

# Reescalonamento de normas no caso do depositário infiel

**Johnny de Santana Ferreira**<sup>1</sup>

**Brahwlio Soares de Moura Ribeiro Mendes**<sup>2</sup>

**RESUMO:** O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343, deu aos tratados internacionais sobre direitos humanos posição hierárquica diferenciada no ordenamento jurídico brasileiro, pois, segundo o próprio Excelso Pretório, os colocou em hierarquia superior às leis e inferior somente à Constituição Federal. Esse fenômeno, juntamente com suas consequências, em especial o caso do depositário infiel, e o contexto de grande enfoque na proteção da pessoa humana são os objetos de reflexões feitas neste trabalho.

**PALAVRAS-CHAVE:** Depositário Infiel, Tratados Internacionais, Direitos Humanos, Posição Hierárquica.

## **Rescheduling of standards in the case of an unfaithful trustee**

**ABSTRACT:** The Federal Supreme Court, in the Extraordinary Resource judgement 466,343, gave the international treaties on human rights hierarchy rank differently in the Brazilian legal system, because, according Supreme Court, put them in the hierarchy above the law and only under the Federal Constitution. This phenomenon with its consequences, in particular the case of an unfaithful trustee, and the context of strong focus on protection of human beings are the objects of reflections in this work.

**KEY-WORDS:** Unfaithful Trustee ,International Treaties , Human Rights , Hierarchy Rank.

---

<sup>1</sup> Acadêmico do 5º período da graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora.

<sup>2</sup> Acadêmico do 5º período da graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora.

## **1. Proteção da pessoa humana e o contexto de sua universalização**

O Estado brasileiro elegeu como um de seus princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), fato esse que se evidencia em vários dispositivos constitucionais como no direito de não sofrer pena de trabalhos forçados (CF, art. 5º, XLVII, c), cruéis (CF, art. 5º, XLVII, e), o direito a não ser torturado (CF, art. 5º, III), dentre outros. Por tal motivo, iniciou-se uma discussão acerca do grau de relevância dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro em face da tentativa de maximizar a efetividade dos Direitos e Garantias Fundamentais. Antes de tal discussão ser apreciada recentemente pelo Supremo Tribunal Federal (STF), tais tratados eram vistos no ordenamento brasileiro da mesma forma que qualquer outro tratado internacional assinado pelo Brasil, com o status normativo de lei.

Entretanto, a atual Carta Magna elencou diversos direitos classificados como fundamentais em seu artigo 5º e existe o entendimento de que há outros direitos fundamentais espalhados pelo restante do texto da própria Constituição (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008:238), além disso, por causa do contexto de sua criação que foi em um período que sucedeu a ditadura militar, entende-se que a Carta da República brasileira dá especial atenção à proteção do ser humano, e ainda pelo fato de outros países colocarem os tratados internacionais de direitos humanos em posição hierárquica especial em seus ordenamentos jurídicos pátrios, a Corte Constitucional brasileira resolveu também analisar a questão da importância de tais tratados para o ordenamento jurídico do Brasil.

Vários direitos humanos previstos em tratados, como no Pacto de San José da Costa Rica (Dec. 678), são coincidentes com os direitos já elencados na Carta da República de 1988 como sendo fundamentais, pois como já mencionado, a Constituição brasileira deu especial atenção à proteção do ser humano. Esse fato se evidencia em vários direitos previstos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil em 1992, que já estão previstos no ordenamento jurídico brasileiro como: direito a não sofrer penas cruéis (CF, art. 5º, XLVII, e; Dec. 678, art. 5, 2), direito a não sofrer tortura, tratamento desumano ou degradante (CF, art. 5º, III; Dec. 678, art. 5, 2), princípio da irretroatividade da lei penal (CF, art. 5º, XXXIX; Dec. 678, art. 9), princípio da retroatividade da lei penal benéfica (CF, art. 5º, XL; Dec. 678, art. 9), direito de reunião (CF, art. 5º, XVI; Dec. 678, art. 15), liberdade de associação (CF, art. 5º, XVII;

Dec. 678, art. 16). Por tal motivo, a questão da importância dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos somente poderia ser discutida no Excelso Pretório em algum caso no qual o tratado fosse além do ordenamento jurídico criando algum direito ou o diploma internacional que contrariasse de alguma forma o ordenamento jurídico pátrio. Essa situação aconteceu no caso de prisão civil do depositário infiel, pois o direito brasileiro prevê o direito a não sofrer prisão civil por dívida, salvo nos casos de responsável por inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia ou do depositário infiel (CF, art. 5º, LXVII) e o Pacto de San José da Costa Rica prevê o direito a não ser preso por dívida, salvo nos casos de inadimplemento de obrigação alimentar (Dec. 678, art. 7, 7). Portanto o âmbito de incidência do direito a não ser preso por dívida no referido tratado é maior do que no direito brasileiro, pois naquele diploma normativo, o direito mencionado abarca também a situação do depositário infiel, caso que não acontece no texto da Constituição Federal.

As fronteiras de uma ordem jurídica estatal, atualmente, não são suficientes para delimitar a proteção do indivíduo, pois com a facilidade e eficiência dos transportes e dos meios de comunicação, e o fato de o mundo estar vivendo em uma *aldeia global*, na qual pessoas espalhadas por todo o mundo vivem de maneira interrelacionada, se faz necessária uma espécie de proteção universal do indivíduo, até mesmo para que esse possa se sentir em um ambiente com segurança jurídica. Também como salienta Nicola Matteucci, o indivíduo não é um ser livre e autônomo da forma como era pensado pelo Iluminismo, não obstante é um ser dotado de fragilidade, insegurança e desamparo. Atualmente a ameaça contra o ser humano não é somente por parte do Estado como acontecia antigamente, mas também da sociedade industrial e da sociedade de massa. Por isso, está havendo um retorno à luta pelos direitos civis, e não somente pelos sociais, para que as pessoas possam ter defendido seu âmbito pessoal da interferência alheia, tanto por parte do Estado, quanto de outros particulares, garantindo-se assim a liberdade. Portanto a situação do indivíduo não é garantida de maneira definitiva como previa o Iluminismo (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998:354-355). Nesse contexto, diz o Ministro Gilmar Mendes, mencionando o entendimento do constitucionalista alemão Peter Häberle, que estamos em um *Estado Constitucional Cooperativo*, ou seja, um Estado que

não mais se apresenta como um Estado Constitucional voltado para si mesmo, mas que se disponibiliza como referência para os outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade, e no qual ganha relevo o papel dos direitos humanos e

fundamentais. (STF, voto do Ministro Gilmar Mendes no RE 466.343, p. 14-15)

## **2. O voto do ministro Gilmar Mendes**

Gilmar Ferreira Mendes analisa a questão do status normativo dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, no Recurso Extraordinário 466.343, interposto pelo Banco Bradesco S.A., contra decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, com o intuito de prender Luciano Cardoso Santos.

O ministro inicia sua reflexão expondo e analisando as quatro correntes doutrinárias e jurisprudenciais acerca do assunto: a corrente que considera tais tratados como tendo status normativo supraconstitucional, a vertente defensora de que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos possuam hierarquia constitucional, o posicionamento que os considera com status legal e a interpretação que dá a tais diplomas normativos o status supralegal, porém infraconstitucional.

Analisando a primeira corrente, o mencionado Ministro do Supremo Tribunal Federal, salienta que tal posicionamento não seria adequado ao Direito Brasileiro que preza pela supremacia formal e material da Constituição Federal e também porque a Magna Carta não precisa citar expressamente sua supremacia com relação aos tratados internacionais, assim como não precisa fazê-lo com as leis, pois ambos os diplomas normativos são sujeitos à aprovação do legislativo e ao controle de constitucionalidade pela Corte Constitucional brasileira, competências dadas pela Lei Maior. Além disso, o ministro argumenta ainda que as autoridades públicas brasileiras que atuam nas relações internacionais fazem isso respeitando a Carta da República formal e materialmente.

Avaliando o posicionamento que equipara os Tratados Internacionais de Direitos Humanos à Constituição, Gilmar Mendes considera que esse fato iria de encontro à competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal de fazer controle de constitucionalidade de tais tratados, uma vez que os decretos legislativos que os aprovam são passíveis de impugnação por Ação Direita de Inconstitucionalidade ou Ação Declaratória de Constitucionalidade. Finalizando a análise sobre essa corrente, o ministro defende que devido à Emenda Constitucional nº 45/2004 os tratados internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados no Congresso Nacional com quorum de Emenda Constitucional valerão como tal, e que tais tratados anteriores à Emenda e os que não forem aprovados com tais condições não podem possuir status normativo constitucional.

Ainda discorrendo acerca da Emenda mencionada, o Ministro Gilmar Mendes, diz que pelo fato de os tratados internacionais sobre direitos humanos poderem ser equivalentes à Emenda Constitucional, eles possuem caráter especial em relação aos demais tratados assinados pelo Brasil, por isso a equiparação entre aqueles tratados e as leis não se mostra mais suficiente, assim sendo, eles devem possuir posição especial no ordenamento jurídico brasileiro.

Com base nas críticas feitas aos posicionamentos anteriores com relação ao status normativo dos tratados internacionais sobre direitos humanos, Gilmar Mendes começa a defender a quarta corrente, na qual, tais tratados têm status supralegal, porém infraconstitucional<sup>3</sup>. Nesse entendimento, haveria ainda a supremacia da Constituição Federal, entretanto seria dado valor especial aos diplomas internacionais que visam proteger a pessoa humana, colocando-os em posição especial no ordenamento jurídico pátrio.

### **3. Consequência do posicionamento adotado pelo supremo tribunal federal**

A posição adotada pela Corte Constitucional brasileira de dar status normativo supralegal e infraconstitucional gerou uma situação que certamente merece algumas reflexões.

Primeiramente, se o tratado sobre direitos humanos amplia um direito que a Magna Carta brasileira restringiu expressamente, como aconteceu com a situação jurídica do depositário infiel, pois para a Constituição Federal, esse tipo de devedor deveria ser preso e para o Pacto de São José da Costa Rica não, surge uma situação de invalidez material, pois como os tratados mantiveram sua natureza infraconstitucional, apesar de agora possuírem posição hierárquica superior às leis, eles não podem contrariar a norma superior, que no caso é a Carta da República, sendo assim, o que consta na Lei Maior deveria prevalecer, entretanto não foi dessa maneira. O Pacto de São José da Costa Rica

---

<sup>3</sup> Convém mencionar que quando o ministro faz referência a tal posicionamento no início de seu voto, cita, em nota de rodapé, a Constituição da França como exemplo de Magna Carta que dá posição especial aos diplomas internacionais sobre direitos humanos, o que pode gerar, em uma provável e inadequada interpretação *a contrario sensu*, a ideia de que outros tratados internacionais não possuem mesmo grau hierárquico, até mesmo porque a posição defendida é somente para os tratados internacionais sobre direitos humanos. No entanto o referido dispositivo constitucional não faz menção a tratados sobre direitos humanos, mas sim a tratados ou acordos devidamente ratificados ou aprovados, ou seja, a qualquer tratado internacional.

ampliou o direito a não ser preso por dívida, que possuía âmbito de incidência expressamente menor na Constituição Federal e o que prevaleceu, foi o previsto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Pelo atual entendimento da Corte Constitucional, qualquer diploma normativo que estiver abaixo dos tratados sobre direitos humanos, como Lei e ato de natureza administrativa, deve tirar seu fundamento de validade da Constituição e dos mencionados tratados, ou seja, deve haver um controle de constitucionalidade e de adequação aos tratados sobre direitos humanos (convencionalidade), por tal motivo se um dispositivo legal, por exemplo, contrariar tais tratados, mesmo estando completamente de acordo com a Lei Maior, será inválido, fato esse que aconteceu com o artigo 652 do Código Civil, porque o mencionado dispositivo legal obriga o depositário, seja voluntário ou necessário, a restituir o depósito, quando isso não foi feito no momento no qual foi exigido, mediante prisão que não pode exceder um ano. Apesar de esse artigo estar de acordo com a Constituição que excepciona o caso do depositário infiel ao direito de não ser preso por dívida, vai de encontro ao Pacto de São José da Costa Rica, que excepciona somente o devedor de pensão alimentícia, por esse motivo, o artigo teve aplicação suspensa pelo referido tratado.

Há de se considerar que pelo antigo entendimento do Excelso Pretório brasileiro acerca da posição hierárquica dos tratados internacionais sobre direitos humanos esses diplomas normativos possuíam *status* normativo legal. Desse entendimento, o Pacto de São José da Costa Rica, ao restringir a possibilidade de prisão por dívida não fazia alteração alguma no ordenamento jurídico brasileiro, porque o referido tratado não possui poder de Emenda Constitucional <sup>4</sup>. Além disso, até mesmo uma Emenda Constitucional que retirasse a situação do depositário infiel das exceções do direito a não ser preso por dívida não é uma opção juridicamente adequada, porque elencado no artigo 5º da Constituição Federal, a prisão do depositário infiel se tornou, assim como a prisão do devedor inescusável de pensão alimentícia, um verdadeiro direito fundamental do credor de dívida por pensão alimentícia ou por depósito, assim sendo, tal dispositivo constitucional não pode ser alterado, porque se tratando de uma cláusula pétrea, um direito fundamental não pode ser restringindo de maneira alguma como reza o inciso IV do parágrafo quarto do artigo 60 da Carta Magna.

---

<sup>4</sup> Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal citada pelo Ministro Moreira Alves em seu voto no *Habeas Corpus* número 72.131

Se como colocado pelo Supremo Tribunal Federal, o Pacto de São José da Costa Rica, não retirou a aplicação de uma norma constitucional, apenas revogou as normas legais que versam sobre o assunto, no período entre a ratificação pelo Brasil de tal tratado e a entrada em vigor do Código Civil de 2002, também não deveria haver a prisão civil do depositário infiel, porque o Decreto 678, como tem status normativo legal e foi promulgado em 1992, revogaria o artigo 1.287 do Código Civil de 1916, vigente então, pela regra *lex posterior derogat legi priori* de solução de antinomias de normas de mesmo grau hierárquico e por sua vez teria aplicação retirada pelo Código Civil de 2002<sup>5</sup>. No entanto não ocorreu de tal forma, pelo fato de que o Pacto de São José não pode restringir as exceções dispostas na Constituição, justamente por seu grau hierárquico inferior.

Segundo o Ministro Gilmar Mendes, em voto-vista do Recurso Extraordinário 349.703, não haveria revogação da prisão civil do depositário infiel no direito brasileiro, mas somente afastamento da aplicabilidade desse instituto diante do efeito paralisante ocasionado na legislação infraconstitucional gerado pelo Pacto de São José da Costa Rica e pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (STF, voto do Ministro Gilmar Mendes no RE 349.703, p. 35-36), entretanto isso parece dizer praticamente a mesma coisa de maneira diferente, porque o que aconteceu de fato não faz diferença entre uma revogação e uma inaplicabilidade por efeito paralisante da legislação ordinária, pois de toda forma, nessa situação, está havendo superioridade dos diplomas internacionais em relação à Constituição Federal, porque em desconformidade com a Carta da República, está sendo aplicado o que consta nos tratados.

De acordo com o Ministro Celso de Mello, adepto da corrente que dá posição hierárquico-normativa constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos, inclusive citando jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a prisão civil no ordenamento jurídico brasileiro não é caracterizada como uma obrigação feita pela Lei Fundamental, mas somente uma faculdade dada ao legislador para que regule ou não tal instituto no direito brasileiro de modo que ele tem a opção de fazer com que haja os dois tipos de prisão civil por dívida existentes na Carta da República, somente um ou até mesmo nenhum (STF, voto do Ministro Celso de Mello no RE 349.703), no entanto não parece ser esse o sentido do inciso LXVII do artigo 5º da Carta Magna, que é totalmente

---

<sup>5</sup> Para o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Ilmar Galvão, o Pacto de São José revogou o artigo 1.287 do Código Civil de 1916, entretanto esta foi uma situação que passou despercebida para os ministros do Supremo Tribunal Federal, inclusive para ele na votação do *Habeas corpus* 72.131.

imperativo. Celso de Mello cita, no direito comparado, vários casos nos quais os tratados internacionais sobre direitos humanos foram colocados em posição especial nos ordenamentos pátrios, no entanto não menciona o problema de afetação a possíveis cláusulas pétreas das constituições locais, nem se há esse tipo de cláusula, que é o maior problema no caso do depositário infiel no caso da Constituição brasileira.

Portanto, pelo que foi exposto, na tentativa de manter a supremacia da Constituição e dar posição especial aos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, o Supremo Tribunal Federal deu status normativo supralegal e infraconstitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos. Entretanto, tal posicionamento fez com que, na situação do depositário infiel, houvesse prevalência do diploma internacional de direitos humanos, o Pacto de São José da Costa Rica, em detrimento da Lei Maior, porque tal tratado teve até mesmo o poder de retirar a aplicação de uma norma constitucional, pois sendo o tratado conflitante com a Constituição Federal, o que deveria acontecer é a invalidação do diploma internacional, e não foi dessa forma que aconteceu.

#### **4. Preocupação com uma proteção humana universal: um direito constitucional que transcende as fronteiras nacionais**

Como supramencionado, estamos em um contexto de Estado Constitucional Cooperativo, nesse sentido está havendo uma tendência ao abandono do dogma da soberania, que é um dos maiores empecilhos para a concretização dos direitos humanos para dar prevalência ao Estado cooperativo, ou seja, o Estado deixa de ser soberano, para se tornar cooperativo, assim exalta o Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes homenageando o constitucionalista Peter Häberle em discurso feito durante simpósio na Espanha no dia 15 de maio de 2009. Salienta o ministro, aproveitando a ideia do professor alemão, a necessidade da existência de um Direito Constitucional comum, ou seja, deve haver uma comunidade universal de Estados Constitucionais que não sejam fechados em si mesmos, que sirvam como referência para os demais Estados Constitucionais da comunidade.

Nesse sentido, as principais características constitucionais ficariam mantidas, entretanto haveria uma intercomunicação com troca de informações cada vez maior entre os Estados no plano internacional.



O objetivo central desse Estado Constitucional Cooperativo é a ampliação da proteção à pessoa humana, por isso os direitos humanos e os direitos fundamentais teriam principal enfoque.

Nesse caminho, para a formação de um Estado Constitucional Comum Iberoamericano, o Pacto de São José da Costa Rica representou um enorme avanço, porque fez com que os países latino-americanos caminhassem de maneira convergente para um Direito Constitucional comum, incorporando em seus respectivos ordenamentos jurídicos pátrios o referido tratado de maneira a compartilhar uma ordem jurídica de proteção ao ser humano com os demais países.

A Argentina <sup>6</sup> é uma nação que concedeu grande importância aos tratados internacionais sobre direitos humanos, pois no referido país tais diplomas normativos receberam posição hierárquica de norma constitucional. Ainda nesse sentido a Argentina<sup>7</sup> e o Paraguai<sup>8</sup> positivaram em suas constituições a possibilidade da supranacionalidade, o que também representa um passo importante rumo a um Direito Constitucional comum.

## **5. Breves colocações sobre o mau uso dos direitos humanos no cenário internacional**

Em uma abordagem próxima à teoria sistêmica<sup>9</sup> podemos afirmar que a diferenciação funcional da sociedade em seus diversos subsistemas autopoieticos, com o devido fechamento operacional e abertura cognitiva, sofre com uma dificuldade no plano internacional. É uma dificuldade relativa ao sistema jurídico, cujo alcance espacial é limitado pelo dogma da soberania. Tal limitação se mostra um problema pelo fato de não existir com tamanha força nos outros subsistemas da sociedade, como o político ou econômico, que devido à expansão extra nacional atuam perante a abertura cognitiva do sistema jurídico com irritações que ele se mostra incapaz de responder de forma adequada.

---

<sup>6</sup> É conveniente fazer menção da maneira adequada com a qual o assunto foi tratado na Carta Magna argentina, pois na referida Lei Maior no artigo 75, item 22, são mencionados expressamente quais diplomas internacionais possuem hierarquia constitucional, assim não haverá qualquer confusão acerca da dúvida da posição hierárquica de tratados futuros, porque os tratados sobre direitos humanos que vierem a ser assinados pela Argentina precisarão ser aprovados de maneira sublime no Congresso do país para gozarem de hierarquia constitucional. Os demais tratados internacionais assinados pela Argentina possuem status normativo supralegal. Também é interessante salientar que na Constituição da Argentina está prevista a maneira pela qual os tratados internacionais podem ser revogados.

<sup>7</sup> Artigo 75, item 24 da Constituição argentina

<sup>8</sup> Artigo 145 da Magna Carta paraguaia.

<sup>9</sup> Em especial à sua versão luhmanniana.

Assim a esfera pública, que há tempos não se encontra atrofiada pelos limites do Estado, não se contenta apenas com um sistema jurídico atento aos direitos humanos para si, mas pretende que tais direitos sejam expandidos para cidadãos de outros Estados. A grande dificuldade está em promover essa expansão sem recair no que Marcelo Neves chama de “human rights imperialism” (NEVES, 2007:432), que seria um uso político-retórico dos direitos humanos objetivando impor os interesses das potências internacionais. Embasados em idéias como “moralidade” e “racionalidade” alguns autores parecem não se opor veementemente à imposição unilateral dos direitos humanos, um eminente exemplo seria Habermas:

According to this understanding of the ‘moral’ and ‘rational’ nature of the ‘humanitarian intervention’ carried out unilaterally by western great powers, Habermas’ proposal does not indicate a ‘global domestic politics’ for the imposition of human rights, but rather a foreign policy of the West to monitor and enforce ‘human rights’ policy in the weakest countries in the international power relations. (NEVES, 2007:435)<sup>10</sup>

Desta forma, não obstante os grandes avanços trazidos pela Idéia de Direitos Humanos e por sua ratificação em diversos tratados internacionais é importante que fiquemos atentos ao seu mau uso pelo sistema político que no plano internacional não se encontra tão limitado pelo sistema jurídico. Entendemos que os direitos humanos devem ser implementados de uma forma dialógica<sup>11</sup> e não monológico-impositiva, pois os impor desta última forma é também negá-los e não acreditamos no paradoxo do fortalecimento pela negação<sup>12</sup>, não é negando os direitos humanos em um determinado momento que se

---

<sup>10</sup> Quanto à posição de Habermas cabe a ressalva feita pelo próprio Marcelo Neves em outra oportunidade: “*Mais tarde, com relação à invasão do Iraque pelas tropas norte-americanas, Habermas (Der gespaltene Westen: Kleine Politische Schriften X. Frankfurt sobre o Meno: Suhrkamp) toma uma atitude diferente, ao criticar a pretensão de ‘unilateralismo hegemônico’ dos Estados Unidos da América, considerando que estes contrariam o ‘núcleo universalista da democracia e dos direitos humanos’. Entretanto, não rejeita a sua posição concernente ao conflito de Kosovo, antes a reitera, continuando a justificar um certo ‘intervencionismo racional’, ‘moralmente fundado’, mesmo sem a aprovação pelos procedimentos jurídicos do Direito Internacional Público.*” (NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. p. 278)

<sup>11</sup> Uma proposta de diálogo entre ordens jurídicas autônomas foi apresentada recentemente (26/5/09) por Neves como tese de titularidade da USP sob o título de *TRANSCONSTITUCIONALISMO*, o trabalho baseado na ideia de racionalidade transversal de Welsch, pode ser um excelente caminho para a efetivação dos direitos humanos.

<sup>12</sup> Este paradoxo seria uma extensão da idéia retributiva de justiça, segundo a qual se deve retribuir ao mal feitor o mesmo mal que cometeu, sendo justo, portanto, combater o desrespeito aos direitos humanos com desrespeito aos direitos humanos. Para uma análise mais detalhada desta questão, MENDES, Brahwlio S. M.R. *Com e além de Hans Kelsen por uma desparadoxização da tolerância discursiva*. pp. 138-140.

alcançará sua efetivação no futuro. Em conclusão achamos indispensáveis as palavras de Neves:

Institutionalization of human rights in the international or global sphere requires selective procedures that are open to the various perspectives, but it also depends on a consensual basis regarding these procedures addressed to mediate dissent. The claim to impose a single political culture, be it by hard power or soft power, would therefore contradict a consequent policy of protecting human rights as rights to inclusion and dissent. (NEVES, 2007: 436)

## **6. A inconstância do posicionamento do Supremo Tribunal Federal**

O Supremo Tribunal Federal vem reiterando sua posição de aplicação do Pacto de São José da Costa Rica na situação do depositário infiel, fazendo com que esse não possa ser preso pelo inadimplemento de sua obrigação para com o credor. Esse fato se confirma com a súmula vinculante 25<sup>13</sup>, aprovada por unanimidade no pleno da Corte Constitucional<sup>14</sup>, a qual ratifica essa posição.

No entanto, o posicionamento de dar prevalência ao tratado internacional sobre a Constituição Federal é aplicado somente a essa situação, porque a Corte Suprema vem descartando tal possibilidade em outros casos como fica evidente em recentes jurisprudências.

Caso, por exemplo, no qual o Supremo Tribunal Federal considera inaplicável o Tratado Internacional em certas ocasiões por causa de incompatibilidade com a Constituição Federal é o do princípio do duplo grau de jurisdição (Dec. 678, Art. 8, 2, h), que é considerado pelo Excelso Pretório como não sendo absoluto e como tal devem ser aplicadas as exceções previstas na Magna Carta brasileira de modo que tal princípio não cria um tipo de recurso inominado.

Por isso, como foi exposto, a Suprema Corte vem aplicando os tratados internacionais sobre direitos humanos, até mesmo contra a Constituição Federal, somente no caso do depositário infiel, pois em outras situações o STF afirma que os referidos diplomas internacionais não podem afrontar a Magna Carta e como tal essa tem que

---

<sup>13</sup> Teor da súmula: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.”

<sup>14</sup> Ministros presentes na sessão: Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli.

manter sua supremacia. Fato tal que deve nos deixar em alerta, por sugerir que nossos ministros podem estar manobrando a Constituição de forma descriteriosa, vez que tratam normas dispostas no mesmo diploma como tendo hierarquias distintas.

## **7. Conclusão**

A opção de colocar em posição especial os tratados internacionais sobre direitos humanos no ordenamento jurídico se mostra uma boa iniciativa, pois é adequada para aumentar a proteção do ser humano, gerando ainda um clima de segurança jurídica aos estrangeiros no país quanto aos seus direitos. Sendo relevante mencionar que também parece interessante, para fins de honrar os compromissos assinados em convenções internacionais, a opção de colocar todos os tratados internacionais em posição superior às leis, como fez a França e a Argentina. No entanto, a melhor forma de se realizar isso não é pela Corte Constitucional, mas sim pelo Congresso Nacional, pois esse órgão possui competência para fazer tal escolha. Porque não é simplesmente decidir qual o status normativo dos tratados internacionais. A mudança é mais profunda e exige que o ordenamento jurídico seja preparado para a opção escolhida.

A opção francesa de colocar os tratados internacionais acima das leis foi feita pelo Poder Constituinte, que colocou o posicionamento adotado na Constituição, entretanto a Magna Carta do referido país não somente escolheu qual seria o modelo adotado, no artigo 55, mas colocou, no artigo 54, uma condição para que a França assinasse algum compromisso internacional, que é a de que ele não contrarie a Constituição francesa, caso isso aconteça, o referido compromisso somente poderá ser assinado, se a Magna Carta do país for reformada de modo a não haver antinomia. Dessa forma, a supremacia constitucional foi mantida e, além disso, manteve-se também a lógica do critério de validade.

Entretanto a situação do depositário infiel, na atual ordem constitucional brasileira não poderia ser alterada de forma alguma, se a intenção é manter a supremacia da Constituição Federal, porque o fato de o depositário infiel poder ser preso pelo inadimplemento de sua obrigação é direito fundamental do credor dessa relação jurídica e como tal, caracteriza cláusula pétrea na Lei Maior.

O Estado Constitucional Cooperativo previsto por Peter Häberle se mostra bastante interessante nesse contexto de foco nos direitos humanos, entretanto, apesar de

passos importantes já terem sido dados, como a Convenção Americana de Direitos Humanos e a posição especial dada aos tratados sobre direitos humanos nos ordenamentos de alguns países, o caminho rumo a um Direito Constitucional Comum, ainda parece longo, porque esbarra no dogma da soberania e também possui como grande obstáculo, a divergência cultural existente entre as nações, o que faz com que seja necessário um diálogo entre os países, no qual as partes dialoguem de maneira igualitária para não ocorrer o domínio de uns países sobre os outros através de um imperialismo jurídico-cultural.

## Referências

ARGENTINA. Constitución Nacional, del 1º de mayo de 1853. Disponível em: <<http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/cuerpo1.php>>. Acesso em: 27 mai. 2009, 21:09.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. v. 1, p. 353-355.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em 14 mai. 2009, 11:16.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: <[http://www2.mre.gov.br/dai/m\\_678\\_1992.htm](http://www2.mre.gov.br/dai/m_678_1992.htm)>. Acesso em: 13 mai. 2009, 21:40.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil (revogado). Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L3071.htm>>. Acesso em 26 mai. 2009, 23:56.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 17 mai. 2009, 04:43.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 72.131. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=73573&idDocumento=&codigoClasse=349&numero=72131&siglaRecurso=&classe=HC>>. Acesso em: 26 mai. 2009, 14:37.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=tratados+internacionais+direitos+humanos&pagina=1&base=baseAcordados>> Acesso em: 20 fev. 2010, 14:19.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Proposta de Súmula Vinculante 31. Disponível em <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/PSV\\_31.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/PSV_31.pdf)> . Acesso em: 14 fev. 2010, 03:09.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 349.703. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406&pgI=1&pgF=100000>>. Acesso em: 23 fev. 2010, 01:33.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 466.343. Voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2009, 13:08.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmulas vinculantes 1 a 27. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/Enunciados\\_1\\_a\\_22\\_da\\_Sumula\\_Vinculante.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/Enunciados_1_a_22_da_Sumula_Vinculante.pdf)>. Acesso em: 3 fev. 2010, 01:13.

FRANCIA. Constitución de 4 de octubre de 1958. Disponível em: <[http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank\\_mm/espagnol/constitution-espagnol\\_juillet2008.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/espagnol/constitution-espagnol_juillet2008.pdf)>. Acesso em: 16 mai. 2009, 00:57.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Homenagem à doutrina de Peter Häberle e sua influência no Brasil*. In: SIMPÓSIO COMEMORATIVO AO 75º ANIVERSÁRIO DO PROFESSOR E CONSTITUCIONALISTA PETER HÄBERLE, 2009, Granada, Espanha. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/discHaberle.pdf>>. Acesso em: 27 mai. 2009, 15:03.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008 p. 231-254.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NEVES, Marcelo. *The symbolic force of human rights*. In: *Philosophy & Social Criticism*, v. 33, 2007, p. 411-444.

PARAGUAY. Constitución de la República del Paraguay, del 20 de junio de 1992. Disponível em: <<http://www.constitution.org/cons/paraguay.htm>>. Acesso em: 20 fev. 2010, 21:15.

RIBEIRO MENDES, Brahwlio S. M.. *Com e além de Hans Kelsen por uma desaparadoxização da tolerância discursiva*. In: *Phronesis*, n.5, jan-dez, 2009. pp. 131-150.