Efeito Supralegal do Pacto de São José da Costa Rica

Maria Carolina Rollo Pontes
Lígia Maria Comis Dutra[1]

[1]Universidade Santa Cecília - Professora Orientadora

Resumo

Os tratados internacionais referentes aos direitos humanos quando incorporados no direito interno brasileiro deverão ter sua eficácia e aplicabilidade de forma imediata em razão de previsão constitucional e por se tratar de questões ligadas à dignidade humana. O Brasil, ao assinar um tratado internacional sobre direitos humanos se obriga a cumpri-lo, conforme dispõe as previsões ali inseridas. A forma determinada para a integração de um tratado internacional sobre direitos humanos é diferenciada da incorporação dos outros tratados internacionais, além da posição hierárquica da lei quando já incorporada ao ordenamento jurídico nacional. Devido, ao Pacto de São José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil, em que proíbe expressamente a prisão civil por dívidas, verifica-se a primeira divergência entre o supracitado tratado e a Constituição brasileira. Outra grande controvérsia surgiu com o advento da emenda constitucional n. 45, em que acrescentou um parágrafo no artigo 5º da Constituição, resultando na mudança de posicionamento jurisprudencial do STF e na elaboração da súmula vinculante nº 25.

Palavras-Chave: Pacto; Efeito Supralegal; Tratados internacionais; Constituição Federal.

Abstract

The international human rights treaty when it is incorporated a Brazilian system law must have your immediate efficacy and applicability according with Brazil Constitution also because treat the questions that involve principle of human dignity. When Brazil sign an international agreement regarding human rights, on the directly way assume an obligation to do it everything have written on this treaty. The formal shape for incorporation international

human rights treaty there is different of others international agreements, also hierarchy position of foreign human rights law when gets inside of Brazilian body rules compared with others kind of international treaties. In spite of, Pact San Jose Costa Rica, approved by Brazil, there is an expressly forbidding civil prison for debits, come true the first conflict with local law, more specific with Brazilian Constitution. The other divergence appears with amendment constitutional nº 45, whose add paragraph in article 5, resulting a change of jurisprudence position of Brazilian Supreme Court and an elaboration to summary statement nº 25.

Key Words: Pact, Supralegal Effect, International Treaty, Federal Constitution.

1. Introdução

A problemática do tema deste artigo consiste no *status* de lei constitucional que a norma internacional de direitos humanos adquire ao ser incorporada ao ordenamento jurídico nacional. A regra geral é que seja incorporada com *status* de lei ordinária, no entanto, os tratados de direitos humanos podem adquirir *status* emenda de constitucional se aprovado pelo quorum enunciado pelo artigo 5º, parágrafo 3º da Constituição Federal ou terem efeito supralegal.

O foco principal desta pesquisa é o efeito supralegal dados aos tratados internacionais de direitos humanos que não foram aprovados com quorum de emenda constitucional, mas adquiram este *status* por força da súmula vinculante nº 25 do Supremo Tribunal Federal.

2. Tratados Internacionais de Direitos Humanos

Em 1948, é assinada a Declaração Universal de Direitos Humanos, um fato importante na história, pois pela primeira vez editou-se um documento internacional assinado por diversos Estados por meio da Assembléia Geral das Nações Unidas – órgão integrante da Organização das Nações Unidas - o qual elenca direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais.

A Declaração universalizou e consagrou os direitos humanos assegurando a indivisibilidade destes direitos neste documento.

Por ser uma Declaração, ela não tem força de lei, mas tem como objetivo promover o reconhecimento universal dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. O preâmbulo da Declaração Universal de Direitos Humanos deixa claro este objetivo:

> **Preâmbulo:**
> **Considerando** que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,
> **Considerando** que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultam em atos bárbaros que ultrajam a consciência da humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum,
> **Considerando** essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão,
> **Considerando** essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações,
> **Considerando** que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla,
> **Considerando** que os Estados-Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades,
> **Considerando** que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso.[1]

A Constituição de 1988 é conhecida como Constituição cidadã, por ser um marco no processo de institucionalização dos direito humanos na ordem jurídica brasileira. Como um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil elegeu-se o princípio da dignidade da pessoa humana, no título II se encontram os direitos e garantias fundamentais e ao longo da Carta Magna é possível notar a importância dos direitos humanos dado pelo constituinte originário ao elaborar este documento.

O artigo 4º da Constituição Federal trata-se dos princípios que regem as relações internacionais, o inciso II deste, ressalta "a prevalência dos direitos humanos". Tal inovação da Carta Magna de 1988 fez com que fosse modificada a interpretação relativa às relações do direito internacional com o direito interno, no tocante dos direitos fundamentais, coletivos e sociais.

[1]Declaração Universal de Direitos Humanos, 1948 – Disponível em:<www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/declaracao_universal_dos_direitos_do_homem.pdf > Acesso em: 22 Jun. 2015.

Os direitos fundamentais são bens e vantagens prescritos na norma constitucional. Os direitos fundamentais são classificados em cinco dimensões ou gerações[2], o surgimento destes direito tem uma importância histórica muito grande para a humanidade.

As suas características são a historicidade, universalidade, limitabilidade, concorrência, irrenunciabilidade, inalienabilidade, imprescritibilidade.

As garantias fundamentais são os instrumentos que asseguram o exercício dos direitos fundamentais e em caso de violação elas irão reparar os danos sofridos. Há de fazer um adentro que os remédios constitucionais são gêneros da garantia.

O tratamento diferenciado dado aos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos foge a regra geral da sistemática de incorporação dos tratados internacionais comuns.

Nota-se que a forma de incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos não se faz necessário à edição do decreto executivo porque este tipo de tratados tem aplicabilidade imediata, conforme art. 5º, parágrafo 1º da Carta Magna.

> § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

Tal parágrafo instituiu o princípio da aplicabilidade imediata das normas de direitos humanos que tem o intuito de reforçar o vínculo impositivo que as normas de direitos e garantias fundamentais possuem.

Dessa maneira, conclui-se que a força normativa de todos os preceitos constitucionais referentes a direitos, liberdades e garantias fundamentais, assegura a força dirigente e

[2] Os direitos humanos de 1º dimensão expressam a passagem de Estado autoritário para um de Direito e trata-se das liberdades individuais e estão marcados na Carta Magna de 1215, Paz de Westfália de 1648, *Habeas Corpus Act* de 1679, *Bill of Rights* de 1688, Declaração de Independência dos Estados Unidos em 1776 e a Revolução Francesa de 1789. Já de 2º dimensão são os direitos sociais, culturais, econômicos, os direitos coletivos, evidenciados pela Revolução Industrial no século XIX e XX, pela Constituição do México em 1917, Constituição de Weimar em 1919, Tratado de Versalhes em 1919 e Constituição Brasileira de 1934. Os direitos de 3º dimensão são marcados pela profunda alteração social na comunidade internacional e nas relações econômicas e sociais, devido ao crescimento demasiado do desenvolvimento científico e tecnológico. Eles são os direitos transindividuais, direito que vão além dos interesses dos indivíduos são concorrentes a proteção do gênero humano, tais como: direito ao meio ambiente, direito de propriedade sobre o patrimônio cultural da humanidade, direito a comunicação...
Os direitos fundamentais de 4º dimensão, conforme Noberto Bobbio são aqueles do campo da engenharia genética, mas para Paulo Bonavides compreende a globalização dos direitos humanos, universalizá-los no campo institucional, ou seja, institucionalizá-los no Estado Social, podem-se evidenciar estes direitos como: direito a democracia, a informação e o pluralismo político. Os direitos de 5º dimensão é o direito à paz, segundo Paulo Bonavides traduz este direito como a democracia participativa ou supremo direito a humanidade. (LENZA, 2014, p.1056-1059).

vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, tornando - os tais direitos prerrogativas automaticamente aplicáveis pelos Poderes Executivos, Legislativo e Judiciário. (PIOVESAN, 2000, p.57) [3]

O art. 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal possui um grande significado no campo do direito constitucional relativo aos direitos humanos, pois estabelece um modelo aberto e inovador no que diz respeito a estes direitos, constantes em tratados internacionais em que o Brasil é parte.

> § 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 (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

O parágrafo 2º do art. 5º reconhece de forma clara uma dupla fonte normativa, no que tange ao sistema de direitos e garantias, sendo estas: a) o trazido pelo direito interno, que são os direitos expressos e os implícitos na Constituição, b) e o advindo do direito internacional decorrente dos tratados internacionais de direitos humanos em que o Brasil é parte.

Entende-se que a Constituição Federal de forma expressa atribuiu aos tratados internacionais de direitos humanos, ratificados pelo Brasil a condição de **fonte** do sistema constitucional de direitos e garantias.

Em outras palavras, os tratados internacionais de direitos humanos com o posicionamento adotado pela Carta Magna adquiram a mesma eficácia e igualdade que demais direitos contidos no texto constitucional. Portanto, o § 2º, do artigo 5º da Carta Magna afirma que os tratados de direitos humanos tem força material constitucional, ou seja, não podem ser comparados a lei ordinária, porque tem um *status* hierárquico superior a esta.

Em 31 de dezembro de 2004, a emenda constitucional nº 45, acrescentou o § 3º, ao artigo 5º, da Constituição Federal. O referido parágrafo instituiu que os tratados de direitos humanos que fossem incorporados ordenamento jurídico nacional, aprovados por 3/5 dos

[3] O principio da aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais foram introduzidas no texto da Carta Magna Brasileira de 1988, por inspiração do Direito Comparado ao direito alemão, português e espanhol. Na lei fundamental da Alemanha de 1949, quando se trata de direitos fundamentais, no seu artigo 1º estabelece "os direitos fundamentais a seguir discriminados constituem direito diretamente aplicável para os poderes Legislativos, Executivo e Judiciário. A Constituição Portuguesa de 1976, disciplina os direitos e deveres fundamentais, no art. 18 "os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas". E a Constituição Espanhola de 1978, no seu art. 9º determina "corresponde aos poderes públicos promover as condições para a liberdade e a igualdade do indivíduo e dos grupos que integram sejam reais e efetivas; remover os obstáculos que impeçam ou dificultem sua plenitude e facilitar a participação de todos os cidadãos na vida política, econômica, social e cultural"(PIOVESAN, 2007, p.57).

membros das Casas do Congresso Nacional, em dois turnos de votação, terão *status* de emendas constitucionais[4], portanto estando acima das legislações infraconstitucionais e não podendo ser revogado por lei ordinária posterior. A revogação deste dispositivo somente é possível por meio de ação de inconstitucionalidade.

O intuito do acréscimo do § 3º ao artigo 5º da Constituição foi encerrar as discussões doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da hierarquia dos tratados internacionais de direito humanos perante o ordenamento jurídico interno.

Tal parágrafo veio para reforçar à norma contida no parágrafo 2º, que a superioridade das normas de direitos humanos advindas de tratados internacionais desta natureza, mas com um diferencial trouxe a hierarquia formal constitucional dos tratados de direitos humanos. Portanto, ambos os parágrafos garantem materialmente e formalmente o status constitucionais dos tratados de direito humanos.

3. O efeito supralegal

A emenda constitucional nº 45 de 2004, o qual acrescentou o §3º ao artigo 5º da Constituição Federal enalteceu mais as discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre o *status* hierárquico dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico interno.

A intenção da emenda era de encerrar discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre o § 2º do artigo 5º da CF, mas de fato o objetivo não foi atingido porque ainda restava definir qual seria o status hierárquico dos tratados de direitos humanos ratificados pela Brasil antes da E/C nº 45.

Para solucionar este impasse doutrinário e jurisprudencial era necessário principalmente que o STF mudasse o seu posicionamento, em outras palavras, que deixasse a teoria da paridade e adotasse outra que respeitasse os preceitos dos § 2º e 3º, do art. 5, CF.

O recurso extraordinário nº 466.343, de 3 de dezembro 2008, foi um divisor de águas quanto ao posicionamento do STF acerca do *status* hierárquico dos tratados de direitos humanos perante a legislação nacional.

O recurso extraordinário citado acima versa sob a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel adotada pela Constituição brasileira no art. 5º, inciso LXVII, sendo este

[4] Os tratados internacionais de direitos humanos têm *status* de emenda constitucional porque são aprovados pelo quorum de emenda à Constituição, conforme o art. 60, § 2º da CF/88.

cláusula pétrea, porque o referido artigo apresenta o rol de direitos e garantias fundamentais da República Federativa Brasileira, sendo assim irrevogável conforme art. 60, § 4º, inciso IV da Carta Magna. Além de outras legislações infraconstitucionais darem legalidade para a prisão civil por dívidas.

Em face do preconizado pela Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, no seu art. 7, nº 7, que proíbe expressamente a prisão civil do depositário infiel.

Diante desta problemática, o STF viu-se em um dilema jurídico de um lado a Constituição Federal que dá legalidade a prisão civil do depositário infiel, sendo está a lei máxima do país, e também porque tal tema é protegido por cláusula pétrea, por outro lado, um compromisso internacional aceito sem resevas que precisa ser cumprido. Além do mais, este tratado internacional foi inserido no ordenamento jurídico antes da E/C nº45 e, portanto não possui *status* de emenda constitucional e sim de lei ordinária.

O que fazer o STF para solucionar esse dilema? A saída encontrada pelo Supremo foi adotar a tese da supralegalidade, dar aos tratados internacionais de direitos humanos o efeito supralegal. Esta decisão refletiu na mudança do posicionamento do STF acerca do *status* hierárquico dos tratados de direitos humanos e consequentemente dos julgados futuros.

O marco desta mudança no posicionamento jurisprudencial foi à resolução do RE 466.343/2008 que não revogou o ato de adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana dos Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica (art. 7, nº 7), mas deixou de ter aplicabilidade toda à legislação infraconstitucional que versava sobre a prisão civil de depositário infiel.

A eficácia paralisante, assim chamada pelo Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, atribuída ao efeito supralegal consiste em retirar a aplicabilidade das leis infraconstitucionais conflitantes com os tratados de direitos humanos.

O efeito supralegal que possuem os tratados internacionais de direitos humanos está na hierarquia das leis no ordenamento jurídico nacional, ou seja, a posição deles na pirâmide hierárquica das leis, elencada no art. 59 da Constituição Federal, eles estão abaixo da Carta Magna e acima das demais leis infraconstitucionais.

O atual posicionamento do STF revogou aplicabilidade da Súmula 619, o próprio órgão, que versava: “a prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constitui o encargo, independente da propositura de ação de depósito”.

Para sedimentar essa nova orientação do STF foi firmada a Súmula Vinculante nº 25, cujo enunciado transcreve esse novo entendimento jurisprudencial: "É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito".

Em suma, o novo posicionamento jurisprudencial no tocando aos tratados de direitos humanos foi muito bem vindo para atender as necessidades da sociedade moderna, em que vigora a supremacia do princípio da dignidade humana e os direitos e garantias fundamentais aos seres humanos.

Além corrigir um ponto conflitante que o status hierárquico dos tratados de direitos humanos, antes a este posicionamento causava em relação ao art. 27 da Convenção de Viena de 1969. O antigo posicionamento brasileiro de incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos dava margem para o descumprimento do acordo por ato unilateral do Estado, devido à regra de um tratado pode ser revogado por lei posterior a ele ou conflitante a este.

4. Casuística

O Pacto de São José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em 1992 é um caso emblemático de conflito entre a norma internacional e a interna, pois envolvem normas de direitos humanos advinda de um tratado internacional e a emenda constitucional nº45 de 2004.

A problemática concentrasse na constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel, uma vez que a constituição brasileira admite a prisão, mas o Pacto de São José da Costa Rica proíbe expressamente este ato.

4.1. Prisão Civil do Depositário Infiel

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LXVII, prevê a disciplina e a aplicabilidade da prisão civil no ordenamento jurídico brasileiro.

Art. 5º

> LXVII – não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.[5]

Durante mais de vinte anos no Brasil foi permitida a prisão do depositário infiel, pois o depósito judicial constitui uma obrigação legal estabelecendo uma relação típica de direito público e de caráter processual entre o juízo da execução e o depositário judicial dos bens penhorados.

O depósito judicial é necessário não pela obrigação jurídica advinda do contrato, mas como um depósito necessário, pois a guarda dos bens penhorados visa garantir a opção futura do exeqüente quanto à adjudicação ou hasta pública.[6]

No artigo 5º, inciso LXVII, da CF, está bem claro quais são as duas hipóteses em que a prisão civil é permitida, sendo, portanto, um rol taxativo. Entretanto, a legislação ordinária faz equiparações às duas hipóteses de prisão civil apontadas pela Carta Magna, sendo estas, prejudiciais ao entendimento do dispositivo constitucional.

A primeira equiparação é com relação à possibilidade da prisão civil do devedor considerado por ficção legal, como depositário infiel em alienação fiduciária, de acordo com o Decreto – Lei nº 911/69.

Na alienação fiduciária em garantia não há um contrato depósito propriamente dito, porque o devedor neste caso não se apresenta na situação jurídica de depositário, o credor fiduciário não tem direito de requerer a entrega do bem do devedor, nem mesmo se intitular proprietário deste porque não pode ficar com a coisa. O único direito do credor fiduciário é ter o seu crédito satisfeito por meio da venda do bem depositado.

O ponto polêmico do citado Decreto está na possibilidade do devedor fiduciário ser preso civilmente, quando a ação de busca e apreensão é convertida em depósito e o bem não é encontrado ou o devedor não o tem em sua posse.

O STJ há tempos pacificou o entendimento de que não cabe prisão civil do devedor fiduciário por equiparação, sendo o fundamento de tal decisão que as hipóteses de depósito atípico não estão inclusas na exceção constitucional restritiva de liberdade, não admitindo interpretação ampla.

[5] Constituição Federal, 1988.
[6] MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional.** 8º ed. e atual. São Paulo: Atlas, 2011.

A segunda equiparação é a prevista pela Lei 8.866/94, em seu artigo 1º, que previu que é depositário da Fazenda Pública aquele que a legislação tributária ou previdenciária obriga em reter ou receber de terceiro os impostos, taxas e contribuições, com o intuito de recolher aos cofres públicos.

Será depositário infiel neste caso, aquele em que não entregar à Fazenda Pública o valor requerido, nos termos e forma prevista nas legislações tributária ou previdenciária.

> Art. 1º. É depositário da Fazenda Pública, observado o disposto nos arts. 1.282, I, e 1.283 do Código Civil, a pessoa a que a legislação tributária ou previdenciária imponha a obrigação de reter ou receber de terceiro, e recolher aos cofres públicos, impostos, taxas e contribuições, inclusive à Seguridade Social.
> **§ 1º**. Aperfeiçoa-se o depósito na data da retenção ou recebimento do valor a que esteja obrigada a pessoa física ou jurídica.
> **§ 2º**. É depositária infiel aquele que não entrega à Fazenda Pública o valor referido neste artigo, no termo e forma fixados na legislação tributária ou previdenciária.[7]

A presente lei foi objeto de ação direta de inconstitucionalidade considerando os art. 4º, § 2º e § 3º, por afrontarem os princípios e garantias constitucionais contidos nos artigos art. 2º; art. 5º, incisos LIV, LV e XXXV; e art. 93º, inciso IX, da Constituição Federal, conforme abaixo:

> **Art. 2º** São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.
> **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:(...)
> **XXXV** - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;
> **LIV** - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;
> **LV** - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;
> **Art. 93**. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observandos os seguintes princípios:
> **IX** todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.[8]

[7] BRASIL. Presidência da República – Casa Civil. Lei nº 8.866, de 11 de abril de 1994. Depositário Infiel de Valor Pertencente à Fazenda Pública. **Diário Oficial da União**. DF.
[8] Constituição Federal, 1988.

Nas duas possibilidades de equiparação apresentadas encontra-se inconstitucionalidade, uma vez que elas retiram os fundamentos de validade da norma constitucional que definiu a possibilidade da prisão civil do depositário infiel, não havendo permissão para ampliar a interpretação do artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal, acarretando um posicionamento restritivo.

4.2. Pacto de São José da Costa Rica

O Brasil é um dos signatários do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, elaborado em 1966, que foi aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº. 226/91, ratificado em 24 de janeiro de 1992, e adotado na legislação interna pelo Decreto Presidencial nº. 592/92.

O Brasil também é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, sendo ratificada sem qualquer reserva, aprovada pelo Decreto Legislativo nº. 27/92, e incorporada pelo Decreto Presidencial nº. 678/92.

No Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o artigo 11º referencia o repúdio a prisão civil do depositário infiel, ou seja, por dívidas.

> **Art. 11**
> Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual.[9]

O Pacto de São José da Costa Rica dispõe em seu artigo 7º sobre o direito à liberdade pessoal, proibindo a prisão civil de qualquer cidadão em razão de depositário infiel.

> **Art. 7º**
> Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente, expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.[10]

Ambos os Pactos supracitados repudiam a prisão civil decorrente do descumprimento de obrigações contratuais. Os dois tratados de direitos humanos foram ratificados pelo Brasil, em 1992, portanto depois da Constituição Brasileira e antes da E/C nº45.

[9] BRASIL. Presidência da República – Casa Civil. Decreto nº 592, de 7 de julho de 1997. Pacto Internacional dos Direitos Civis. **Diário Oficial da União**. DF.
[10] Idem.

A primeira grande discussão jurisprudencial e doutrinária acerca do tema foi a respeito da afronta aos dispositivos citados (art.5º, inciso LVII, da Constituição Federal Brasileira, de 1988). O texto constitucional admite a prisão civil por dívidas contrariando o disposto nos tratados internacionais de direito humanos ratificados, referente à prisão por dívida civil do depositário infiel.

Hierarquicamente a Constituição Federal está acima dos tratados internacionais de direito humanos.

A discussão doutrinária e jurisprudencial acerca do *status* dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos na hierarquia das leis se desdobrou em quatro correntes:

A primeira delas é aquela vertente que reconhece a natureza supraconstitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, um de seus defensores é Celso Duvivier de A. Mello[11];

A segunda corrente defende o posicionamento que atribui caráter constitucional aos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, nesta linha de pensamento podemos encontrar Antônio Augusto Cançado Trindade e Flávia Piovesan;

A terceira corrente reconhece que os tratados internacionais assinados e ratificados pelo Brasil, ao serem integrados na legislação pátria assumem o *status* da lei ordinária a esse tipo de diploma internacional, este posicionamento foi o adotado no julgamento do recurso extraordinário 80.004/SE de 29 de dezembro de 1977.

E por fim uma última corrente que atribui o caráter supralegal aos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, sendo que esta vertente também é adotada pelo art. 25 da Constituição da Alemanha; art. 55 da Constituição da França de 1958; art. 28 da Constituição da Grécia de 1975.

Conforme defendida pela primeira corrente doutrinária, os tratados internacionais de direitos humanos são preponderantes as normas constitucionais, portanto não podendo ser revogados por outra norma.

Essa tese é muito difícil de ser aplicada no Brasil porque o sistema de incorporação de leis internacionais no ordenamento jurídico interno é regido pelo príncipio da supremacia formal e material da Constituição sobre toda a legislação nacional. Um entendimento contrário anularia a possibilidade de um controle de constitucionalidade sob estes diplomas internacionais.

[11] MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. O §2º do art. 5º da Constituição Federal. In TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

Os poderes públicos, as relações internacionais, a celebração dos tratados internacionais, e outros são matérias tratadas e muitas delas estão detalhadas na Constituição Federal. A equiparação entre Tratado e Constituição esbarraria na competência do Supremo Tribunal Federal que controla a balança entre forma e conteúdo material dos tratados de direitos humanos e a ordem jurídica nacional.

Para evitar contradições normativas é preciso usar um controle prévio, que impede ou desaconselha a ratificação de algum tratado internacional que ofereça a possibilidade de contrariar lei interna, dando ao Poder Executivo, os instrumentos necessários para renegociação ou aceitação deste com reservas.

Quando o poder legislativo aprova uma lei internacional esta é passível de impugnação via Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) ou ainda pela Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADECON).

Para esta vertente doutrinária a solução para estes tipos de conflito (entre Tratado internacional e Constituição) seria a aplicação da norma mais favorável à vítima, titular do direito, tarefa hermenêutica que os operadores do poder judiciário devem executar.

Dessa forma, o direito internacional e o direito interno estariam em interação e juntos no propósito de proteger os direitos e interesses do ser humano.

A segunda corrente entende que os §1º e §2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, caracterizam-se pela aplicabilidade imediata e pelo caráter constitucional conferido aos tratados internacionais de direitos humanos em que o Brasil é signatário.

Cançado Trindade propôs para a Assembleia Nacional Constituinte, em 1987, a inclusão os parágrafos 1º e 2º ao artigo 5º no texto constitucional que estava sendo elaborado à época.

> O propósito do disposto nos parágrafos 2 e 1 do artigo 5 da Constituição não é outro que o de assegurar a aplicabilidade direta pelo Poder Judiciário nacional da normativa internacional de proteção alçada a nível constitucional (...).
> A tese de equiparação dos tratados de direitos humanos à legislação infraconstitucional – tal como ainda seguida por alguns setores em nossa prática judiciária – não só representa um apego sem reflexão a uma tese anacrônica, já abandonada em alguns países, mas também contraria o disposto no artigo (5) 2 da Constituição Federal Brasileira.[12]

[12] TRINDADE, Antonio A. Cançado. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: **Arquivos de Direitos Humanos 1**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

A emenda constitucional nº 45 de 2004, acrescenta ao texto do artigo 5º o parágrafo 3º que confere o *status* constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos. Oferecendo a estes tipos de tratados um caráter especial em relação aos demais tratados no ordenamento jurídico brasileiro.

Esta emenda constitucional proporcionou uma revisão da jurisprudência adotada pelo STF desde o julgamento do recurso extraordinário n. 80.004/SE de 1977, no qual previa que os tratados internacionais ao serem incorporados pelo direito interno assumiriam status de lei ordinária.

A terceira corrente supracitada era adotada pelo STF até o advento da emenda constitucional nº 45 de 2004. Antes dela qualquer tratado internacional intergrado ao ordenamento nacional adquiria *status* de lei ordinária e, portanto, possuem uma relação de paridade normativa com a norma interna.

Em face deste posicionamento os tratados internacionais não tinham legitimidade para confrontar o preceituado pela Constituição Federal na matéria de direitos fundamentais.

A última vertente adota o caráter supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos. O referido caráter veio a ser adotado pelo STF no julgamento do recurso extraordinário nº 466.343, de 2008, sobre a constitucionalidade da prisão civil do devedor como depositário infiel, em face ao que preconizava o Pacto de São José da Costa Rica.

O recurso extraordinário supracitado foi interposto pelo Banco Bradesco S.A contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que no julgamento de apelação confirmou a sentença de procedência da ação de depósito, fundamentada em alienação fiduciária em garantia, deixando de impor a cominação da prisão civil do devedor fiduciante, no caso de descumprimento da obrigação de entrega do bem.

O relator do processo, ministro Cezar Peluso e outros que integrantes do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, negaram provimento ao recurso extraordinário movido pelo Banco, por entender que a prisão civil do depositário infiel é ilícita.

> **EMENTA:**
> **PRISÃO CIVIL**. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE

> nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.[13]

A referida decisão foi um marco no futuro posicionamento adotado pelo STF acerca do *status* hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos. Para o Ministro Celso de Melo, os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos dos quais o Brasil já é signatário integram o ordenamento jurídico com *status* de norma constitucional. Conforme, o Ministro Melo, a Constituição Federal determina a prevalência dos direitos humanos, no art. 4º, inciso II e outros artigos ao longo do texto constitucional. Dessa maneira, os tratados de direitos humanos mesmo anteriores a E/C nº 45/2004 podem ser considerados normas constitucionais.

A mudança do posicionamento do Supremo foi ensejada primeiramente pela emenda constitucional nº 45 de 2004, outro fator que contribuiu para a o novo posicionamento foi à tendência mundial contemporânea em adotar o constitucionalismo e a proteção dos direitos humanos como pilares do ordenamento jurídico interno. Além disso, outros fatores contribuíram para resultar na súmula vinculante nº 25 do STF.

4.3.Súmula n° 25 do Supremo Tribunal de Justiça – Efeito Supralegal

A emenda constitucional nº 45 de 2004, que acrescentou o §3º ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988, aumentou ainda mais as discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre o *status* hierárquico dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico interno.

O recurso extraordinário nº 466.343, de 3 de dezembro 2008, foi um divisor de águas quanto ao posicionamento do STF acerca do *status* hierárquico dos tratados de direitos humanos perante a legislação nacional.

O recurso extraordinário citado acima discute a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel adotada pela Constituição brasileira no art. 5º, inciso LXVII, sendo este inciso considerado uma cláusula pétrea, porque o referido artigo apresenta o rol de direitos e garantias fundamentais da República Federativa Brasileira, sendo assim irrevogável conforme art. 60, § 4º, inciso IV da Carta Magna, e em face do preconizado pela Convenção Americana

[13] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraodinário nº 466.343-1, de 5 de junho de 2009. **Diário da Justiça Eletrônico**. DF.

de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, no seu art. 7º, que proíbe expressamente a prisão civil do depositário infiel.

Diante desta problemática, o STF se deparou com um dilema jurídico: de um lado a Constituição Federal que dá legalidade a prisão civil do depositário infiel, sendo está a lei máxima do país, é por se tratar de cláusula pétrea, por outro lado, um compromisso internacional aceito sem resevas que deve ser cumprido, além do mais, este tratado internacional foi inserido no ordenamento jurídico antes da E/C nº45 e, portanto não possui *status* de emenda constitucional e sim de lei ordinária.

A saída encontrada pelo Supremo foi adotar a tese da supralegalidade e dar aos tratados internacionais de direitos humanos o efeito supralegal. Esta decisão refletiu na mudança do posicionamento do STF acerca do *status* hierárquico dos tratados de direitos humanos e consequentemente dos julgados futuros.

O marco desta mudança no posicionamento jurisprudencial foi à resolução do RE 466.343/2008 que não revogou o ato de adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana dos Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica (art. 7, nº 7), mas deixou de ter aplicabilidade toda à legislação infraconstitucional que versava sobre a prisão civil de depositário infiel.

A eficácia paralisante, assim chamada pelo Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, atribuída ao efeito supralegal consiste em retirar a aplicabilidade das leis infraconstitucionais conflitantes com os tratados de direitos humanos.

O efeito supralegal que possuem os tratados internacionais de direitos humanos está na hierarquia das leis no ordenamento jurídico nacional, ou seja, a posição deles na pirâmide hierárquica das leis, elencada no art. 59 da Constituição Federal, estão abaixo da Carta Magna e acima das demais leis infraconstitucionais.

O atual posicionamento do STF revogou aplicabilidade da Súmula 619, do próprio órgão, que tinha em seu texto: “a prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constitui o encargo, independente da propositura de ação de depósito”.

Para sedimentar essa nova orientação do STF foi editada a Súmula Vinculante nº 25, cujo enunciado transcreve esse novo entendimento jurisprudencial: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”.

Em suma, o novo posicionamento jurisprudencial no tocando aos tratados de direitos humanos foi muito bem vindo para atender as necessidades da sociedade moderna, em que

vigora a supremacia do princípio da dignidade humana e os direitos e garantias fundamentais aos seres humanos.

Além corrigir um ponto conflitante que o status hierárquico dos tratados de direitos humanos, antes a este posicionamento causava em relação ao art. 27 da Convenção de Viena de 1969, pois o antigo posicionamento brasileiro de incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos dava margem para o descumprimento do acordo por ato unilateral do Estado, devido à regra de um tratado pode ser revogado por lei posterior a ele ou conflitante a este.

5. Conclusão

A atual Constituição Federal brasileira é um marco de jurídico de transição de um regime autoritário para um democrático e a institucionalização dos direitos humanos no país. Este grande passo marcou a reinserção do Brasil no cenário internacional. Os direitos humanos passaram a reger as relações internacionais nacionais, assim como todo o texto constitucional.

A problemática envolvendo o conflito hierárquico entre lei nacional e internacional, advindo de tratado de direitos humanos, ao serem incorporados ao ordenamento jurídico nacional, causou inúmeras discussões doutrinárias e jurisprudenciais até resultar em uma solução que para uns é excelente e para outros é paliativa, ou seja, não soluciona definitivamente o conflito.

Durante anos a Suprema Corte brasileira impôs aos tratados de direitos humanos que tivessem o mesmo *status* hierárquico que uma lei ordinária, embora a Constituição garantisse a estas normas *status* de normas constitucionais, no primeiro momento apenas material e posteriormente formal.

A edição da emenda constitucional nº 45, a qual acrescentou um parágrafo ao artigo 5º da Carta Magna, atribuindo a possibilidade dos tratados de direitos humanos adquirem *status* de norma constitucional e forma mais explícita. Porém ao mesmo tempo criou um problema jurisprudencial, uma vez que não atribuía o mesmo efeito aos tratados internacionais incorporados antes do advento da emenda.

Visando solucionar este conflito em decisão de recurso extraordinário histórico o STF mudou a sua posição quando ao tema incorporação dos tratados internacionais ao ordenamento jurídico nacional, por meio da súmula nº 25.

O STF adotou a teoria da supralegalidade, o qual atribuiu o efeito supralegal aos tratados internacionais referentes aos Direitos Humanos, em que estes estão na pirâmide hierárquica das leis abaixo da Constituição Federal e acima das normas infraconstitucionais.

6. Referências

BRASIL. Presidência da República – Casa Civil. 5 de outubro de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da República Federativa.** DF. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>Acesso em: 18 nov. 2014.

BRASIL. Presidência da República – Casa Civil. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. **Diário Oficial da República Federativa.** DF. Disponível em**:** << http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>>. Acesso em: 08 fev. 2015.

BRASIL. Presidência da República – Casa Civil. Decreto nº 592, de 7 de julho de 1997. Pacto Internacional dos Direitos Civis. **Diário Oficial da União**. DF. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>Acesso em 25 jun. 2015.

BRASIL. Presidência da República – Casa Civil. Emenda Constitucional nº45, de 30 de dezembro de 2004. **Diário Oficial da União**. DF. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm> Acesso em 17 jun. 2015.

BRASIL. Presidência da República – Casa Civil. Lei nº 8.866, de 11 de abril de 1994. Depositário Infiel de Valor Pertencente à Fazenda Pública. **Diário Oficial da União**. DF. Disponível em: <www.planalto.gov.br/Ccivil_03/LEIS/L8866.htm> Acesso em 23 jun. 2015.

BRASIL. Presidência da República – Casa Civil. Decreto –Lei nº 911, de 1 de outubro de 1969. Alienação Fiduciária. **Diário Oficial da União**. DF. Disponível em: << http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0911.htm>>. Acesso em 23 jun. 2015.

BRASIL. Presidência da República – Casa Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. **Diário Oficial da União**. DF. Disponível em: << http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0911.htm>>. Acesso em 23 jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADIN) nº 1055-7, de 13 de junho de 1997. **Informativo STF nº 75**. DF. Disponível em :

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo75.htm >>. Acesso em: 24 jun. 2015.
BRASIL. Presidência da República – Casa Civil. Decreto nº 678, de 9 de novembro de 1992. Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica. **Diário Oficial da União**. DF. Disponível em: <www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>Acesso em: 25 jun. 2015

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 25, de 23 de dezembro de 2009. **Diário da Justiça Eletrônico**. DF. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1268>Acesso em: 27 jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraodinário nº 466.343-1, de 5 de junho de 2009. **Diário da Justiça Eletrônico**. DF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 27 jun. 2015.

Declaração Universal de Direitos Humanos, 1948 – Disponível em:< www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/declaracao_universal_dos_direitos_do_homem.pdf > Acesso em: 22 Jun. 2015.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18º ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional.** 8º ed. e atual. São Paulo: Atlas, 2011, p.320-323.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**, Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

NOSCHANG, Patrícia Grazzotin. A Teoria de Triepel e o Recurso Extraordinário 80.004. **Revista Lus Gentim: a teoria e comércio de direito internacional**. Florianópolis. n. ISSN 1983-8638, p. 97-114, 2009. Disponível em: <<www.lusgentium.com.br>>. Acesso em: 22 maio 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 4º ed. ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2000.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Depositário infiel: jurisprudência do STF muda e se adapta ao Pacto. **Notícias do STF**, Brasília, 23 nov. 2009. Disponível em: << http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=116379 >>. Acesso em: 27 jun. 2015.

TRINDADE, Antonio A. Cançado. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: **Arquivos de Direitos Humanos 1**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.