

A INFLUÊNCIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NA PRISÃO DO DEPOSITÁRIO INFIEL E NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de analisar a influência dos tratados internacionais de direitos humanos no desenvolvimento da sistemática do direito interno brasileiro, relacionada a jurisprudência dos tribunais brasileiros, principalmente, a do Supremo Tribunal Federal. Mostra-se também o novo posicionamento acerca da prisão civil por dívida do depositário infiel e a influência do Pacto de São José da Costa Rica neste avanço, além de expressar o novo entendimento acerca da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos. Serão também vistos as características dos direitos humanos e seus principais desafios no mundo contemporâneo.

Palavras-chave: Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica, tratados internacionais.

INTRODUÇÃO

Os direitos humanos tiveram seu desenvolvimento e crescimento de sua efetividade na sociedade, principalmente, a partir do início do século XXI e estes são claras consequências da intensificação das relações entre os Estados, trazendo a gênese e a consolidação no cenário cosmopolita dos tratados internacionais de direitos humanos, estes que possuem uma grande influência no direito interno brasileiro, assunto que será debatido neste trabalho, principalmente acerca das facetas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e na prisão do depositário infiel.

1. DIREITOS HUMANOS

1.1 A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A historicidade é característica marcante dos direitos humanos, pois estes resultam de um grande caminho de lutas contra a violação da dignidade da pessoa humana. Estes não são constituídos ao mesmo tempo, mas, gradativamente, em momentos históricos diferentes. Nos primórdios da humanidade, não eram reconhecidos direitos para a população em frente a limitação do poder estatal, trazendo um verdadeiro desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Alguns povos, mesmo antes da limitação do poder do estado pela lei, traziam privilégios à pessoa humanas em seus costumes, porém, os direitos humanos apenas começaram a se consolidar em lei, a partir do século XIII, com a ascensão da classe burguesa ao poder. Porém, mesmo durante a antiguidade, surgiram fatores influentes na evolução dos direitos humanos, como o Código de Hamurabi(Babilônia, século XVIII a.C) e o pensamento de Amenófis IV(Egito).Outro fator pré-modernismo bastante importante foi o desenvolvimento político ateniense e romano.

Já em 1215, ainda que com concessões a apenas uma pequena parte da população, surgiu a Magna Carta, trazendo direitos como a ampla defesa, o devido processo legal, a propriedade individual e o remédio fundamental de habeas corpus, este que não se destinava à proteção da liberdade dos súditos, mas sim para a proteção de Reis e susseranos. Outro acontecimento importante foi a Bill of Rights, documento inglês que defendia o direito à liberdade, ainda restrito a parte da sociedade, mas com uma ampliação a outras classes não beneficiadas nos documentos anteriores.

Porém, foi com o desenvolvimento da corrente iluminista, que os direitos humanos tiveram sua ampliação, principalmente o direito a liberdade, sendo constituído em documentos como a Declaração da Independência Americana e a Declaração de Direitos da Revolução Francesa. Este último documento teve uma grande repercussão na história da mudança dos direitos fundamentais, com a propagação do ideal liberdade, igualdade e fraternidade,

trazendo as liberdades individuais para todas as classes. Entretanto, mesmo com o desenvolvimento destes direitos fundamentais, a revolução francesa não trouxe instrumentos para a defesa destes.

Em 1824, surgiu a Convenção de Genebra, marco bastante importante na internacionalização dos direitos humanos, pois foi o primeiro instituto a se preocupar com o cumprimento deste além das fronteiras nacionais, se relacionando com o respeito aos doentes e feridos combatentes de guerra e com as populações envolvidas no conflito, sendo também , o primeiro documento a trazer o direito humanitário. .

Já em 1917, surgiu a Constituição Mexicana, que tinha como principais objetivos: propor as bases para a reforma agrária, aumentar o número de pessoas agraciadas com a educação básica, proibir a reeleição do Chefe do Executivo, a redução do poder da igreja, o desenvolvimento das liberdades e garantias individuais e a proteção dos trabalhadores, com a idade mínima para o trabalho, a proibição do trabalho noturno para menores, a proteção do desemprego e da maternidade, a limitação da jornada de trabalho e a responsabilidade do empregador por acidente de trabalho.

Outro documento que trouxe direitos humanos relacionados ao aspecto social foi a Constituição Alemã, publicada em 1919, que abrangeu os mesmos direitos citados na Constituição Mexicana de 1917 e a defesa do princípio da dignidade da pessoa humana como alicerce da constituição de todos os direitos fundamentais abrangidos nesta. Um ineditismo deste documento foi a igualdade entre o homem e a mulher na constância do casamento e entre os filhos legítimos e ilegítimos.

A segunda guerra mundial trouxe muito horrores e atrocidades ao mundo, principalmente com o desrespeito aos direitos humanos, através do perseguição ao povo judeu e das bombas atômicas, e devido a estes fatos, surgiu a Organização das Nações Unidas(ONU) em 1945, através da Carta das Nações, em busca da defesa da dignidade humana pelas nações participantes. Esta carta teve inicialmente 51 países signatários e trazia o direito de autodeterminação dos povos (escolha do próprio governo) e confirmação da soberania do estado. Porém, esta não proibia a guerra entre os

países, mas apenas a possibilidade da interferência da ONU nesta em caso de necessidade vislumbrada pelos membros permanentes.

Já em 1948, surgiu a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), documento de importância fundamental para a proteção da dignidade da pessoa humana e para a luta contra qualquer discriminação existente, estabelecendo a proteção universal do ser humano. Trouxe também a defesa de valores civis e políticos, como direito à vida, à liberdade, e aos direitos sociais e econômicos, como direito à saúde, ao trabalho digno e à educação, devendo estes ser garantidos através de instrumentos normativos.

Para a efetivação dos direitos garantidos pela DUDH, surgiram o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Em 1998, foi firmado o Estatuto de Roma, que estabelecia o Tribunal Penal Internacional (TPI), que é uma instituição permanente com jurisdição sobre as pessoas que cometam crimes internacionais, como os crime de genocídio, contra a humanidade, de guerra e de agressão. Outros documentos importantes também foram a Convenção Internacional Sobre a Eliminação Sobre Todas as formas de Discriminação Racial(1966), a Convenção Americana de Direitos Humanos(1969) e a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes(1984).

1.2 TEORIA GERAL DOS DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos têm algumas características gerais inerentes a estes, como a historicidade, a universalidade, a relatividade, a irrenunciabilidade, a inalienabilidade, a imprescritibilidade, a unidade, a indivisibilidade e a interdependência. A historicidade está relacionada a evolução gradual dos direitos humanos, em que estes não surgiram ao mesmo tempo, mas, sim, em diferentes momentos da história do homem, logo, demonstra que os direitos humanos não seriam direitos naturais, como os eventos e forças da natureza.

Já a universalidade está relacionada ao caráter de destinação dos direitos humano a todos os seres humanos sem discriminação e à abrangência territorial universal, atingindo o patamar mundial e fazendo surgir documentos internacionais para a proteção destes em âmbito internacional. Esta concepção traz confrontos com o relativismo cultural, pois existe a necessidade também da afirmação cultural de cada país, sendo exemplo a polêmica situação de discriminação e inferioridade da mulher em alguns países africanos e mulçumanos.

A relatividade está relacionada ao caráter não absoluto dos direitos humanos, em que são adaptados a outros valores existentes em ordem jurídica, logo, até o próprio direito a vida é relativizado em casos como a guerra, a pena de morte ou a legítima defesa. Não obstante, existem alguns direitos de caráter absoluto, como a proibição à tortura e proibição de escravidão.

A irrenunciabilidade traz a não disponibilidade sobre a dignidade inerente à condição de ser humano, ou seja, a abdicação da condição da dignidade do ser será considerada nula. Um famoso caso trazido pela doutrina relacionado a este princípio é o do arremesso de anões, em que estes eram arremessados em espetáculos sem ter sua dignidade garantida e posteriormente foi proibida a prática pelo estado; porém um anão participante do espetáculo questionou a proibição alegando que a prática de arremesso era importante para sua subsistência, entretanto, o Comitê de Direitos Humanos não concordou com a prática de arremesso destes, alegando que a dignidade humana deve ser preservada em todos os casos.

Os direitos humanos também não podem ser objetos de comércio, característica chamada de inalienabilidade. Já, a imprescritibilidade traz a proteção à concretização dos direitos humanos pelo efeito e decurso do tempo. Outra característica é a unidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, em que são compreendidos como um conjunto único, afastando a ideia de hierarquia entre estes e trazendo a exigibilidade de todos os direitos.

2. TRATADOS INTERNACIONAIS

2.1 OS TRATADOS INTERNACIONAIS E SEU PROCESSO DE FORMAÇÃO

O direito consuetudinário e o direito costumeiro formavam as principais fontes de regulação das relações internacionais entre os Estados, o que não assegura segurança jurídica para estes. Porém, foi apenas no fim do século XIX que os tratados internacionais começaram a se consolidar como fonte de direito a ser seguida pelos países em suas relações internacionais.

Os tratados internacionais são regidos pela Convenção de Viena, que foi assinada em 1969, mas o Brasil apenas incorporou em seu ordenamento jurídico em 2009. Este documento traz alguns princípios a serem obedecidos, como: livre consentimento, boa fé e pacta sunt servanda. Também traz a obrigatoriedade de solução de conflitos pacíficos, através dos princípios da justiça e do direito internacional.

Para trazer uma maior segurança jurídica e consolidação dos seus objetivos, os tratados devem ser escritos ou formais, conforme o artigo 2º da Convenção de Viena¹:

“Tratado significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica.”

Para REZEK(apud AQUINO)²:

"Tratado é o acordo formal, concluído entre sujeitos de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos"

Logo, são vistas acima duas regras a serem obedecidas, que são apenas a possibilidade de assinatura de tratados por estados e organizações

¹Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D56435.htm. Acesso em 29 dez. 2013

² AQUINO, Leonardo Gomes de. **Tratados Internacionais (Teoria Geral)**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 75, abr 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7652>. Acesso em: 29 dez 2013.

internacionais e que estes sejam representados por pessoas que possuam os devidos poderes jurídicos para o ato, garantindo a validade jurídica do negócio jurídico.

Conforme AQUINO³, as fases de elaboração de um tratado são negociação, assinatura, ratificação, promulgação, publicação e registro.

A negociação é a origem de um tratado e deve ser realizada pelo poder Executivo, através geralmente do Chefe do Estado ou de outro representante com poderes limitados., o principal objetivo é a discussão dos principais pontos contratuais e termina com a elaboração do texto tratadista.

Para SILVA (apud. CIELO e DOTTO), a fase de negociação tem como importância⁴:

“..em se tratando de tratado bilateral, não há regras preestabelecidas. É comum que o convite se faça por meio de nota diplomática de uma parte a outra, desenvolvendo-se no território de uma das partes contratantes. No caso de tratado multilateral, ocorre nos congressos e conferências internacionais, onde é discutido o objeto do acordo internacional. Esta fase se encerra com a elaboração do texto final do tratado, que deverá ser aprovado, segundo o artigo 9º da Convenção de Viena, por no mínimo 2/3 dos presentes, nos casos das conferências internacionais. Em alguns casos, dependendo do teor da matéria a ser pactuada, é preciso unanimidade.”

A assinatura é um dos atos pelo qual o Estado aderente garante a se obrigar a um tratado e suas condições a serem realizadas, conforme AQUINO⁵:

”Com efeito, a assinatura do texto traduz-se em ato importante na fase de elaboração de um tratado internacional para garantir às partes envolvidas, a autenticidade e a definitividade do texto produzido, não sendo admitida posterior modificação, salvo se as

³ AQUINO, Leonardo Gomes de. **Tratados Internacionais (Teoria Geral)**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 75, abr 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7652>. Acesso em:29 dez 2013.

⁴ CIELO, Patrícia Fortes Lopes Donzele; DOTTO, Adriano Cielo. **Tratados internacionais: processo de formação e relação com o direito interno. Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3644, 23 jun. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24732>>. Acesso em: 01 jan. 2014.

⁵ AQUINO, Leonardo Gomes de. **Tratados Internacionais (Teoria Geral)**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 75, abr 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7652>. Acesso em:29 dez 2013.

partes acordarem novamente sobre o caso. Caso ocorra reserva, o Estado deixa de aceitar uma ou várias causas do tratado. A parte que assim proceder fica desobrigada pelo cumprimento dessas cláusulas.”

Para AQUINO⁶, a ratificação :

“É considerada a fase mais importante do processo de conclusão dos tratados, pois confirma a assinatura e dá validade a ele. Ou seja, é o ato pelo qual a autoridade nacional competente informa às autoridades correspondentes dos Estados cujos plenipotenciários concluíram, com os seus, um projeto de tratado, a aprovação que dá a este projeto e que o faz doravante um tratado obrigatório para o Estado que esta autoridade encarna nas relações internacionais.”

Já a promulgação, segundo ACCIOLY⁷ (apud. AQUINO):

“o ato jurídico, de natureza interna, pelo qual o governo de um Estado afirma ou atesta a existência de um tratado por ele celebrado e o preenchimento das formalidades exigidas para sua conclusão, e; além disto, ordena sua execução dentro dos limites aos quais se estende a competência estatal.”

A publicação traz a obrigatoriedade de aplicação em âmbito interno do tratado internacional e o registro é condição estabelecida pela Organização das Nações Unidas(ONU),que deve ser requerida ao secretário geral desta, conforme artigo 80 da Convenção de Viena.

O processo de formação dos tratados no Brasil não é completado totalmente, ou seja não vincula obrigações internas nem externas ao Estado aderente, com a assinatura do tratado, mas deve ser resolvido pelo Congresso Nacional, conforme artigo 49, inciso I da Constituição Federal⁸:

“Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

⁶ AQUINO, Leonardo Gomes de. **Tratados Internacionais (Teoria Geral)**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 75, abr 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7652>. Acesso em:29 dez 2013.

⁷ Ibid.

⁸ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 jan. 2014

Esta participação do Congresso Nacional é bastante peculiar, conforme MAZUOLLI ⁹(apud CIELO e DOTTO):

“O Congresso Nacional, por sua vez, quando chamado a se manifestar, por meio da elaboração de um decreto legislativo (CF, art.59, inc. VI), materializa o que ficou resolvido sobre os tratados, acordos ou atos internacionais. Não se edita o decreto legislativo em caso de rejeição do tratado, caso em que apenas se comunica a decisão ao Presidente da República. O Congresso Nacional, por conseguinte, só resolve definitivamente sobre os tratados quando rejeita o acordo, caso em que o Executivo fica impedido de prosseguir com a sua ratificação. Em caso de aprovação, quem resolve definitivamente é o Chefe do Executivo, ao ratificar ou não o tratado.”

Assim, a participação do Presidente da República está condicionada à decisão do Congresso Nacional e caso esta seja acerca da resolução a favor do tratado internacional, o chefe do Executivo poderá ou não dar início à ratificação, que trará a assunção de obrigação internacional pelo estado acordante do tratado.

2.2 A HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO DIREITO BRASILEIRO

A emenda 45/2004 da Constituição Federal tem uma grande importância nas questões acerca da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos. Esta trouxe a igualdade jurídica formal destes às emendas constitucionais, desde que suprida a formalidade trazida pelo artigo 5^o, parágrafo 3^o, de aprovação em cada casa do Congresso Nacional em dois turnos, por três quintos dos votos dos seus membros.

O objetivo principal do citado emenda foi resolver as controvérsias existentes entre doutrina e jurisprudência acerca da hierarquia dos tratados de direitos humanos. Porém, não teve nenhum êxito, levantando questões como a situação de tratados pré emendas e daqueles não aprovados pela formalidade citada acima.

Houve muitas críticas pela doutrina majoritária ao citado artigo, pois para muitos, os tratados internacionais de direitos humanos já possuíam natureza

⁹ CIELO, Patrícia Fortes Lopes Donzele; DOTTO, Adriano Cielo. **Tratados internacionais: processo de formação e relação com o direito interno. Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3644, 23 jun. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24732>>. Acesso em: 01 jan. 2014.

material constitucional antes mesmo da citada emenda, posição defendida por autores como PIOVESAN¹⁰, que expressa:

“Ao efetuar a incorporação, a Carta atribui aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza da norma constitucional. Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Essa conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teleológica do Texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional”

A doutrinadora PIOVESAN também prescreve¹¹:

“A Constituição assume expressamente o conteúdo constitucional dos direitos constantes dos tratados internacionais do quais o Brasil é parte. Ainda que esses direitos não sejam enunciados sob a forma de normas constitucionais, mas sob a forma de tratados internacionais, a Carta lhes confere o valor jurídico de norma constitucional, já que preenchem e complementam o catálogo de direitos fundamentais previsto pelo Texto Constitucional.”

O Superior Tribunal Federal (STF) praticou duas posições não unânimes pelos ministros acerca do tema, referentes a antes e a depois do Recurso Extraordinário 466.343/2008. A primeira está relacionada à defesa da equidade entre leis infraconstitucionais e os tratados de direitos humanos, em que estes teriam status de lei ordinária, posição defendida por MORAES (apud BRASILEIRO)¹²:

“(…) devidamente incorporado, esse ato normativo caracteriza-se como infraconstitucional para efeitos de controle de constitucionalidade (...) os compromissos assumidos pelo Brasil em virtude de atos, tratados, pactos ou acordos internacionais de que seja parte, devidamente ratificados pelo Congresso Nacional e promulgados e publicados pelo Presidente da República, apesar de ingressarem no ordenamento jurídico constitucional (CF, art. 5º, § 2º), não minimizam o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração de sua constituição, devendo, pois, sempre serem interpretados com as limitações impostas constitucionalmente. “

¹⁰ PIOVESAN, F. (2011) **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. (12ª edição). São Paulo, SP: Saraiva. p104.

¹¹ Ibid. p 106

¹² BRASILEIRO, Eduardo Tambelini. **Os Tratados Internacionais Sobre Direitos Humanos Incorporados Ao Direito Brasileiro E A Constituição Federal/88**. 2009. 118 p. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) -Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Pulo, 2009. Disponível em:<<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp108898.pdf>> Acesso em: 28 dez. 2013.

O outro posicionamento do STF está relacionado a defesa da condição de supralegalidade dos tratados de direitos humanos, em que estes permaneceriam tendo a condição de infraconstitucional, mas seriam superiores às leis ordinárias/constitucionais, ou seja, supralegais. Este entendimento pode ser visto no julgamento do RHC n. 79.785-RJ no Supremo Tribunal Federal, em maio de 2000 pelo Ministro Sepúlveda Pertence, que ressaltou em seu voto¹³:

“Desde logo, participo do entendimento unânime do Tribunal que recusa a prevalência sobre a Constituição de qualquer convenção internacional (cf. decisão preliminar sobre o cabimento da Adin 1.480, cit., Inf. STF 48).” E prosseguiu: “(...) Na ordem interna, direitos e garantias fundamentais o são, com grande freqüência, precisamente porque – alçados ao texto constitucional – se erigem em limitações positivas ou negativas ao conteúdo das leis futuras, assim como à recepção das anteriores à Constituição (Hans Delsen, Teoria Geral do Direito e do Estado, trad. M. Fontes, UnB. 1990, p. 255). Se assim é, à primeira vista, parificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5, § 2º, da Constituição, seria esvaziar de muito do seu sentido útil a inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internalização de direitos humanos. Ainda sem certezas suficientemente amadurecidas, tendo assim – aproximando-se, creio, da linha desenvolvida no Brasil por Cançado Trindade (Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção de direitos humanos nos planos internacional e nacional em Arquivos de Direitos humanos, 2000. 1/3, 43) e pela ilustrada Flávia Piovesan (A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos humanos, em E. Boucault e N. Araújo (org.). Os Direitos humanos e o Direito Interno) – a aceitar a outorga de força supralegal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas – até, se necessário, contra a lei ordinária – sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes.(PIOVESAN, 2002, p. 93)”

Outra teoria defende a supraconstitucionalidade dos tratados de direitos humanos, ou seja, estes prevaleceriam sobre a Constituição, posição defendida por PEREIRA e QUADROS (.apud BRASILEIRO)¹⁴:

“No Brasil, a Constituição de 1988 não regula a vigência do Direito Internacional na ordem interna, salvo quanto aos tratados internacionais sobre os Direitos do Homem, quanto aos quais o art. 5º, parágrafo 2º, contém uma disposição muito próxima do art. 16. n. I. da Constituição da República Portuguesa de 1976 que, como demonstraremos adiante, deve ser interpretada como conferindo grau

¹³ BRASILEIRO, Eduardo Tambelini. **Os Tratados Internacionais Sobre Direitos Humanos Incorporados Ao Direito Brasileiro E A Constituição Federal/88**. 2009. 118 p. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) -Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Pulo, 2009. Disponível em:<<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp108898.pdf>> Acesso em: 28 dez. 2013.

¹⁴ Ibid.

supraconstitucional àqueles tratados. (...) ao estabelecer que “os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das regras aplicáveis do Direito Internacional”, o seu art. 16, n. I, ainda que implicitamente, está a conceder grau supraconstitucional a todo o Direito Internacional dos Direitos do Homem, tanto de fonte consuetudinária, como convencional. De facto, à expressão “não excluem” não pode ser concedido um alcance meramente quantitativo: ela tem de ser interpretada como querendo significar também que, em caso de conflito entre as normas constitucionais e o Direito Internacional em matéria de direitos fundamentais, será este que prevalecerá.”

O mesmo posicionamento de supraconstitucionalidade é defendido por RANGEL (apud. BRASILEIRO)¹⁵:

“a superioridade do tratado em relação às normas do Direito Interno é consagrada pela jurisprudência internacional e tem por fundamento a noção de unidade e solidariedade do gênero humano e deflui normalmente de princípios jurídicos fundamentais, tal como o *pacta sunt servanda* e o *voluntas civitatis maximae est servanda*.”

3. A INFLUÊNCIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NA PRISÃO DO DEPOSITÁRIO INFIEL E NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

3.1 O PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA: PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA.

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LXVII, traz¹⁶:

“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:

(...)

LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;”

Logo, para o texto constitucional é permitida a prisão civil por falta de cumprimento das obrigações de prestações de alimentos e a de depositário infiel.¹⁷

¹⁵ BRASILEIRO, Eduardo Tambelini. **Os Tratados Internacionais Sobre Direitos Humanos Incorporados Ao Direito Brasileiro E A Constituição Federal/88**. 2009. 118 p. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) -Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Pulo, 2009. Disponível em:<<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp108898.pdf>> Acesso em: 28 dez. 2013.

¹⁶ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 dez. 2013

Já para a Convenção America de Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica, que foi posto em vigor conforme as normas brasileiras em 1992¹⁸, o direito a liberdade só pode ser restrito na órbita do direito civil em casos de inadimplemento das prestações alimentares, conforme seu artigo 7º, parágrafo 7º¹⁹:

“Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal

(...)

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

Assim, é nítido o posicionamento equivalente acerca da prisão por inadimplemento por alimentos, porém existe uma gritante controvérsia existente entre os dois citados institutos jurídicos em relação à prisão por dívida civil do depositário infiel.

Alguns autores, como PIOVESAN, defendem que este conflito deve ser resolvido adotando o entendimento da prevalência do melhor direito para o indivíduo e não critérios mais tradicionais de resolução de conflitos entre normas, o que a citada autora prescreve(apud. BRASILEIRO)²⁰:

“Poder-se-ia imaginar, como primeira alternativa, a adoção do critério “lei posterior revoga lei anterior com ela incompatível”, considerando a natureza constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos. Contudo, um exame mais cauteloso da matéria aponta a um critério de solução diferenciado, absolutamente peculiar ao conflito em tela, que se situa no plano dos direitos fundamentais. E o critério a ser adotado se orienta pela escolha da norma mais favorável à vítima. Vale dizer, prevalece a norma mais benéfica ao

¹⁷ BRASILEIRO, Eduardo Tambelini. **Os Tratados Internacionais Sobre Direitos Humanos Incorporados Ao Direito Brasileiro E A Constituição Federal/88**. 2009. 118 p. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) -Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Pulo, 2009. Disponível em:<<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp108898.pdf>> Acesso em: 28 dez. 2013.

¹⁸ OLIVEIRA, Katiane da Silva. **A evolução da prisão civil do depositário infiel na jurisprudência do STF**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 82, nov 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8585>. Acesso em 25 jan. 2014.

¹⁹ <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 01 jan. 2014

²⁰ BRASILEIRO, Eduardo Tambelini. **Os Tratados Internacionais Sobre Direitos Humanos Incorporados Ao Direito Brasileiro E A Constituição Federal/88**. 2009. 118 p. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) -Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Pulo, 2009. Disponível em:<<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp108898.pdf>> Acesso em: 28 dez. 2013.

indivíduo, titular do direito. O critério ou princípio da aplicação do dispositivo mais favorável à vítima é não apenas consagrado pelos próprios tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, mas também encontra apoio na prática ou jurisprudência dos órgãos de supervisão internacionais.”

Para MAZUOLLI (apud. BRASILEIRO)²¹:

“No caso do conflito entre o Pacto de San Jose da Costa Rica e a Constituição Federal, está-se diante de um conflito entre dois interesses, quais sejam, o da liberdade do indivíduo e a propriedade de um bem. Portanto, deve-se prevalecer o de maior valor que consiste na liberdade do indivíduo, e conseqüentemente pela prevalência do Pacto em relação à Constituição Federal. Afirma, ainda, que havendo conflito entre “duas normas constitucionais, terá primazia a norma que der prevalência aos direitos humanos, consoante dispõe o art. 4, inciso II, da Constituição Federal.”

Já, o Supremo Tribunal Federal, ao contrário dos citados autores, defendia a ideia que os tratados de direito internacional ratificados pelo Brasil possuíam a hierarquia de leis ordinárias, devendo continuar a ser cumprida a prisão do depositário infiel no direito brasileiro, conforme relatado por OLIVEIRA ²²:

“A Posição antiga do STF era no sentido de que os tratados internacionais de direitos humanos entram no ordenamento jurídico brasileiro com status de lei ordinária. Diante desta interpretação, o entendimento majoritário vinha sendo no sentido de que a prisão civil do depositário infiel era constitucional, não tendo sido revogada pelo Pacto de San José da Costa Rica.”

Em outras palavras, o STF sempre sustentou que os tratados internacionais estariam no mesmo nível hierárquico e teriam o mesmo grau de eficácia das leis ordinárias, de forma que jamais poderiam prevalecer em detrimento da Constituição Federal. Dessa forma, nem o Pacto de San Jose da Costa Rica nem o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos poderiam sobrepor-se à CF/88 e revogar o dispositivo que permite a prisão civil do depositário infiel e por extensão a do alienante fiduciário a ele equiparado.”

²¹ BRASILEIRO, Eduardo Tambelini. **Os Tratados Internacionais Sobre Direitos Humanos Incorporados Ao Direito Brasileiro E A Constituição Federal/88**. 2009. 118 p. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) -Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Pulo, 2009. Disponível em:<<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp108898.pdf>> Acesso em: 28 dez. 2013.

²² OLIVEIRA, Katiane da Silva. A evolução da prisão civil do depositário infiel na jurisprudência do STF. In:Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 82, nov 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8585>. Acesso em 25 jan. 2014.

Esta posição pode ser vista no Recurso Extraordinário nº 466.343/SP interposto pelo Banco Bradesco S.A, contra Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo²³:

“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.”

Porém, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal se atualizou e acompanhou a doutrina majoritária acerca da prisão civil do depositário infiel, sendo o marco jurídico o julgamento do RE 466.343 em 03 de dezembro de 2008, em que os tratados internacionais de direitos humanos passaram a ter natureza supralegal, ou seja, sendo hierarquicamente superiores às leis infraconstitucionais e inferiores à Carta Magna. Outra consequência deste novo posicionamento foi o cancelamento da súmula 619 e a publicação do informativo 531.

O voto do relator Gilmar Mendes no RE 466.343 prescreve:

“Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana. Essa tese foi aventada, em sessão de 29 de março de 2000, no julgamento do RHC nº 79.785-RJ, pelo voto do Eminentíssimo Relator, Min. Sepúlveda Pertence, que acenou com a possibilidade da consideração dos tratados sobre direitos humanos como documentos supraleais. Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada pela ratificação do Pacto Internacional

²³ OLIVEIRA, Katiane da Silva. **A evolução da prisão civil do depositário infiel na jurisprudência do STF**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 82, nov 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8585>. Acesso em 25 jan. 2014.

dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969. Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. É o que ocorre, por exemplo, com o art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº10.406/2002), que reproduz disposição idêntica ao art. 1.287 do Código Civil de 1916. Enfim, desde a ratificação pelo Brasil, no ano de 1992, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel.”

Para BRASILEIRO²⁴:

“Ficou estampado que não houve revogação da Constituição em relação à possibilidade de prisão civil do depositário infiel. A norma ainda existe e continua válida, no entanto, perdeu seu efeito, pela revogação das disposições infraconstitucionais que lhe davam aplicabilidade, em virtude do Pacto de San Jose da Costa Rica. Restou consignado, ainda, que a Constituição por si só não ordena a prisão civil do depositário infiel, mas tão somente a possibilita, cabendo à legislação infraconstitucional dar-lhe aplicabilidade.”

Logo, este novo posicionamento do STF acerca da incorporação e da hierarquia do Pacto de São José ao nosso ordenamento jurídico trouxe mais uma aplicação benéfica dos tratados de direitos internacionais humanos pelo direito brasileiro, através da jurisprudência da Corte Maior.

3.2 OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E A SUA INFLUÊNCIA NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA.

A influência dos tratados internacionais de direitos humanos nas jurisprudências dos tribunais brasileiros não ocorreu apenas nas decisões acerca da prisão civil do depositário infiel, mas também sobre outros assuntos.

²⁴ BRASILEIRO, Eduardo Tambelini. **Os Tratados Internacionais Sobre Direitos Humanos Incorporados Ao Direito Brasileiro E A Constituição Federal/88**. 2009. 118 p. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) -Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Pulo, 2009. Disponível em:<<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp108898.pdf>> Acesso em: 28 dez. 2013.

O Pacto de São José da Costa Rica traz em seu artigo 13, in verbis²⁵:

Artigo 13º - Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

(...)

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.”

Para esclarecer dúvidas sobre o assunto, a Corte Interamericana lançou a opinião consultiva nº05 que trouxe a obrigatoriedade do diploma de jornalista e o registro deste em conselho profissional para o exercício pleno da profissão como atentatórios ao direito da liberdade de expressão garantido pelo citado tratado acima.²⁶

Sobre o assunto, RAMOS²⁷ opina:

“Este posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos soterra as leis nacionais que, no período de ditaduras, objetivaram restringir, o acesso à profissão de jornalista, como o Decreto- Lei 972/69, promulgado pela Junta Militar então governante no Brasil e que exigia o diploma de jornalista para o exercício da profissão.

Para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, as liberdades de expressão e de informação são imprescindíveis em um Estado de Direito e tais regulamentações (obrigatoriedade de inscrição e exigência de diploma) são ilegítimas e violam a Convenção Americana de Direitos Humanos.”

E RAMOS também prescreve²⁸:

“O Brasil, um dos poucos países do mundo que ainda possuem legislação nesse sentido, por certo tem numerosos exemplos de jornalistas diplomados em jornalismo que produziram matérias jornalísticas antiéticas ou desastrosas tanto quanto os não

²⁵ <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 13 jan. 2014

²⁶ RAMOS, André de Carvalho(2009). **O STF e o direito internacional dos direitos humanos**. São Paulo. SP: Quartier Latin. p. 824

²⁷ Ibid,p. 825

²⁸ Ibid. p. 828

diplomados. Assim, tal exigência é inútil para o fim proposto, impondo um sacrifício dispensado à liberdade de expressão e ao direito ao trabalho que só serve para afastar bons profissionais do exercício da profissão analisada ou para proteger cursos superiores de jornalismo (em geral, privados e de péssima avaliação pelo Ministério da Educação). Por definição, o subprincípio da idoneidade possui um status de critério negativo, utilizável para afastar medidas a priori não idôneas.”

Com o objetivo de dar eficácia ao artigo 13º do Pacto de São José da Costa Rica e cumprimento da opinião consultiva nº 05, foi impetrada uma ação civil pública em face da União para que esta não vinculasse a obrigatoriedade de diploma de jornalista ao exercício da profissão, esta que foi julgada procedente e trouxe algumas decisões controversas a favor ou contra o assunto. Porém em 2009, através do RE 511961/SP, foi decidida a inconstitucionalidade do Decreto Legislativo 972/69, que teve como um dos votos o do Ministro Ricardo Lewandowski, que expressa²⁹:

“O Decreto-lei 972/69, tal como a Lei de Imprensa, que acaba de ser declarada inconstitucional por esta Suprema Corte, representa mais um resquício do regime de exceção - um 'entulho' do autoritarismo, como se costuma dizer -, cujo escopo era, inequivocamente, controlar as informações veiculadas pelos meios de comunicação, em especial pelos jornais, afastando das redações intelectuais e políticos que faziam oposição ao governo de então. A plena liberdade de expressão do pensamento, isenta de quaisquer restrições ou empecilhos de caráter legal ou burocrático, que encontra abrigo na nova ordem constitucional, mostra-se, ademais, inteiramente consentânea com os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, em especial com o Pacto de San José da Costa Rica, internalizado pelo Decreto nº 678/92 - e que integra o patrimônio de direitos implícitos da cidadania, a teor do § 2º do art. 5º da Constituição - o qual, em seu art. 13.3, significativamente, consigna que: “Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.” Então, Senhor Presidente, sufragando inteiramente

²⁹ <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em: 13 jan. 2014

os argumentos de Vossa Excelência, e esses aduzidos pela Ministra Carmem Lucia, dou provimento”

Um outro impacto decorrente da incorporação de tratados internacionais de direitos humanos foi, até a promulgação da lei de tortura em 1997, o preenchimento da lacuna existente no artigo 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente em que tipificava a tortura de crianças e adolescentes como crime, porém trazia um tipo penal aberto, em que não eram definidas as ações a serem consideradas como o ato de torturar. Logo, com o objetivo de dar eficácia ao citado artigo, que o STF entendeu que este poderia ser complementado por alguns tratados internacionais de direitos humanos, como a Convenção de Nova York sobre os Direitos da Criança, Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Convenção contra a Tortura adotada pela Assembleia Geral da ONU e Convenção Interamericana contra a tortura concluída em Cartegá³⁰. E foi neste o sentido o voto do Ministro Celso de Mello no Habeas Corpus nº 70.389-5, que prescreve³¹:

“Entendo que se acha configurado na espécie, em todos os seus elementos essenciais, o delito de tortura contra a criança e adolescente tipificado no art. 233 da lei nº 8069/90.(...). O art. 233 da Lei n. 8069/90 contém, em seu preceito primário, norma que descreve, inequivocamente, o crime de tortura. O núcleo do tipo e os demais elementos que lhe compõem a estrutura formal evidenciam que o legislador penal dispensou ao tema da tortura, ainda que em condições especialmente delimitadas pela idade da vítima, tratamento normativo próprio em ordem a permitir o reconhecimento, em nosso sistema jurídico dessa espécie delituosa. A circunstância de o Estatuto da Criança e do Adolescente não haver discriminado, objetivamente, os diversos meios de execução dessa modalidade criminosa não significa que deixou de tipificar adequadamente o delito de tortura, cuja existência jurídica - inclusive em função do princípio constitucional da tipicidade penal - (CF,art. 5º, XXXIX) - decorre da previsão normativa de ‘submeter criança ou adolescente’ (...) a tortura’. Impõe-se ressaltar, neste ponto, que o tipo penal em causa é passível de complementação, à semelhança do que ocorre com os tipos penais abertos, bastando, para esse efeito, que o aplicador da norma proceda à integração do preceito primário incriminador mediante a utilização dos meios postos à sua disposição. Cumpre destacar, pois, dentro dessa perspectiva, a existência de diversos atos internacionais que, subscritos pelo Estado Brasileiro, já se acham formalmente incorporados ao nosso sistema jurídico. O Brasil, consciente da necessidade de prevenir e reprimir os atos caracterizadores da tortura subscreveu, no plano externo, importantes documentos internacionais, de que destaco, por sua inquestionável

³⁰ PIOVESAN, F. (2011) **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. (12ª edição). São Paulo, SP: Saraiva. p 153.

³¹ Ibid, p 154.

importância, a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1984, a Convenção para Prevenir e Punir a Tortura, concluída em Cartagena em 1985, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), adotada no âmbito da OEA em 1969. Esses atos internacionais já se acham incorporados ao plano do direito positivo interno (Decreto n. 40/91, Decreto n.98.386/89 e Decreto n 678/92) e constituem, sob esse aspecto, instrumentos normativos que, podendo e devendo ser considerados pelas autoridades nacionais, fornecem subsídios relevantes para a adequada compreensão da noção típica do crime de tortura, ainda que em aplicação limitada, no que se refere ao objeto de sua incriminação apenas às crianças e aos adolescentes(...). O crime de tortura, desde que praticado contra criança e adolescente, constitui entidade delituosa autônoma cuja previsão típica encontra fundamento jurídico no art. 233 da Lei n. 8.069/90. Trata-se de preceito normativo que encerra tipo penal aberto suscetível de integração pelo magistrado(...). O Brasil, ao tipificar o crime de tortura contra crianças e adolescente, revelou-se fiel aos compromissos que assumiu na ordem internacional, (...). O Estado não pode prescindir na sua atuação institucional da necessária observância de um dado axiológico cuja essencialidade se revela inafastável e que se exterioriza na preponderância do valor ético fundamental do homem. (...). Com estas considerações, Sr. Presidente, confirmo inteiramente o meu voto, para reconhecer a existência jurídica do crime de tortura contra crianças ou adolescentes no sistema penal brasileiro, declarando, em consequência, a plena validade jurídico-constitucional da norma inscrita no art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente”

Para PIOVESAN³², a decisão acima confirma:

“Em síntese, o Direito Internacional dos Direitos Humanos pode reforçar a imperatividade de direitos constitucionalmente garantidos - quando os instrumentos internacionais complementam dispositivos nacionais, ou quando estes reproduzem preceitos enunciados da ordem internacional - ou ainda estender o elenco dos direitos constitucionalmente garantidos - quando os instrumentos internacionais adicionam direitos não previstos pela ordem jurídica interna.”

Outro exemplo do uso de tratados internacionais de direitos humanos pela Corte Jurisdicional Máxima Brasileira em sua jurisprudência é acerca do direito à informação sobre a assistência consular ao estrangeiro em caso de detenção penal antes de qualquer declaração no citado processo, este direito que é garantido pelo artigo 36 da Convenção de Viena e pela Opinião

³² PIOVESAN, F. (2011) **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. (12ª edição). São Paulo, SP: Saraiva. p 156.

Consultiva n. 16 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão que defende que a citada garantia está inclusa no significado de “devido processo legal”, trazido pelo artigo 8º da Convenção Americana de Direitos³³. A jurisprudência acerca desta questão pode ser vista na decisão monocrática do Ministro Joaquim Barbosa, vinculada ao processo de extradição nº 954, que prescreve³⁴:

“Assim, sempre que as autoridades detiverem um estrangeiro, deve este ser informado que possui a prerrogativa de solicitar a assistência de autoridade consular de Estado do qual é nacional. Do mesmo modo, se o indivíduo fizer a solicitação, a comunicação às autoridades consulares estrangeiras não lhe pode ser negada. A doutrina internacionalista, bem como a maciça jurisprudência de tribunais internacionais, tem enfatizado que existe um direito humano à solicitação de assistência consular (...), e a Opinião Consultiva nº 16 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual contem uma série de citações doutrinárias que corroboram esta tese.(...) A linguagem da Convenção de Viena sobre Relações Consulares é suficientemente ampla para abarcar toda e qualquer privação de liberdade efetuada por autoridades públicas. No caso concreto, verifico que a extradição se refere a nacional belga, tendo o pedido sendo formulado pela Itália. Além disso, o indivíduo se encontra preso por condenação da Justiça Brasileira - ou seja, sua prisão busca muito mais que permite o processamento da extradição; é decorrência de responsabilidade pena atribuída pelas autoridades judiciárias brasileiras. Isso tudo justifica a aplicação do art.36 (1), b Assim, o estrangeiro deve ser informado do direito de solicitar assistência consular, à luz do citado dispositivo da Convenção de Viena sobre Relações Consulares”

Outro tema bastante debatido em nossa doutrina acerca dos direitos humanos é sobre a falta de efetividade para a seara humanística trazida pela Lei de Anistia, que traz a extinção da punibilidade penal de pessoas acusadas de violar Direitos humanos durante a Ditadura Militar. Para estes defensores, o Estado deve investigar e punir os autores de crimes contra os direitos humanos sobre a alegação de proteção destes. Segundo estes autores, há o descumprimento artigo 4º da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes que prescreve:

“Artigo 4º - Cada Estado parte assegurará que todos os atos de tortura sejam considerados crimes segundo a sua legislação penal. O

³³ RAMOS, André de Carvalho (2009). **O STF e o direito internacional dos direitos humanos**. São Paulo. SP: Quartier Latin. p. 838

³⁴ <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em : 25 jan. 2014

mesmo aplicar-se-á à tentativa de tortura e a todo ato de qualquer pessoa que constitua cumplicidade ou participação na tortura.

2. Cada Estado parte punirá esses crimes com penas adequadas que levem em conta a sua gravidade.”

Para RAMOS³⁵:

A Corte interamericana de Direitos humanos, no célebre Caso Velásquez Rodríguez, sustentou que tal dever de investigar, processar e punir é fruto do disposto no art. 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Tal artigo impõe aos estados a obrigação de garantia do respeito aos direitos protegidos por esta Convenção, o que implica em dizer que cabe aos estados prevenir a ocorrência de novas violações.⁶⁷ nesse sentido, em outra decisão da Corte (Caso dos Meninos de Rua da Guatemala) estabeleceu-se que “[...] debe la Corte señalar que, del artículo 1.1, se desprende claramente la obligación estatal de investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos en la Convención como medio para garantizar tales derechos”.⁶⁸ Cite-se a outra decisão da Corte interamericana de Direitos humanos, relativa ao Caso Suarez Rosero, na qual novamente esta Corte estabeleceu o dever do Estado equatoriano de investigar e punir as pessoas responsáveis pelas violações de Direitos humanos mencionadas na sentença. assim, o “dever de investigar, processar e punir” imposto corriqueiramente aos estados contratantes da Convenção Americana de Direitos Humanos pela Corte interamericana de Direitos humanos desde os chamados casos hondurenhos é modalidade de “garantia de não-repetição”. a investigação e punição enquanto dos autores de violações de Direitos humanos aponta para a necessidade de prevenção de futuros abusos. Para a mesma Corte, a prevenção consiste: “no conjunto de todos os meios de natureza legal, política, administrativa e cultural que promova a proteção de Direitos humanos e assegura que todas as violações sejam consideradas e tratadas com atos ilícitos, os quais, como tais, acarretam punição dos responsáveis e na obrigação de indenizar as vítimas.” Como se sabe, uma sociedade que esquece suas violações presentes e passadas de Direitos humanos está fadada a repeti-las.“(...) Logo, o Direito internacional dos Direitos humanos reconheceu a existência de obrigação da identificação dos agentes responsáveis pela violação dos direitos protegidos, persecução criminal dos mesmos e conseqüente afastamento da função pública que porventura exerçam. essas obrigações buscam o combate à impunidade, com o conseqüente desestímulo a novas condutas atroz.”

Porém neste caso, o STF adota uma posição majoritária para a retroação aos direitos humanos, em que alega que a Lei de Anistia perdoou a todos os acusados de tortura durante a ditadura militar, impossibilitando possíveis ações penais, fato que pode ser visto no julgamento de ADPF 153 proposta pela Confederação Federal da OAB em 2010 em que o citado órgão solicitava a revisão de constitucionalidade da Lei da Anistia, baseada nas

³⁵ RAMOS, André de Carvalho (2009). **O STF e o direito internacional dos direitos humanos**. São Paulo. SP: Quartier Latin. p. 829 e 830

correntes e majoritárias decisões de Cortes internacionais acerca das ditaduras militares sul americanas sobre a necessidade de punir os infratores dos direitos humanos. Para BALESTERO, a ADPF 153 significou³⁶:

“Ela questionou a anistia de agentes públicos responsáveis pela prática de homicídio, desaparecimento forçado, abuso de autoridade, lesões corporais, estupro e atentado violento ao pudor contra os opositores ao regime militar.

Nesse passo, os atos de repressão aos criminosos políticos deveriam ser julgados como crimes comuns, pois não possuíam relação com os crimes políticos ou praticados por motivação política não se enquadrando na Lei da Anistia.

Segundo a ADPF 153, os agentes públicos que mataram, violentaram sexualmente e torturaram aqueles que eram opositores políticos não teriam praticado os crimes políticos previstos nos diplomas legais, ou seja, nos Decretos- lei n. 314 e 898 e na Lei n. 6.620/78, pelo fato de que não atentaram contra a ordem pública e a segurança nacional.

Em tese, não poderia haver e não houve conexão entre os crimes políticos, cometidos pelos opositores do regime militar e os crimes comuns contra eles praticados pelos agentes da repressão e seus mandantes no governo.

Consoante a Ordem dos Advogados do Brasil há uma aberrante desigualdade o fato da anistia servir tanto para os delitos de opinião e os crimes contra a vida, a liberdade e a integridade pessoal cometido pelos opositores.

Na ADPF n. 153, a Ordem dos Advogados do Brasil solicitou que fossem relevados a identidade dos militares e dos policiais responsáveis pelos crimes cometidos em nome do Estado contra aqueles que eram opositores ao regime político na tentativa de abrir os arquivos da ditadura militar em nome da garantia de um Estado Democrático de Direito.

Nesse passo, segundo a Ordem dos Advogados do Brasil o fato dos militares e dos policiais que torturaram receberem remuneração e serem anistiados pelo próprio governo seria um ato de ilegalidade e violação aos direitos humanos bem como ao Estado Democrático de Direito, pautado em uma democracia.

Caberia ao Brasil punir quem realizou crimes de tortura em nome do Estado, pois a lei da anistia dizia de maneira específica que os crimes políticos e conexos estavam anistiados e não os crimes de tortura que é um crime de lesa – humanidade, imprescritível, não se confundindo com um crime político.”

Alguns doutrinadores acreditam em uma futura aceitação de revisão da Lei de Anistia, baseado em um posicionamento cada vez mais relacionado aos direitos humanos adotado pelo STF, pois conforme RAMOS³⁷:

³⁶ BALESTERO, Gabriela Soares. **A democracia aprisionada nos porões da ditadura: a ADPF 153. Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2498, 4 maio 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14802>>. Acesso em: 01 fev. 2014.

“Cabe, então, ao STF adequar a jurisprudência interna à jurisprudência internacional e reconhecer: 1) a invalidade das leis de auto-anistia e a impossibilidade de se alegar extinção de punibilidade nestes casos; 2) reconhecer que a Convenção Americana de Direitos Humanos, pela sua estatuta constitucional e internacional, exige a plena investigação e punição penal aos perpetradores de atos bárbaros de ofensa a Direitos humanos e 3) evitar que o Brasil seja condenado pela Corte interamericana de Direitos humanos por descumprir a jurisprudência reiterada da própria Corte interamericana de Direitos Humanos.”

Outros assuntos que foram ampliados na jurisprudência do STF e estão relacionados com tratados internacionais de direitos humanos, principalmente a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, são o uso de algemas, crimes hediondos e individualização da pena, presunção de inocência videoconferência no processo penal, direito a recorrer em liberdade no processo penal, duração prolongada e abusiva da prisão cautelar, direito de audiência e direito de presença do réu³⁸.

4. CONCLUSÃO

Conforme demonstrado neste trabalho, os tratados de direitos humanos tiveram uma significativa influência no desenvolvimento dos direitos humanos no cenário jurídico interno brasileiro.

É Observado que a suprallegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos defendida por alguns doutrinadores, principalmente referente ao Pacto de San José da Costa , trouxe alguns avanços como :apenas a possibilidade de prisão civil por inadimplemento de pensão alimentícia e não mais por depositário infiel, julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal no RE 466.343, havendo o cancelamento da súmula 619 e a publicação do informativo 531.

³⁷ RAMOS, André de Carvalho (2009). O STF e o direito internacional dos direitos humanos. São Paulo. SP: Quartier Latin. p. 838

³⁸ RAMOS, André de Carvalho. **Supremo Tribunal Federal Brasileiro E O Controle De Convencionalidade: Levando A Sério Os Tratados De Direitos Humanos**. 2009. v.104, jan./dez. 2009. Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67857/70465>>. Acesso em: 20 jan. 2014

Uma outra decisão do Supremo Tribunal Federal interligando tratados internacionais de direitos humanos é acerca da não necessidade de diploma de jornalista para o exercício da atividade, baseando-se em opinião consultiva nº05 lançada pela Corte Interamericana que traz a obrigatoriedade do diploma de jornalista e o registro deste em conselho profissional para o exercício pleno da profissão como atentatórios ao direito da liberdade de expressão garantido pelo Pacto de San José, logo o STF decidiu pela não obrigatoriedade das citadas condições.

São vistos outros avanços na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em relação aos tratados internacionais, como o uso de algemas, crimes hediondos e individualização da pena, presunção de inocência videoconferência no processo penal, direito a recorrer em liberdade no processo penal, duração prolongada e abusiva da prisão cautelar, direito de audiência e direito de presença do réu.

Outro ponto a ser destacado neste trabalho são as características dos direitos humanos e sua evolução na história, deixando de ser aplicados apenas no âmbito interno e passando a ter um aspecto cosmopolita e de necessidade de integração entre os Estados.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Leonardo Gomes de. *Tratados Internacionais (Teoria Geral)*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 75, abr 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7652>. Acesso em: 29 dez 2013.

BALESTERO, Gabriela Soares. *A democracia aprisionada nos porões da ditadura: a ADPF 153*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2498, 4 maio 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14802>>. Acesso em: 01 fev. 2014.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 jan. 2014.

_____. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 12 jan. 2014.

_____. *Decreto 56345*. Publicado no ano de 1965. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D56435.htm. Acesso em 29 dez. 2013

_____. *Supremo Tribunal Federal. RE 511961/SP, Brasília, DF*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em: 13 jan. 2014.

BRASILEIRO, Eduardo Tambelini. *Os Tratados Internacionais Sobre Direitos Humanos Incorporados ao Direito Brasileiro e A Constituição Federal/88*. 2009. 118 p. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) -Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2009. Disponível em:<<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp108898.pdf>> Acesso em: 28 dez. 2013.

CIELO, Patrícia Fortes Lopes Donzele; DOTTO, Adriano Cielo. *Tratados internacionais: processo de formação e relação com o direito interno*. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3644, 23 jun. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24732>>. Acesso em: 01 jan. 2014.

OLIVEIRA, Katiane da Silva. *A evolução da prisão civil do depositário infiel na jurisprudência do STF*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 82, nov 2010. Disponível em:<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8585>. Acesso em 25 jan. 2014.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 12ª edição. São Paulo, SP: Saraiva, 2011

RAMOS, André de Carvalho. *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo. SP: Quartier Latin, 2009.

RAMOS, André de Carvalho. *Supremo Tribunal Federal Brasileiro E O Controle De Convencionalidade: Levando A Sério Os Tratados De Direitos Humanos*. 2009. v.104, jan./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67857/70465>>. Acesso em: 20 jan. 2014