exceções ao direito à vida em face da lei e dos Tribunais.

## **2 A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E O PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA**

O direito internacional público, de matriz normativa secularizada, tem sua origem mais remota na Paz de Westfália em 1648: marco do fim da Guerra dos 30 anos (a terceira e última rodada das guerras de religião) com o primeiro congresso político de paz paneuropeia.

Suas consequências ideológicas mais proeminentes foram a neutralização da influência da religião nas relações internacionais – com a derrocada do projeto de hegemonia Católica pelos Habsburgos contra a emergência desde o século XVI dos protestantismos e com a adoção em escala europeia do princípio religioso consubstanciado na Paz de Augsburg de 1555. E a assunção do conceito de guerra justa como uso lícito da força para proteção e conservação do território, em decorrência do princípio de igualdade formal entre os soberanos Estados europeus que emergiam sem nenhum poder político que lhes fosse superior.

Tal Paz moldará a geopolítica internacional até o final da Primeira Guerra Mundial, quando o mundo terá passado por mais outras duas Pazes: a de Viena em 1815 e a de Versalhes em 1919. A Paz de Versalhes marca, não só o fim dessa guerra, como o início da fase de cooperação dos Estados em Direito Internacional, com a criação, por exemplo, da Liga

das Nações (embrião da Organização das Nações Unidas) e da Organização Internacional do Trabalho.

A guerra, mesmo a justa, outrora tolerada, passa a ser condenada e proibida como mecanismo de resolução de controvérsia (ressalvada a exceção da legítima defesa). O emblemático Pacto Kellogg-Briand de 1928 uniu mais de cinquenta nações no propósito de renunciar à guerra como instrumento de política nacional em suas relações.

Todavia, como bem testemunha a história, a assinatura de tratados de paz não é suficiente para conter o ímpeto beligerante. E, novamente, os países europeus entrarão em guerra.

A Segunda Guerra Mundial foi o conflito militar mais letal da história, responsável por dizimar aproximadamente 3% da população mundial à época (Vergun, 2020). Seus eventos descortinaram para a humanidade as consequências nefastas do mal enquanto prosaica possibilidade humana. Não tanto um problema somente teológico ou psicopatológico, mas precipuamente ético. Os governos totalitários despersonalizavam seus indivíduos tornando-os engrenagens à frente de máquinas de extermínio que, viabilizadas pelos recursos e pela burocracia ingente, se punham em marcha contra pessoas privando-as de sua condição humana sob aniquilantes argumentos eugenistas e higienistas.

Um exemplo consternador de despersonalização e homogeneização desumanizante foi a imposição nazista dos *Zwangsvornamen* (nomes forçados) Israel e Sara à frente dos nomes próprios de judeus e judias. Uma violação institucionalizada a uma das espécies mais basilares dos direitos da personalidade – o direito ao nome.

Judeus, ciganos, poloneses, cristãos, homossexuais, negros, eslavos, orientais, liberais, comunistas, anarquistas, dissidentes políticos, pessoas com deficiência ou transtornos psiquiátricos, etc. tiveram sua existência reduzida a “triângulos, estrelas ou letras” e a perseguições brutais. Atualização pura da ideia, de inspiração spenceriana, da *lebensunwertes Leben* (vida indigna de ser vivida) (Lifton, 1986; Rabitz, 2009; Leite, 2023).

Um ataque à diversidade humana *in se*, a Segunda Guerra Mundial descortinou uma “ferocidade nunca vista, que culminou, finalmente, com o surgimento do genocídio, crime até então desconhecido em meio à civilização ocidental” (Arendt, 1989, p. 20). Não que massacres de povos ou nações fossem sem precedentes. A história mundial nos fornece incontáveis exemplos.

Em *Eichmann em Jerusalém*, Hannah Arendt denunciou a deterioração que os sistemas totalitários, com sua burocracia desumanizante, engendraram no juízo humano, banalizando o mal e diluindo a consciência da autorresponsabilidade numa mera escusa de

execução acrítica de ordens (Andrade, 2010, p. 110), verificada na dinâmica exterminacionista da Segunda Guerra Mundial.

Em resposta às atrocidades cometidas ao longo da primeira metade do século XX contra pessoas e grupos humanos, o cenário mundial foi profundamente marcado pela promoção e proteção dos direitos humanos, alçados a tema global, bem como por sua concretização por meio da institucionalização nacional e internacional de um arcabouço jurídico e político efetivador desses direitos.

Nasce, assim, um sistema internacional de proteção dos direitos humanos com um braço global (o sistema das Nações Unidas) e diversos braços regionais. Entre estes, o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, que engloba atualmente 34 Estados-membros das três Américas, concentrado na Organização dos Estados Americanos (OEA) e composto por dois órgãos principais de monitoramento dessa organização – a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão da própria OEA, e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), um órgão judicial autônomo. Sua *cellula mater* normativa compreende a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), a Carta da Organização dos Estados Americanos (1948) e o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 1969).

## **2.1 Pacto de São José da Costa Rica**

Assinada em 1969 e entrada em vigor em 1978, após o depósito do 11º instrumento de ratificação (Artigo 74 (2) da CADH.) pela Granada (*Organización de los Estados Americanos*, 2021), o Pacto de São José da Costa Rica é o tratado mais importante do sistema interamericano de promoção e proteção dos direitos humanos, pois estabeleceu um padrão normativo que até então não existia nas Américas (Mazzuoli, 2023, p. 868) “reconhecendo que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana” (Brasil, 1992).

Só em 1992 que o Brasil promulgará e publicará o documento por meio do Decreto executivo 678, de 6 de novembro, ato contínuo ao depósito da sua Carta de Adesão no dia 25 de setembro.

Ao reafirmar os princípios proclamados pelas três grandes declarações de 1948 – a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e a Carta da Organização dos Estados Americanos –, essa convenção

internacional corrobora o propósito dos Estados americanos de consolidar, no âmbito das instituições democráticas, “um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem” (Brasil, 1992); constituindo, portanto, um instrumento normativo de extremo relevo para a proteção dos direitos básicos da pessoa humana nas Américas.

A CADH trata mormente dos chamados direitos de primeira geração – liberdades individuais, direitos civis e políticos –, embora contemple, em suas disposições preambulares e em seu artigo 26, o desenvolvimento progressivo dos direitos de segunda geração: direitos econômicos, sociais e culturais; implementados com robustez em 1988 com o Protocolo Adicional à Convenção Americana em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (o Protocolo de São Salvador).

Logo em seu artigo 1º (2), o Pacto de São José da Costa Rica equaciona pessoa a todo ser humano. No artigo 3º, estabelece o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica a toda pessoa ou, na forma do artigo 1º, a todo ser humano. O artigo 4º consagra o direito à vida desde a concepção, adotando expressamente a teoria concepcionista.

## **2.2 Primeiras provocações**

Este escrito se radica, mais remotamente, no enfrentamento do conteúdo de dois documentos: a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica* e o acórdão do STF no HC 124.306/RJ.

O avanço do neoconstitucionalismo no pós-Segunda Guerra foi uma resposta à necessidade de diligenciar uma reinterpretação axiológica das normas de proteção da pessoa, tendo como vetor a máxima efetividade e concretização dos direitos fundamentais e dos direitos humanos. Impulsionou-se uma abertura tal dos sistemas jurídicos que uma leitura meramente positivista passou a ser insuficiente e as Constituições passaram a ocupar o centro da ordem jurídica enquanto “uma ordem sistêmica de valores” (Mazzuoli, 2018, p. 151).

No tocante à sentença no caso *Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos concluiu, no ponto 258, que o adjunto adverbial “em geral” no artigo 4º (1) da CADH relativiza o direito à vida em face de outros direitos. Ou seja, decidiu que tal direito desde a concepção não seria absoluto e permitiria exceções. “A interpretação literal afirma que esta expressão está relacionada com a previsão de possíveis exceções a uma regra particular” (Corte IDH, 2012, §188).

Muito embora a interpretação estritamente gramatical do dispositivo possa dar margem a essa relativização, tal método é, segundo Ferraz Júnior (2023, p. 266), apenas o ponto de partida do labor hermenêutico constituindo um instrumento técnico para a tomada de consciência do julgador a serviço da identificação de inconsistências. Não se resolve um problema somente com a interpretação gramatical. “Por esta razão, sem receio de erro, pode dizer-se que nada é tão elementar – e permite erros palmares – quanto a adoção simples da interpretação gramatical para a análise de uma norma jurídica” (Martins, 1978, p. 10).

A interpretação sistemática entra em cena como procedimento fulcral da atividade hermenêutica, pois pressupõe a unidade do ordenamento, servindo para o enfrentamento de questões de compatibilidade num todo estrutural. E esse todo representa não só as outras fontes do Direito como também a inteireza do próprio texto do qual promana a norma.

Destarte, cotejando o supracitado artigo 4 (1) com os artigos 1 (2) e 3 da CADH, nos quais não consta nenhum termo acessório (como o adjunto adverbial “em geral”) que possa dar azo a excepcionalidades, tem-se que o direito ao reconhecimento da personalidade é absoluto desde a concepção, pois a expressão “em geral” deixa de ser uma cláusula de excepcionalização para ser interpretada, *in casu*, como uma generalização, equivalente a “sempre”. Isto é, sinônimo de “em todos os casos particulares” e não de “na maioria dos casos”. A articulação dos artigos impossibilita a negação pela verificação fática de uma proposição particular do tipo “existe algum caso contrário”.

De acordo com a CADH, todo o ser humano desde o momento da concepção tem o direito à vida e de ser reconhecido como pessoa. A antecipação do adjunto adverbial “em geral” (constatada por sua colocação entre vírgulas antes da locução verbal “deve ser protegido” em zeugma) contrasta com o escopo mais limitado do agente da passiva “pela lei”, introduzindo a ideia de um âmbito mais amplo de proteção. E isso por motivos óbvios: o nascituro é, das etapas da vida humana, a mais frágil. Portanto, o direito à vida do conceito deve ser mais largamente protegido, para além da proteção nacional que as leis domésticas conferirão ao direito à vida em si, já que se trata de um diploma normativo internacional. É uma convocação transnacional à proteção do nascituro. Se não, por que a escolha específica do termo “concepção”?

Ora, a Corte IDH ultrapassa seu múnus judicante ao invadir a vontade dos Estados que legislaram na confecção do Pacto de São José da Costa Rica. Destaque-se nenhum dos 25 países que o ratificaram (Organização dos Estados Americanos, 2024) formulou reserva expressa aos artigos 1 (2), 3 ou 4 (1). Quando afirma que “nenhum destes artigos ou tratados permite argumentar que o embrião possa ser considerado como pessoa [...] Tampouco é



possível desprender esta conclusão [...] de uma interpretação sistemática” (Corte IDH, 2012, § 244), a Corte IDH comete um equívoco desconsiderar a interpretação sistemática mais primordial – a *interna corporis*. A própria convenção resolve o problema com uma leitura concatenada de seus artigos. *Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio*.

Ademais, no ponto 264, contrariamente à Biologia e à Medicina, conclui que a concepção ocorre com a implantação do embrião no útero materno. Analisaremos essa afirmação com maior profundidade no capítulo três.

Quanto ao acórdão do STF no julgamento do HC 124.306/RJ, a Ministra Rosa Weber se valeu da experiência comparada, com a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Artavia Murillo versus Costa Rica*, para votar pela constitucionalidade do aborto no primeiro trimestre gestacional com base na interpretação conforme a Constituição dos artigos 124 a 126 do Código Penal. Ressalte-se, em oposição, que o objeto da tutela penal é a vida do nascituro, o qual é, pelo menos nesta seara, indubitavelmente considerado uma pessoa. Os artigos 124 a 126 do Código Penal situam-se no título dos crimes contra a pessoa e em nenhum momento excetuam cronologicamente sua hipótese de incidência. Outrossim, se a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é clara em seu artigo 227 quando assegura à criança, com absoluta prioridade, o direito à vida, conforme qual Constituição estar-se-ia referindo? Questiona-se se essa decisão não seria ativista, tendo abandonado o direito por força da “incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros poderes” (Ramos, 2018, p. 324, *apud* Uliano, 2022, p. 34).

### **3 O RE 466.343/SP E O STATUS NORMATIVO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO DIREITO BRASILEIRO**

A promulgação da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, conhecida como a Reforma do Judiciário, acresceu o §3º ao artigo 5º da Carta Magna de 1988 e inaugurou um novo paradigma no direito interno brasileiro acerca dos tratados internacionais sobre direitos humanos, onde “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.”.

Ao permitir que o Congresso Nacional erija em *status* constitucional os acordos internacionais relativos a direitos humanos, absorvidos domesticamente conforme o rito de Emenda Constitucional, o Poder Constituinte Reformador ressaltou o caráter especial de tais diplomas ante os demais tratados de reciprocidade, conferindo-lhes *locus* privilegiado no ordenamento jurídico pátrio.

### 3.1 O RE 466.343/SP

No dia 03 de dezembro de 2008, ao julgar o RE 466.343-1/SP, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, em decisão histórica que superou sua própria jurisprudência, até ali de equiparação de todos os tratados internacionais à legislação ordinária, passou a adotar a tese capitaneada pelo então Presidente Ministro Gilmar Mendes, em seu voto-vista, de *supralegalidade* dos tratados internacionais de direitos humanos não incorporados como emenda constitucional, acoimando o anacronismo e a insuficiência da vertente da legalidade ordinária, à luz da mudança constitucional promovida pela Reforma do Judiciário, da supremacia material e formal da Constituição Federal sobre todo o ordenamento jurídico interno e da tendência contemporânea de abertura e prestígio à cooperação mundial entre Estados constitucionais em prol da pessoa humana.

A consequência prática foi uma inovação na clássica teoria *kelseniana* do escalonamento normativo com a adição de um novo estrato na pirâmide jurídica, “abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna” (STF, 2008, p. 86).

Nos termos do julgamento do RE 466.343-1/SP, com repercussão geral (Tema 60), os tratados internacionais sobre direitos humanos terão natureza de norma supralegal, se não são internalizados na forma de emenda constitucional, paralisando, pois, a eficácia de todo o estrato infraconstitucional em sentido contrário.

Particularmente, tal julgamento do Pretório Excelso cingiu-se ao conflito entre o artigo 652 do Código Civil e o artigo 7º, parágrafo 7, do CADH, sobre a temática da prisão civil do depositário infiel. Conforme o entendimento exarado, no sistema de direito privado, desde a adesão do Brasil ao CADH, não há base legal para a prisão do depositário infiel, a qual, embora conste na Constituição Federal, não poderá ser regulamentada já que a regra do Código Civil ou de qualquer outro ato normativo legal ou infralegal teve sua eficácia paralisada, sendo, pois, inconvenção e ilícita. Tal entendimento foi consolidado por meio da edição da Súmula Vinculante nº 25 e da Súmula nº 419 do STJ.

Em seu voto, o Ministro Gilmar colacionou os argumentos que embasam as quatro principais teses sobre a possível posição dos tratados internacionais de direitos humanos na pirâmide normativa do ordenamento jurídico brasileiro:

### **3.1.1 Corrente 1 – supraconstitucionalidade**

A primeira corrente confere *status* supraconstitucional aos tratados em matéria de direitos humanos. Não prospera no direito brasileiro.

Em sistemas jurídicos regidos pelo princípio da supremacia formal e material da Constituição, nada se lhe sobrepõe. Tal princípio tem raízes mais profundas na soberania bodiniana dos Estados nacionais modernos apregoada pela Paz de Westfália.

“Os tratados e convenções devem ser celebrados em consonância não só com o procedimento formal descrito na Constituição, mas com respeito ao seu conteúdo material, especialmente em tema de direitos e garantias fundamentais” (STF, 2008, p. 34).

Outrossim, desde que o STF solenizou, sob a Relatoria do Ministro Celso de Mello em dois julgados paradigmáticos (ADI 1480 MC/DF, julgado em 1997 e CR 8279 AgR / Argentina, julgado em 1998), a prática brasileira de anos assentada na promulgação interna do tratado por meio de um Decreto presidencial (Mazzuoli, 2023, p. 69), é de se dizer que vige no Brasil a teoria do dualismo moderado sobre a relação entre Direito Internacional Público e o Direito Interno Estatal, de modo que é a Constituição Federal que define o processo de transposição dos tratados internacionais para o plano do direito positivo interno do Brasil.

Nos termos do ementado no Agravo Regimental na Carta Rogatória 8279, não encontram respaldo no texto da Carta Magna de 88 o princípio do efeito direto e o postulado da aplicabilidade imediata, respectivamente, a aptidão de a norma internacional repercutir desde logo na esfera jurídica dos particulares e a vigência automática da norma internacional na ordem jurídica interna (STF, 1998, Ementa). Segundo o Ministro Relator, sua incorporação depende de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional e a do Presidente da República enquanto Chefe de Estado – tudo isso amparado pelo texto constitucional.

Foi municiado desse entendimento que o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto no acórdão do RE 466.343-1/SP, declarou que a previsão constitucional no artigo 5º, LXVII (prisão civil do depositário infiel) não foi, de forma alguma, revogada pela CADH, mas que tão somente “deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria” (STF, 2008, p. 55).

### 3.1.2 Corrente 2 – constitucionalidade material incondicional *pro homine*

A segunda corrente advoga a estatura constitucional de todos tratados sobre direitos humanos, independentemente do rito legislativo pelo qual foram incorporados, sob o argumento-chave da interpretação sistemática dos § 2º e § 1º do artigo 5º da Constituição, ambos frutos do Poder constituinte originário.

Argumentam que o § 2º constitui uma verdadeira cláusula aberta de recepção dos direitos humanos emanados dos diplomas internacional, ao passo que o § 1º lhes garante uma aplicabilidade imediata tal que dispensaria qualquer intermediação legislativa (STF, 2008, p. 36). Os vetores-chave dessa corrente são a doutrina objetivista do fundamento do Direito Internacional Público e o princípio *pro homine*, um princípio hermenêutico de recurso, entre as normas dos sistemas nacional e internacional, àquela mais protetora (ou favorável) para o ser humano. Mazzuoli (2018, p. 139) explica que, para a referida doutrina, os tratados internacionais de direitos humanos possuem um fundamento ético tamanho que ultrapassa o âmbito de vontade e o domínio reservado dos Estados de alocá-los em níveis pré-definidos.

Segundo Gomes (2010), tal posicionamento encontra guarida na pena de diversos doutrinadores publicitários internacionalistas em nosso país, como Cançado Trindade, Celso Lafer, Flávia Piovesan, Ximenes Rocha, Gomes Filho, Valerio Mazzuoli e Marcelo Figueiredo. Encontra-a também no voto-vista do Ministro Celso de Mello no julgamento do RE 466.343-1/SP e no direito comparado, nas Constituições dos seguintes países: Venezuela (que confere aos tratados de direitos humanos hierarquia constitucional, incorporação automática e alça o princípio *pro homine* a princípio constitucional), Argentina e Nicarágua (ambas elencam um rol taxativo de instrumentos internacionais constitucionalizados).

A despeito do mérito salutar de promoção dos direitos humanos, tal corrente não prospera no Brasil por três motivos.

Primeiramente, a expressão “não excluem” do §2º do artigo 5º da CF88 não significa automaticamente seu contrário linguístico “incluem”. Ou seja, embora direitos e garantias fundamentais do ser humano não se encerrem no texto promulgado da Constituição, há de se respeitar o iter procedimental por ela estabelecido para absorção doméstica de atos normativos internacionais.

*A fortiori*, a redação do dispositivo consagra a abertura do Brasil à cooperação e à solidariedade internacionais, na qualidade de um Estado Constitucional Cooperativo, que entrelaça sinergicamente Direito Constitucional e Direito Internacional, conforme a preleção

do constitucionalista alemão Peter Häberle aduzida pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto (STF, 2008, p. 43).

Em segundo lugar, tal corrente incorreria em imprecisão terminológica ao estender a aplicação imediata, referida no §1º do artigo 5º da CF88, aos direitos humanos. Conforme Mazzuoli (2023, p. 798), a diferença fundamental entre direitos fundamentais e direitos humanos é topográfica: enquanto aqueles se situam no texto da Constituição, estes estão positivados em documentos internacionais ou decorrem de costumes de índole internacional. Logo, a aplicabilidade imediata do supracitado parágrafo respeita estritamente às normas constitucionais (aos direitos fundamentais).

Em terceiro lugar, a promulgação da EC 45/2004 exinaniu, *de jure constituto*, o debate dessa segunda corrente, pois, na prática, os tratados já ratificados pelo Brasil antes de 2004 ou aqueles que o serão fora do procedimento especial do § 3º não poderão equivaler a normas constitucionais.

### **3.1.3 Corrente 3 – paridade legal**

A terceira corrente postula que os tratados internacionais de direitos humanos possuem paridade normativa com as leis ordinárias, não possuindo, conseqüentemente, a “devida legitimidade para confrontar, nem para complementar o preceituado pela Constituição Federal em matéria de direitos fundamentais” (Mendes e Branco, 2018, p. 673).

Similarmente à tese anterior, a reforma promovida pela EC 45/2004 esvaziou a discussão em torno dessa terceira corrente. No presente caso, contudo, devido à importância e à relevância que o texto constitucional conferiu aos diplomas internacionais de direitos humanos perante as demais espécies de tratados.

Tal corrente revelou-se, pois, insuficiente à luz do § 3º introduzido no artigo 5º pelo constituinte reformador. “Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana” (Mendes e Branco, 2018, p. 678).

Antes do acórdão do RE 466.343-1/SP em 2008, o STF posicionava-se no sentido da legalidade ordinária para todos as espécies de tratados internacionais (tanto comuns quanto de direitos humanos), oriundo do julgamento paradigmático do RE 80.004/SE em 1977, que consistiu *per se* num enérgico *overruling* da tese que vigorava, desde a década de 1940, do primado das normas internacionais sobre o ordenamento interno em consonância com o princípio da especialidade, conforme Rezek (2024, p. 46).

Arrimando-se à noção de que tratados internacionais e leis internas estariam no mesmo patamar normativo, o Pretório Excelso, assente no voto vencedor do Ministro Cunha Peixoto, consolidou a aplicação do critério cronológico de solução de antinomias – *lex posterior derogat legi priori* (lei posterior derroga lei anterior) –, que no contexto do Direito Internacional Público recebe o nome de *treaty override*, considerado o mesmo grau hierárquico e mesmo âmbito de validade de ambos. Destarte, um novo tratado pode revogar uma lei anterior tanto quanto uma lei posterior pode revogar um tratado já concluído.

Em resgate, sob certo aspecto, do princípio da especialidade, o Ministro Leitão de Abreu tece, em seu voto (STF, 1977, p. 26), uma pertinente crítica de cunho formal à fórmula *lex posterior derogat legi priori*: os tratados possuem formas próprias de extinção, não sendo rigorosamente possível a lei posterior revogá-lo, mas tão somente afastar sua aplicação enquanto for vigente. Se tal lei vier a ser revogada, o tratado voltará a ser aplicado. Se se tratasse propriamente de revogação, o tratado, na parte revogada por lei posterior, não volveria a aplicar-se se tal lei revogadora viesse a ser ela mesma revogada, por força da vedação da reconstituição automática disposta no artigo 2º, § 3º, da antiga Lei de Introdução ao Código Civil, atual Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei 4657/1942).

Posto isso, ressalte-se que esta terceira corrente permanece vigente para os casos de tratados comuns ou tradicionais, sendo ainda a jurisprudência adotada pelo STF, com a possibilidade de *treaty override* por lei posterior doméstica que lhes seja conflitante.

### **3.1.4 Corrente 4 – supralegalidade**

Por fim, a quarta corrente, atualmente em vigor no Brasil nos termos da mais recente jurisprudência do STF (RE 466.343/SP).

Os sistemas protetivos de direitos humanos estabeleceram um novo *ethos*, não só no cenário global, mas também no âmbito de cada Estado constitucional cooperativo. Além disso, em virtude da reforma constitucional promovida pela Emenda Constitucional 45/2004, a Corte Suprema entendeu ter restado praticamente implausível a manutenção de jurisprudência que equipare os tratados de direitos humanos a leis ordinárias, à semelhança do que ocorre com quaisquer outras espécies de instrumentos convencionais de caráter internacional.

Os direitos humanos são a fórmula mais concreta de que dispõem os Estados constitucionais para garantir tanto a máxima eficácia das relações internacionais cooperativas

quanto o conteúdo essencial dos direitos fundamentais nos ordenamentos internos, na qualidade de corolário do macroprincípio da dignidade da pessoa humana (Mendes e Branco, 2018, p. 675). Conforme Gomes (2010), tal corrente conta, na doutrina pátria, com o beneplácito de Hildebrando Accioly, Oscar Tenório, Haroldo Valladão e Celso de Albuquerque Mello.

A experiência do direito comparado apresenta vários exemplos de Constituições que privilegiam a supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos em face da legislação interna, revelando a tendência contemporânea do constitucionalismo mundial de prestigiar normas internacionais de proteção do ser humano.

O Brasil possui, *de lege lata*, um único exemplo positivado na legislação doméstica de prevalência do direito internacional sobre o direito interno. Trata-se do artigo 98 do Código Tributário Nacional (Lei 5172/1966).

Acerca da compatibilidade desse dispositivo anterior a 1988, o Supremo Tribunal Federal declarou sua recepção pela Constituição Federal no julgamento do RE 460.323/PR:

[a cláusula fundada no art. 98 do Código Tributário Nacional reconhece] de modo absolutamente legítimo, que os tratados internacionais em matéria tributária, quando postos em situação de antagonismo com o direito interno preexistente ou com o ordenamento normativo superveniente, sempre prevalecerão quanto à sua eficácia e aplicabilidade (STF, 2020, p. 87).

Segundo Mendes e Branco (2018, p. 679), seria uma incongruência admitir a especialidade e a superioridade hierárquica dos tratados em seara fiscal em relação à legislação tributária interna, mas, no que concerne aos tratados sobre direitos humanos, consentir com a possibilidade de que seus efeitos sejam suspensos por simples lei ordinária.

#### **4 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE FACE DO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA**

A ideia pioneira de Mazzuoli é propor a aplicação do controle de convencionalidade pela via judiciária interna, para além daquelas que a doutrina até então lhe reservava: seja o de técnica legislativa pelo Parlamento na compatibilização de sua típica atividade legiferante com os tratados de direitos humanos ratificados pelo país; seja a apuração de concordância dos atos estatais com suas obrigações internacionais realizada pelos foros estrangeiros (2018, p. 119). Ora controle legislativo ora internacional. Deficitária tal compreensão, pois o controle

jurisdicional de convencionalidade deveria ser a regra no direito interno, sem prejuízo de sua necessária operacionalização também pelos Poderes Legislativo e Executivo.

No século XX com a gênese do fenômeno dos blocos econômicos internacionais num amplo contexto de difusão da globalização, a integração dos países vem “estimulando, num primeiro momento, a internacionalização das normas jurídicas relativas aos negócios e revelando tendência a influir em todos os ramos dos direitos nacionais” (*ibidem*, p. 300).

Tornando-se cada vez mais comum a questão da aplicabilidade de normas de outros sistemas jurídicos, inevitável não vir à tona a discussão quanto à necessidade de uniformização legislativa e jurisdicional. Ademais, com a consolidação do direito dos tratados, é certo que hodiernamente o sistema jurídico de uma nação seja composto também de normas internacionais.

Nesse diapasão, considerando o complexo de normas de um sistema jurídico e a abundância de aspectos regulados, resta virtualmente impossível não haver conflitos de conteúdo entre algumas delas.

Os Poderes Legislativo e Judiciário atuam, cada um a seu modo, para corrigir o problema das normas conflitantes. Aquele com seu poder criativo original atua diretamente na adição, modificação ou supressão de leis. Este por meio dos mecanismos de controle jurisdicional (de constitucionalidade, de legalidade e de convencionalidade) dos atos dos outros Poderes.

Quando se confronta temporalmente uma lei interna conflitante (L – necessariamente sempre hierarquicamente inferior) com a Constituição (C) ou um tratado internacional de direitos humanos supralegal (T), quatro são os possíveis resultados, segundo Mazzuoli (2018):

1. L → C: Se a lei conflitante é anterior à Constituição, está-se no âmbito de incidência do fenômeno da recepção ou da não recepção. Se não ocorre a recepção do dispositivo legal pela Constituição posterior, fala-se em “revogação por ausência de recepção” (Mazzuoli, 2018, p. 143). “Aqui não importa o nível hierárquico da norma. A posterior [superior] sempre revoga a anterior [inferior], mesmo que a mais antiga seja uma norma legislativa ordinária e a mais nova seja a constitucional” (Mello, 2019a, p. 349).

2. C → L: Se a lei conflitante é posterior à Constituição, o resultado será sua inconstitucionalidade, a ser averiguada ou combatida pela via do controle difuso ou concentrado de constitucionalidade. “Se, porém, a lei ordinária nova conflita com anterior norma constitucional, não tem efeito revocatório, pois será inconstitucional” (*ibidem*).

3. L → T: Se um tratado supralegal é superveniente a uma lei conflitante, “ela é revogada (derrogada ou ab-rogada) de forma imediata” (*ibidem*) por força da superioridade e



da posterioridade do tratado. Aplica-se, aqui, analogicamente o raciocínio da recepção em 1. Certamente não há de se falar em não recepção de uma lei anterior por um tratado supralegal posterior, porém o efeito revocatório será o mesmo.

4. T → L: Se a lei conflitante for editada posteriormente à vigência doméstica de um tratado internacional supralegal, ela será inconvençãoal e, portanto, inválida e ineficaz. “A incompatibilidade da produção normativa doméstica com os tratados internacionais [de direitos humanos] em vigor no plano doméstico [...] torna inválidas (ou ilegítimas) as normas de direito interno (Mazzuoli, 2018, p. 127). Aqui, a analogia do raciocínio é a mesma que em 2. Só que não se tratará de constitucionalidade, mas de inconvençãoalidade, cujo resultado é, consoante a preleção de Mazzuoli, a invalidade, a ilegitimidade e a ineficácia da norma hierarquicamente superior. (2024)

O artigo 2º é dispositivo de lei interna posterior ao Pacto de São José da Costa Rica. É uma norma legal posterior e inferior que conflita com um tratado supralegal anterior e superior.

O conteúdo do tratado internacional é mais benéfico ao ser humano, pois contempla um âmbito de proteção, não só cronologicamente mais extenso (desde a concepção x a partir do nascimento com vida), como mais adequado e necessário à realidade da vida humana (conforme argumentado no capítulo 4).

O controle de convençãoalidade será sempre regulado pela norma mais benéfica ou favorável à pessoa humana, sendo errado “controlar a convençãoalidade de uma norma interna para aplicar, no caso *sub judice*, norma internacional menos benéfica ou menos protetora ao cidadão” (*ibidem*, p. 160).

O poder normativo superior da CADH invalidaria e paralisaria a eficácia da primeira parte do artigo 2º do Código Civil.

Logo, a primeira parte do artigo 2º do Código Civil já teria nascido em 2002 com a eficácia paralisada e seu conteúdo inválido e ilegítimo por afrontar as disposições mais benéficas do Pacto de São da Costa Rica.

Os tratados internacionais de direitos humanos absorvidos supralegalmente pelo direito brasileiro passam a ter como efeito, mais do que a revogação (derrogação ou ab-rogação), a paralisação da eficácia “das demais espécies normativas domésticas, cabendo ao juiz coordenar essas fontes (internacionais e internas) e escutar o que elas dizem” (*ibidem*, p. 156).

Arremata o exposto a oportuna colocação de Figueiredo: “o objetivo principal do controle de convencionalidade é atribuir aos juízes nacionais a missão de deixar de aplicar as regras do direito interno opostas ao Pacto de São José da Costa Rica” (2016, p. 84).

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho demonstrou a viabilidade do controle de convencionalidade do artigo 2º do Código Civil em face do Pacto de São José da Costa Rica. Ambos os textos são incompatíveis relativamente a seu conteúdo. Aquele adota na literalidade de sua primeira parte a teoria natalista quanto à natureza jurídica do nascituro. Já o Pacto é expressamente concepcionista.

No julgamento do RE 466.343/SP, o Supremo Tribunal Federal firmou a tese com repercussão geral da superioridade hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos sobre a legislação interna, tomando como motivação a substância histórico-social dos movimentos internacionais protetivos da pessoa humana, o diálogo interjurisdicional de cooperação entre os Estados constitucionais, bem com a possibilidade instituída pela EC 45/2004 de equivalência constitucional aos tratados de direitos humanos.

A promulgação dessa Emenda Constitucional ensejou o questionamento acerca justamente daqueles tratados de direitos humanos que não fossem internalizados na forma do rito qualificado do artigo 5º, § 3º, da CF88, pois materialmente conservam idêntica relevância. O resultado do julgamento fulgura na história da jurisprudência brasileira com a inovação em nossa pirâmide normativa: a adição de um novo estrato – o nível supralegal dos tratados de direitos humanos. Entre esses, o Pacto de São José da Costa Rica.

O nascituro é pessoa, conduzindo-nos à ineludível constatação da ilogicidade interna do artigo 2º do Código Civil e da sua inconsistência sistêmica, as quais justificam tanto sua problemática quanto a asserção cabal de que *in totum* o sistema jurídico brasileiro é predominantemente concepcionista.

Conclui-se que se resolve no plano da validade e da eficácia, e não da vigência (ou revogação), o cotejamento entre uma norma superior anterior e uma norma inferior posterior, como ocorre com os dispositivos objeto do presente estudo: o Pacto de São José da Costa Rica de 1969 (vigente no Brasil a partir de 1992) e o artigo 2º de 2002 (vigente a partir de 2003).

O resultado é, pois, a inconveniência, a invalidade e a paralisação da eficácia do referido artigo cível. Logo, é justificável asseverar que no Brasil vigora a teoria

concepcionista por força da inconveniência da primeira parte do artigo 2º do Código Civil brasileiro.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Marcelo. A banalidade do mal e as possibilidades da educação moral: contribuições arendtianas. **Revista Brasileira de Educação**, v. 15, n. 43, p. 109-125, abr. 2010. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1413-24782010000100008>. Acesso em: 28 mar. 2024.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução: Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 29 mar. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em: 28 mar. 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 28 mar. 2024.

BRASIL. **Lei nº 11.804, de 5 de novembro de 2008**. Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/111804.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111804.htm). Acesso em: 26 abr. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 26 abr. 2024.

CAMPOS, Ricardo Ribeiro. O genocídio e a sua punição pelos tribunais internacionais. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 45, n. 178, p. 91-103, abr./jun. 2008. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176525>. Acesso em 16 abr. 2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Sentença de 28 de novembro de 2012**: caso Artavia Murillo e outros (“fecundação in vitro”) vs. Costa Rica. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_por.pdf). Acesso em: 21 mar. 2024.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 12. ed. 2 reimp. Barueri, SP: Atlas, 2024. *E-book*. ISBN 9786559773756. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559773763/>. Acesso em: 10 maio 2024.

FIGUEIREDO, Marcelo. **O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2016.

LEITE, Gisele. Darwinismo social e a vida indigna. **Recanto das Letras**, Rio de Janeiro, Textos Jurídicos, 17 ago. 2023. Disponível em: <https://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/7863970>. Acesso em: 17 abr. 2024.

LIFTON, Robert Jay. German doctors and the final solution. **The New York Times Magazine**, New York, Section 6, p. 64, 21 set. 1986. Disponível em: <https://www.nytimes.com/1986/09/21/magazine/german-doctors-and-the-final-solution.html>. Acesso em: 17 abr. 2024.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Ato administrativo - Criação de obrigações - Reflorestamento. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 133, p. 303–318, jul./set. 1978. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v133.1978.42811>. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/42811>. Acesso em: 20 maio 2024

MAZZUOLI, Valério de O. **Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MAZZUOLI, Valério de O. **Curso de Direito Internacional Público**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book*. ISBN 9786559645886. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645886/>. Acesso em: 30 mar. 2024.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019a. *E-book*. ISBN 9788553611881.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019b. *E-book*. ISBN 9788553611867.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PEREIRA, Caio Mário da S. **Instituições de Direito Civil: introdução ao direito civil: teoria geral de direito civil**. Atualização e colaboração: Maria Celina Bodin de Moraes. 34. ed. 2. reimp. Rio de Janeiro: Forense, 2022. *E-book*. ISBN 9786559644469. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559644469/>. Acesso em: 03 abr. 2024.

RABITZ, Cornelia. Darwin e o darwinismo social. **DW**, [Alemanha], 10 fev. 2009. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/darwinismo-social-nada-tem-a-ver-com-a-ci%C3%Aancia-de-charles-darwin/a-4011406>. Acesso em: 17 abr. 2024.

ULIANO, André Borges. **Contra o ativismo judicial: mecanismos institucionais de prevenção e correção de decisões ativistas**. Londrina: Editora Thoth, 2022. *E-book*. ISBN 9786559593255. Disponível em: [https://www.google.com.br/books/edition/CONTRA\\_O\\_ATIVISMO\\_JUDICIAL/KbOEEAAAQBAJ?hl=pt-BR&gbpv=0](https://www.google.com.br/books/edition/CONTRA_O_ATIVISMO_JUDICIAL/KbOEEAAAQBAJ?hl=pt-BR&gbpv=0). Acesso em: 02 abr. 2024.

VENOSA, Sílvio de S. **Direito Civil**: parte geral. v.1. 23 ed. Barueri, SP: Atlas, 2023. *E-book*. ISBN 9786559774678. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774678/>. Acesso em: 31 mar. 2024.

VERGUN, David. Significant Events of World War II. **DOD News**, Estados Unidos da América, 14 ago. 2020. Disponível em: <https://www.defense.gov/News/Feature-Stories/story/article/2293108/>. Acesso em: 17 abr. 2024.