

**PONDERAÇÕES ÉTICO-JURÍDICAS DA NOVA TESE DA SUPRALEGALIDADE DOS
TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS PELO STF**

*Cautionary ethical and legal theory of the new treaty supralegalidade
international human rights by STF*

PEDRO PAULO CORINO DA FONSECA

Mestre e doutorando em Direito Internacional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor de Direito Internacional e Direito Empresarial. Advogado. E-mail: pedrocorino@gmail.com.

RECEBIDO EM: 20.09.2013

APROVADO EM: 07.12.2013

RESUMO

Os articulistas têm por principal objetivo tecer considerações gerais, com passagens ético-sociais, a respeito da importância dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, seja sob a forma de princípios esculpados na Constituição Federal, seja sob a forma de tratados e convenções internacionais assinados pelo Brasil. Os autores baseiam seu trabalho no posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, que os colocou sob nova perspectiva jurídica, influenciando assim todo sistema jurídico brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: TRATADOS INTERNACIONAIS. RECEPÇÃO. SUPRALEGALIDADE. DIREITOS HUMANOS.

ABSTRACT

The article writers whose main objective to make general considerations with ethical-social passages, about the importance of human rights in the Brazilian legal system, whether in the form of principles carved in the Constitution, either in the form of international treaties and conventions signed by Brazil. The authors base their work on the positioning of the Supreme Court on the subject, who placed them under new legal perspective, thereby influencing all the Brazilian legal system.

KEYWORDS: INTERNATIONAL TREATIES. RECEPTION. SUPRALEGALIDADE. HUMAN RIGHTS.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Direitos humanos como fundamento da República Brasileira. 2. A jurisdição como um dos meios de aplicação de normas ético-jurídicas. 3. O atual posicionamento do STF. Referências.

INTRODUÇÃO

As normas são criadas como resultado de um processo lógico de valoração do mundo fenomênico – expressam e regulam o *ser*, numa formação de um *dever ser*. E esta base fática da norma, usada para sua constituição, provém de um comportamento normal do homem.

Portanto, uma valoração ética comum identificada no mundo físico transforma-se numa norma jurídica – consequentemente obrigatória, pois acrescentada de sanções. Destarte, reverbera-se socialmente uma valoração ética. E nossa Constituição Federal não é diferente.

Para uma boa compreensão de tema aqui tratado, devemos entender o significado de “princípio”, e quais seus propósitos no ordenamento jurídico brasileiro. “Princípio”, proveniente do grego *αρχη*, equivalente latim *principium* (de *princeps*, aquele que ocupa o primeiro lugar)¹⁷⁵.

É, amplamente, indicativo do começo ou da origem de qualquer coisa. [...] No plural, significa as normas ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa. E, assim, princípios revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixam para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica. Desse modo, exprimem sentido mais relevante que o da própria norma ou regra jurídica [...] Indicam o alicerce do Direito¹⁷⁶.

Portanto, os princípios são normas gerais orientadoras que, em conjunto, determinam os passos a serem seguidos no estudo sobre algum objeto. Assim se forma o que se chama de ciência.

Deste modo, os princípios em conjunto determinam como deve se desenvolver o direito brasileiro; todos seus artigos e normas devem traduzir sempre, seja direta ou indiretamente, os princípios que o norteiam, que irradiam cada feixe do direito, visando a manutenção da integridade da ordem jurídica estabelecida – o

¹⁷⁵ CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*, 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 1.

¹⁷⁶ De Plácido e Silva, *Vocabulário Jurídico*, p. 639.

direito positivo¹⁷⁷.

Os princípios são mais abstratos e daí vagos em suas formulações, na comparação com as normas, menos gerais e mais precisas. Isso significa que usualmente as normas se aplicam diretamente ao caso concreto, enquanto que os princípios precisam de intermediação normativa. Enquanto as normas se reportam a determinado fato visando uma tipificação ou quase isso, os princípios apontam valores, o que alarga a determinação de seu conteúdo. Os princípios podem ser reconhecidos implicitamente no sistema jurídico ou mesmo supostos. As normas devem existir efetivamente para poderem ter validade, vigência e eficácia.¹⁷⁸

1.DIREITOS HUMANOS COMO FUNDAMENTO DA REPÚBLICA BRASILEIRA

Ao escolher em seu art. 1º, inciso III, a *dignidade da pessoa humana* como um dos *princípios fundamentais* da República, a Constituição Federal consagrou a obrigatoriedade da proteção máxima à pessoa, por meio de um sistema jurídico-positivo formado por direitos fundamentais, assegurando, portanto, uma existência plenamente digna e protegida de qualquer espécie de ofensa, quer praticada pelo particular, quer pelo Estado:

TÍTULO I Dos Princípios Fundamentais Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

Assim agindo, “o Constituinte deixou transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive (e especialmente) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, que igualmente integram (juntamente com os princípios fundamentais) aquilo que se pode – e nesse ponto parece haver consenso – denominar de núcleo essencial da nossa Constituição formal e material”.¹⁷⁹

¹⁷⁷ Pertinentes são as ponderações de Vicente Rao: “o direito positivo é próprio de cada povo. As regras obrigatórias do direito que cada povo adota formam o seu direito positivo. Assim, sucede porque o direito (eminentemente nacional), deste modo concebido, nasce dos fatos – *ex facto oritur jus* – e deles nascido, passa a regê-los”. (RAO, Vicente. *O Direito e a vida dos direitos*. v. 1. São Paulo: Editora Max Limonad, 1960, p. 97).

¹⁷⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*, 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 119.

¹⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 64.

A dignidade da pessoa humana, portanto, é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida e, se podemos definir “existência” como o modo de ser do homem no mundo, a dignidade da pessoa humana é o núcleo da existência humana, valor inato, imaterial, essencial, de máxima grandeza¹⁸⁰.

De fato, o que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças¹⁸¹.

Aí está demonstrada a vontade do povo brasileiro – por meio de sua carta política máxima – para que, da mesma forma, assim seja seu Estado. A expressão “*tem como fundamentos*”, *esculpida na Magna Carta* significa o porquê do Estado brasileiro ser um Estado Democrático, Social e de Direito.

A exigência que se faz de absoluto respeito a essas premissas é de importância tão grande que se identifica a proteção a valores éticos, inerentes ao ser humano, e representados como “direitos humanos” desde a época classificada pela história como Estado Antigo, em torno de 4000 a. C., principalmente na Mesopotâmia e Egito.

E inegável a afirmação de que a evolução história dos direitos humanos fundamentais diretamente contribuiu para a formação de uma atuação mais coerente, justa e essencial do Estado na sociedade, de modo a regulá-la com vistas a um ideal equilíbrio social.

O antecedente histórico considerado mais importante das defesas de direitos humanos encontra-se na Inglaterra: trata-se da *Magna Charta*, datada de 1215, outorgada por João I, também conhecido por “João Sem-Terra”, marcando o início da monarquia constitucional, por limitar o poder real, e se tratar não só de um conjunto de direitos do povo, mas, principalmente, de um tratado de deveres do rei para com seus súditos.

Mas o Estado Moderno – período que compreende os séculos XV a XVIII – nasceu absolutista, e durante ele os problemas das monarquias foram confundidos como sendo as características de um Estado. E eis a justificativa do povo, que entendeu o Estado não como um instrumento de efetivação de políticas públicas, mas como um inimigo da manutenção saudável da sociedade.

Todavia, com a Revolução Francesa, em 1789, as teorias de filósofos como

¹⁸⁰ ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *Dano existencial a tutela da dignidade da pessoa humana*, . Revista de Direito Privado, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 24, Out/Dez/2005, p.29.

¹⁸¹ *Idem, ibidem*.

Voltaire, Locke, Rousseau, Diderot e Montesquieu foram consolidadas na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão¹⁸², promulgada neste mesmo ano, inspirada na Revolução Americana de 1776, e nas idéias provenientes do Iluminismo.

Pela primeira vez na história, são proclamadas as liberdades e os direitos fundamentais do homem de forma ecumênica, com caráter universal, e visando contemplar toda a humanidade.

Do ponto de vista político, e sob a influência dessa importância aos direitos humanos, aliada àquela visão do Estado como inimigo da sociedade, sua intervenção mínima na vida social foi a doutrina que se pregou em toda a Europa a partir da Revolução Francesa. Nasce e propaga-se, daí, o liberalismo, a partir do início do século XVIII.

Pode-se resumir a doutrina do liberalismo como o conjunto de objeções fundamentais à interferência do governo¹⁸³, caracterizando, de uma vez, o que se chama de Estado Liberal ou Estado Mínimo.

Inegáveis as contribuições dessa doutrina, como a valorização do indivíduo e da liberdade humana, desenvolvimento industrial e considerável progresso econômico.

Todavia, a liberdade excessiva, deixando a sociedade se auto-regular, convivendo e tentando consertar seus problemas acabaram por causar uma degradação na justiça social, fortalecendo ainda mais os economicamente privilegiados em detrimento daqueles que pouco ou nada possuíam. “E, como acontece sempre que os valores econômicos são colocados acima de todos os demais, homens medíocres, sem nenhuma formação humanística e apenas preocupados com o rápido aumento de suas riquezas, passaram a ter o domínio da sociedade”¹⁸⁴.

Com o passar dos anos, cada vez mais a situação dos trabalhadores se agravou. Assim sendo, em torno do final do século XIX, início do século XX, a própria sociedade percebeu a importância um Estado mais ativo nas relações sociais, e que sim interferisse na economia e na valorização do ser humano.

Compete também ao Estado velar que o trabalho seja valorizado, que respeite o ser humano e seja pautado em relações de justiça e equidade. Que normas garantam condições mínimas de uma existência digna para o trabalhador e sua família. Não basta que o indivíduo tenha liberdade, mas que sua liberdade seja instruída com a suficiente dignidade.

Posteriormente, nesse diapasão, importantíssimo ressaltar que a Declaração Universal dos Direitos do Homem foi promulgada no dia 10 de dezembro de 1948 pela Organização das Nações Unidas, com o intuito de servir como texto-base de garantia aos princípios básicos do ser humano em todo o mundo.

¹⁸² Serviu de inspiração para as constituições francesas de 1848 e para a atual. Também foi a base da Declaração Universal dos Direitos Humanos promulgada pela Organização das Nações Unidas (ONU).

¹⁸³ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*, p. 279.

¹⁸⁴ Idem, p. 281.

Em resumo, a Declaração Universal da ONU objetivou (e ainda o faz) uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana quando valoriza e consagra valores básicos que, a partir de então, tornaram-se universais.

*A dignidade humana como fundamento dos direitos humanos é concepção que, posteriormente, vem a ser incorporada por todos os tratados e declarações de direitos humanos, que passam a integrar o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos*¹⁸⁵.

Desde então, a evolução social humana só houve por fortalecer seus valores morais e éticos, que hoje estão refletidos tanto em suas normas constitucionais e infraconstitucionais, quanto efetivadas na aplicação ao caso concreto, função precípua do Poder Judiciário.

Nessa esteira, a sistemática estabelecida pelo legislador constituinte, de proteção aos direitos humanos, conclui de modo claro a ênfase ética e social do tema.

O termo “ética” provém do grego *ethos*, e está ligado à idéia de “hábito”, um determinado modo de agir do indivíduo: “*capacidade de ação livre e autônoma do indivíduo. Significa, acima de tudo, capacidade de resistência que o indivíduo tem em face das externas pressões advindas do meio (inclusive pressões morais ilegítimas)*”¹⁸⁶.

Podemos afirmar, com certa tranqüilidade, que as normas garantidoras de proteção aos direitos humanos podem ser classificadas como de natureza ético-jurídicas. Elas refletem anseios naturais e inerentes dos indivíduos – reforçando, aí, seu lado ético – como centros da própria existência humana, mas reforçadas por uma estrutura jurídica, afastando-se de meras proposições intencionais.

Trazemos como exemplo os parágrafos 1º e 2º do artigo 5º de nossa Constituição: “§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Fica evidente o reflexo ético da segurança dessa proteção aos direitos humanos, que deve provir (também, mas não tão-somente) do Poder Judiciário. E, por causa disso, não basta a simples previsão de tal proteção no texto legal. Falta, aí, a garantia da eficácia da norma ético-jurídica, que se dá, sim, em conjunto, pela previsão legal aplicada ao caso concreto: fala-se em subsunção¹⁸⁷. E o instrumento utilizado para a subsunção é o que se chama de jurisdição.

¹⁸⁵ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional internacional*, 5. ed. São Paulo, Editora Max Limonad, 2002, p. 146.

¹⁸⁶ BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*, 7. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 526.

¹⁸⁷ Entendemos como o raciocínio consistente na revelação, pelo aplicador da lei, da ligação e consequente aplicação lógica de uma previsão genérica e hipotética de uma norma numa situação fática concreta.

2. A JURISDIÇÃO COMO UM DOS MEIOS DE APLICAÇÃO DE NORMAS ÉTICO-JURÍDICAS

Quando se discute sobre *jurisdição*, logo vem à mente a idéia de decisão, de julgamento, de interferência estatal em problemas sociais. Realmente, o exercício da jurisdição se dá por meio de decisões fundamentadas no ordenamento jurídico vigente, realizando uma das três principais funções¹⁸⁸ do Estado de Direito brasileiro, qual seja, a função jurisdicional.

Aquilo que se chama de Direito emana diretamente e unicamente do próprio Estado (art. 5º, inc. II da Carta Magna), desta forma regulando a sociedade e exercitando sobre ela sua soberania. E assim o faz por possuir poderes diretamente advindos da lei máxima – a Constituição Federal – elaborada e promulgada democraticamente por representantes do povo. Ou seja, o Estado detém o poder para criar e impor normas jurídicas, se necessário utilizando meios de coação, visando a ordenar as relações sociais “e os indivíduos entre si e reciprocamente, de maneira a manter um mínimo de ordem e estimular um máximo de progresso à vista do bem comum. Essa superioridade (...) caracteriza a soberania do Estado”¹⁸⁹.

Giuseppe Chiovenda define jurisdição como: “*a função do Estado que tem como escopo a atuação concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva*”.¹⁹⁰

Apesar de muito bem delineadas, as definições dos grandes juristas se aproximam mais da idéia de o Estado ser um contínuo aplicador de leis do que um pacificador social. É evidente que o Estado, para atingir o proposto da pacificação, deve se utilizar do que possui em mãos para fazê-lo, o ordenamento jurídico. Este, formulado por inúmeras regras gerais e abstratas, serve como base obrigatória para o juiz, investido na função jurisdicional, agir como o próprio Estado-julgador (Poder Judiciário), solucionando o conflito de interesses levado para seu conhecimento por uma das partes do litígio. Dando a palavra final ao problema, aplicando o direito estático ao caso concreto, exaurida está aí sua função perante a sociedade.

Jurisdição é prática do dever-poder, nesta ordem. Possuindo prerrogativas inerentes à sua função e provenientes de um poder dado pelo próprio Estado, o Poder Judiciário exerce a jurisdição como seu principal dever, e razão de existir. O que aqui se qualifica como dever-poder demonstra a exata subordinação do poder entregue para realizar o dever que lhe foi proposto.

¹⁸⁸ À função jurisdicional somam-se a legislativa e a administrativa (ou governamental), consoante o artigo 2º da Constituição da República, obedecendo ao princípio da separação ou divisão de poderes.

¹⁸⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 17. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Malheiros, 1999, p. 111.

¹⁹⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito processual civil*. 2. ed. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Editora Saraiva, 1943, p. 11.

Além do mais, a mera aplicação da lei não é, por si só, atividade jurisdicional. Ora! A todo momento, pessoas sujeitas a um regime jurídico estão obedecendo às suas regras espontaneamente, mesmo sem conhecê-las todas. E é normal que isso aconteça. Em verdade, a via judicial existe, teoricamente, apenas nos casos excepcionais, nos quais a lei não é cumprida. Utilizando-se de meios que o ordenamento dispõe a ele, o Estado exige tais comportamentos pré-determinados, buscando “eliminar conflitos mediante critérios justos – eis o mais elevado escopo social das atividades jurídicas do Estado”¹⁹¹. Zela pela realização forçada das regras de conduta, institui direitos e deveres, e apena quem as descumpra, até mesmo, se necessário, com a privação da liberdade do indivíduo. Tudo em nome da paz social.

Sabe-se que a função jurisdicional não escapa das normas, e nem poderia. Aliás, nasce a função judicante intrínseca à legislativa. Mas o juiz não é um cego aplicador de normas. Caso fosse, desnecessária seria sua existência; computadores formulariam a conclusão correta para o caso concreto; só adequá-lo à norma.

É nesse diferencial que se encontram os princípios; que se acham os pilares fundamentais e constitutivos das normas – sua função teleológica. E, por mais que alguns doutrinadores e estudiosos queiram separar os valores morais e éticos das normas postas – aproximando-se, ainda, da antiga crença do normativismo puro kelseniano – não se pode olvidar suas influências no atual momento jurídico. São os classificados por José Afonso da Silva como princípios político-constitucionais.

Tais princípios são formadores do sistema constitucional de uma nação, ou seja, extraem-se valores éticos, morais, econômicos, políticos (entre outros) de uma sociedade para então se construir normas-princípio que irradiarão à formação de todas as outras normas do sistema jurídico, ressaltando-se aí sua função orientadora.

Apesar disso, a atual formação e estrutura do judiciário, de certa forma, não contribui muito para uma distribuição de justiça de modo uniforme. Explica-se.

Uma das garantias intrínsecas do Poder Judiciário, que assegura sua livre atividade, de modo a garantir seu ideal funcionamento, é a independência funcional, ou seja, a livre possibilidade de cada membro poder exercer sua função sem nenhum tipo de interferência externa, utilizando em sua atividade, apenas, as normas jurídicas e sua consciência.

Tal independência funcional é necessária, fundamental, e não pode ser, de modo, algum restringida. A garantia de uma justiça neutra e seguramente imparcial nasce dessa independência.

Entretanto, a falta de uniformidade pode trazer algumas situações não tão interessantes para o bom funcionamento da distribuição de justiça. Daí, então, podem ocorrer decisões contraditórias a respeito de mesmas situações, o que contribui, de certa forma, para uma natural insegurança jurídica.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45 de 2004 – conhecida como

¹⁹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 10. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2002, p. 196.

a “Reforma do Poder Judiciário” – tentou-se corrigir parte dessa distorção, criando alguns mecanismos de uniformização da jurisprudência, e de posicionamentos consolidados nos Tribunais Superiores como, por exemplo, a súmula vinculante¹⁹², cujo objetivo principal é constituir a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários, ou entre esses e a administração pública, que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Conjugando, então, direito e ética, indaga-se se possível haver a conquista efetiva do objetivado teleologicamente pelas normas consideradas ético-jurídicas. Usaremos como exemplo evento prático ocorrido há pouco tempo em nosso tribunal de cúpula do Poder Judiciário: o E. Supremo Tribunal Federal.

3. O ATUAL POSICIONAMENTO DO STF

Antes de introduzida a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 em nosso ordenamento jurídico, o posicionamento do E. Supremo Tribunal Federal sobre a incorporação¹⁹³ de tratados internacionais de direitos humanos, dos quais o Brasil fosse signatário, era de considerá-los com *status* de lei ordinária.

A emenda retro citada acrescentou um parágrafo terceiro ao artigo 5º da Carta Magna, prevendo que: “§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Como consequência dessa modificação, este parágrafo terceiro representou, a nosso ver, um avanço significativo do direito brasileiro em relação à efetividade de normas ético-jurídicas, garantindo, de forma indireta, uma conquista social.

Esse novo mecanismo criou uma possibilidade real de introdução no ordenamento jurídico de normas dessa natureza, pelo qual, respeitada a aludida formalidade, confere-se a elas *status* de norma constitucional¹⁹⁴.

¹⁹² Artigo 103-A da Constituição Federal.

¹⁹³ Resumidamente, o processo dá-se nessa ordem: a) celebração do tratado internacional pelo Presidente da República (negociação, conclusão e assinatura – art. 84, VIII da CF); b) aprovação pelo Congresso Nacional, por meio de decreto legislativo (art. 49, I da CF); c) depósito dos instrumentos de ratificação (ou adesão, pelo Órgão do Poder Executivo em âmbito internacional); d) promulgação, por decreto presidencial, seguida da publicação do texto em português no Diário Oficial, cf. Lenza, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*, p. 438.

¹⁹⁴ Trazemos à baila exemplo de incorporação, com *status* constitucional, de uma convenção internacional de direitos humanos: *Decreto legislativo Nº 186, DE 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. O Congresso Nacional decreta: Art. 1º Fica aprovado, nos termos do § 3º do art. 5º da Constituição Federal, o texto da Convenção*

Entretanto, apesar do reconhecido avanço social contido nessa inovação, acabou por escapar entre os dedos do legislador constituinte reformador uma grande oportunidade de reforço à idéia de aplicabilidade mais concreta e efetiva de uma ética jurídica; pouco ousando, apenas estabeleceu um “mecanismo de concessão de status constitucional”¹⁹⁵.

Outro ponto nesse avanço diz respeito ao avanço do posicionamento jurisprudencial no nosso Tribunal de cúpula quando se refere a tratados e convenções internacionais, assinadas pelo Estado brasileiro, mas que não referendados pelo citado mecanismo do artigo 5º, §3º da Carta Magna.

O E. Supremo Tribunal Federal, ao concluir o julgamento do recurso extraordinário nº 466.343/SP, em 03 de dezembro de 2008, enfrentou a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel¹⁹⁶.

Nossa Constituição Federal atribui duas únicas hipóteses em que haverá prisão civil, quais sejam “*a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel*” – artigo 5º, LXVII.

Entretanto, dois tratados internacionais de direitos humanos, dos quais o Brasil faz parte – Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos¹⁹⁷ e Pacto de San José da Costa Rica¹⁹⁸ – proibem expressamente a prisão civil do depositário infiel,

sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Parágrafo único. Ficam sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que alterem a referida Convenção e seu Protocolo Facultativo, bem como quaisquer outros ajustes complementares que, nos termos do inciso I do caput do art. 49 da Constituição Federal, acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. Art. 2º Este Decreto Legislativo entra em vigor na data de sua publicação. Senado Federal, em 9 de julho de 2008.

¹⁹⁵ Talvez, melhor seria conferir-se automaticamente, a todos os tratados e convenções internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil faça parte, status de norma constitucional.

¹⁹⁶ Em palavras simples, depositário infiel é aquela pessoa que se desfaz de bem cuja guarda lhe foi atribuída pela Justiça.

¹⁹⁷ O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos foi incorporado pela Resolução n. 2.200-A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966. Logo, é um pacto de amplitude mundial. Entrou em vigor em 1976, quando foi atingido o número mínimo de adesões (35 Estados). O Congresso Brasileiro aprovou-o por meio do Decreto-Legislativo n. 226, de 12 de dezembro de 1991, depositando a Carta de Adesão na Secretaria Geral da Organização das Nações Unidas em 24 de janeiro de 1992, entrando em vigor em território nacional em 24 de abril do mesmo ano. Desde então, o Brasil tornou-se responsável pela implementação e proteção dos direitos fundamentais previstos no Pacto. (<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/textos/tratado05.htm> - acessado em 10.10.2009).

¹⁹⁸ A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) entrou em vigor internacionalmente em 18 de julho de 1978. O governo brasileiro depositou a Carta de Adesão em 25 de setembro de 1992, e a convalidou mediante Decreto Presidencial nº 678, de 6 de novembro de 1992. (<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/textos/tratado05.htm> - acessado em 10.10.2009).

respectivamente, em seus artigos 11¹⁹⁹ e art. 7º, item 7²⁰⁰.

Ao concluir o julgamento, por cinco votos a quatro, o E. Supremo Tribunal Federal por maioria modificou seu antigo posicionamento, declarando que todos os tratados e convenções internacionais de direitos humanos que o Brasil faça parte, se não incorporados na forma do artigo 5º §3º da Constituição Federal, têm status de normas supralegais, ou seja, estão hierarquicamente acima de todo o ordenamento jurídico, e somente abaixo da Constituição Federal²⁰¹. Como consequência direta disso, qualquer norma infraconstitucional em sentido contrário de tais normas terá sua eficácia paralisada.

Reforçando esta tese acima, e seguindo o mesmo raciocínio, no julgamento do habeas corpus nº 96772/SP, o E. Supremo Tribunal Federal entendeu – por maioria de votos – que, pelo fato do Brasil ter subscrito o Pacto de San José da Costa Rica, o qual contém limitação à prisão civil por dívida apenas em caso de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia, a legislação ordinária referente ao depositário infiel, então teria sido derogada.

Em consequência disso, neste mesmo julgamento, a Súmula 619 do STF, assim redigida “*a prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito*” foi cancelada.

Como essas decisões repercutem como paradigma de incontáveis as decisões do sistema judiciário, sem dúvida, fortaleceu-se em muito a reafirmação do princípio da dignidade da pessoa humana. E, assim valorizando-o, ganham não só os destinatários diretos dessa decisão, mas toda sociedade.

Se uma decisão judicial, solucionando um caso concreto, é a efetiva aplicação dos ideais de toda uma sociedade, que estava estante em normas jurídicas positivadas, quanto mais perto esta decisão se encontrar de uma ética implícita, de um conjunto de manifestações coordenadas em um mesmo sentido – buscando um bem comum, mais esta sociedade verá harmonia entre suas vontades em seu desenvolvimento social.

Após a instituição democrática da nossa atual Constituição Federal (também chamada de “Constituição Cidadã”), acreditamos que este novo posicionamento do tribunal de cúpula do Poder Judiciário tenha sido uma das mais avançadas conquistas.

¹⁹⁹ “Art. 11 - Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual.”

²⁰⁰ “Art.7º,7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandatos de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.”

²⁰¹ Corrente doutrinária também defendida por Augustín Gordillo, André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros (PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 5. ed. São Paulo, Editora Max Limonad, 2002, pp.91-92.)

Mas pode-se mais. Pode-se buscar maior valorização na defesa mais incisiva de valores éticos e de valores morais. Pode-se buscar a uniformização no sentido de serem todos os tratados e convenções dessa natureza como constitucionais, tese defendida, desde sempre, pela Professora Flávia Piovesan²⁰², da qual partilhamos. Aguardemos, ansiosos, novas manifestações.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *Dano existencial a tutela da dignidade da pessoa humana*. Revista de Direito Privado, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 24, Out/Dez/2005.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 7ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito processual civil*. 2. ed. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Editora Saraiva, 1943.

CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/textos/tratado05.htm> - acesso em 10.10.2013.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional internacional*. 5. ed. São Paulo, Editora Max Limonad, 2002.

RAO, Vicente. *O Direito e a vida dos direitos*. v. 1. São Paulo: Editora Max Limonad, 1960.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*. 2. ed. v. 1. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

²⁰² Pedimos vênia para encabeçar esta tese com o nome da ilustre autora, mas que também defendida por outros ilustres e igualmente tão importantes autores como Pedro Lenza e Antonio Augusto Cançado Trindade.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 18. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Malheiros, 1999.