

**CENTRO UNIVERSITÁRIO AUTÔNOMO DO BRASIL – UNIBRASIL
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

SILMARA VAZ GABRIEL OSÓRIO DA FONSECA

**EFICÁCIA DOS DIREITOS HUMANOS NAS RELAÇÕES PRIVADAS E
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: A QUESTÃO DO DEPOSITÁRIO INFIEL**

CURITIBA

2016

SILMARA VAZ GABRIEL OSÓRIO DA FONSECA

**EFICÁCIA DOS DIREITOS HUMANOS NAS RELAÇÕES PRIVADAS E
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: A QUESTÃO DO DEPOSITÁRIO INFIEL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, Centro Universitário Autônomo do Brasil - Unibrasil.
Orientador: Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes
Co-orientador: Prof. Dr. Edileny Tomé da Mata

CURITIBA

2016

TERMO DE APROVAÇÃO

SILMARA VAZ GABRIEL OSÓRIO DA FONSECA

EFICÁCIA DOS DIREITOS HUMANOS NAS RELAÇÕES PRIVADAS E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: A QUESTÃO DO DEPOSITÁRIO INFIEL

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, Programa de Mestrado, Centro Universitário Autônomo do Brasil – UNIBRASIL, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes
Programa de Mestrado, Centro Universitário
Autônomo do Brasil – UniBrasil.

Co-orientador: Prof. Dr. Edileny Tomé da Mata
Prof. Intercambista da Coordenação de
Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior
(CAPES).

Membros: Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr
Programa de Mestrado, UniCuritiba.

Profa. Dra. Mônia Clarissa Hening Leal
Programa de Mestrado e Doutorado, UNISC.

Curitiba, 17 de março de 2016.

*Dedico este trabalho ao
meu marido Herbert e a
minha filha Marcella e
aos meus pais,
Joaquim e Edemia,
eternos incentivadores
da minha vida.*

Agradecimentos

Agradeço a Deus, em primeiro lugar, por ter me dado à oportunidade deste caminho a mais que é o estudo e mostrar a importância de concluirmos os nossos sonhos.

Agradeço ao meu orientador que sempre esteve presente e compartilhou de todas as minhas dificuldades, com muita paciência e ensinamento e por ter trazido a colaboração valiosa do meu co-orientador.

Agradeço aos meus professores do mestrado, em especial às Professoras Dra. Estefânia Barbosa Queiroz e a Dra. Rosalice Fidalgo, que foram carinhosas e enfáticas para que eu concluísse o curso de mestrado.

Agradeço, ainda, aos meus colegas de turma que trouxeram trocas relevantes de forma a complementar o bom desempenho do curso e repartirem as dificuldades desse projeto de estudo.

Por fim, agradeço a todos que se dedicam a transmitir o seu conhecimento, pois, ao compartilharem os seus estudos, possibilitam ampliar o mundo infinito do conhecer.

SUMÁRIO

RESUMO	7
ABSTRACT	8
INTRODUÇÃO	9
1.DIREITOS HUMANOS E OS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NAS RELAÇÕES PRIVADAS	12
1.1BREVES NOÇÕES DE DIREITOS HUMANOS	12
1.2 OS DIREITOS HUMANOS E A RECEPÇÃO DOS TRATADOS NO DIREITO INTERNO.....	22
1.3 EFICÁCIA DOS DIREITOS HUMANOS NAS RELAÇÕES PRIVADAS.....	44
2. O CONTRATO DE DEPÓSITO E A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA À LUZ DO ARTIGO 5º DA CARTA MAGNA DE 1988	59
2.1 CONTRATO DE DEPÓSITO.....	59
2.2 CONTRATO DE DEPÓSITO NO CÓDIGO CIVIL DE 1916 E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	72
2.3 CONTRATO DE DEPÓSITO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	79
3. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL E DIREITOS HUMANOS .	86
3.1 O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EM RELAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS NAS RELAÇÕES PRIVADAS	86
3.2CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	102
3.3 SÍNTESE DAS TEORIAS APRESENTADAS APLICADAS AO ESTUDO DO CASO CONCRETO DO DEPOSITÁRIO INFIEL.....	115
CONSIDERAÇÕES FINAIS	131
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	134

RESUMO

A presente dissertação, vinculada à área de concentração de Direitos Fundamentais e Democracia, voltada para a linha de pesquisa “Estado e Concretização dos Direitos: correlações e interdependências nacionais e internacionais”.

Aborda inicialmente a questão dos direitos humanos e a inserção dos tratados de direitos humanos no ordenamento pátrio, bem como qual o reflexo desses instrumentos jurídicos nas relações privadas.

Busca assim contextualizar o papel da jurisdição constitucional em face dos tratados de direitos humanos diante não só da relação indivíduo e Estado, mas em especial em face das relações privadas.

Assim, para o deslinde do tema proposto, busca evidenciar o papel da Jurisdição Constitucional diante do caso concreto trazido, a prisão do devedor fiduciante, e ao mesmo tempo demonstrar de como o direito retrata uma permanente transformação. Apresenta-se através de uma mudança interpretativa quanto ao *status* dos tratados de direitos humanos e em consequência, o controle de convencionalidade. Evidencia com isso, o sistema normativo aberto e plural ligado ao Estado Democrático de Direito e a própria convivência em sociedade.

Palavras-chave: Jurisdição Constitucional. Eficácia e Efetividade dos Direitos Humanos, Relações Privadas.

ABSTRACT

This thesis, is related to the area of concentration of Fundamental Rights and Democracy, toward the research line “State of Rights: correlations and national and international interdependencies.”

Initially addresses the issue of human rights and the inclusion of human rights treaties in the domestic law, as well as what the impact of these legal instruments in private relations.

This research aims to contextualize the role of constitutional jurisdiction from the stand point of human rights treaties not only on the relationship between individual and state, but especially on private relations.

Therefore, for the demarcation of the proposed theme, seeks to highlight the role of the Constitutional Jurisdiction of the case presented, the arrest of the debtor mortgagor, while demonstrating how the right depicts a permanent transformation. It is presented through an interpretative change on the status of human rights treaties and as a result, the conventionality control. Shows, therefore, the open and plural legal system linked to the Democratic State of law and the very coexistence in society.

Keywords: Constitutional jurisdiction. Efficacy and Effectiveness of Human Rights. Private Relations.

INTRODUÇÃO

O tema proposto propõe investigar a relação efetiva dos direitos humanos e das relações privadas no espaço da legitimação do Estado Democrático de Direito, com vinculação ao curso de Mestrado na área de Direitos Fundamentais e Democracia, voltado para a linha de pesquisa que diz respeito ao Estado e a concretização dos direitos: correlações e interdependências nacionais e internacionais.

Os direitos humanos foram apontados historicamente como conquistas de uma convivência em sociedade. Desta forma, através do histórico desenvolvimento dos direitos humanos tem-se a possibilidade de verificar além da evolução, formas de como os direitos se manifestaram nas relações dos indivíduos que compõem a sociedade.

Ao trazer a proposta do tema conjugando os direitos humanos e as relações privadas, percebe-se a importância não só de uma leitura conjunta dos institutos mas também a menção de um terceiro elemento necessário neste estudo, o Estado.

A historicidade dos direitos humanos como sendo uma das principais características é reforçada quando se tem a visão contemporânea de que os direitos humanos passaram a ser valorados em resposta as atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial e em resposta ao próprio direito, produto constante de conexão com as mudanças que ocorrem nas relações sociais, inclusive, numa visão globalizada.

É a partir desta ideia globalizada dos direitos humanos que os ordenamentos jurídicos e notadamente a Constituição Federal de 1988 que se define o marco teórico da dissertação.

Com o advento da Lei Maior de 1988 vislumbrou-se o avanço do direito constitucional, com a constitucionalização de direitos; a incorporação de princípios no ordenamento normativo; a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Assim, em decorrência que o texto constitucional abarcou importantes temas inaugurais, dentre os quais podemos citar o artigo 5º em que envolve a questão dos direitos e garantias fundamentais, com a garantia de proteção dos expressamente previstos na Constituição e outros decorrentes do regime; de princípios ou ainda de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, busca com este trabalho demonstrar a atuação do poder judiciário na efetividade destes direitos.

A partir do artigo 5º da Magna Carta e do tema proposto resta saber se os direitos e garantias advindos de tratados internacionais realmente possuem a efetividade desejada ou seria uma propositura inócua do Poder Legislativo.

Decorre, portanto, uma série de questionamentos na doutrina e na jurisprudência, dentre eles os que serão abordados nesta dissertação: a) a discussão em torno da aplicabilidade do artigo 5º e parágrafos, da Constituição Federal e a interpretação dada pelos nossos tribunais, em especial, o Supremo Tribunal Federal, b) o bloco de constitucionalidade; c) a chamada cláusula aberta e d) os reflexos destes questionamentos nas demandas judiciais.

A dissertação composta de três capítulos, não examina pura e simplesmente a velha questão debatida do depositário infiel e dos direitos humanos. Mais do que isso: aborda como os tratados influenciam a partir da constitucionalização do direito civil, análise deste, a concretização dos direitos fundamentais dentro do direito civil e o papel dos tratados e sua efetividade, notadamente, em uma análise da jurisprudência constitucional.

No primeiro capítulo elucida os direitos humanos e a recepção dos tratados no direito interno, alargando a ideia de que os direitos humanos estavam direcionados a limitação do poder estatal e com isso busca demonstrar se há eficácia dos direitos humanos também nas relações privadas.

No segundo capítulo buscará dar ênfase na figura do contrato de depósito e demonstrar a evolução da jurisprudência quanto à prisão civil do depositário infiel ante a legislação interna e a internacionalização dos tratados de direitos humanos, bem como averiguar a importância da jurisdição constitucional e a eficácia dos direitos humanos, tendo como parâmetro a Constituição Federal de 1988 ao trazer o Estado Democrático de Direito e a afirmação dos direitos fundamentais, essencial para a legitimação dos poderes constituídos.

No capítulo terceiro, demonstrará de forma interligada, se há o efetivo papel da jurisdição constitucional na concretização dos direitos humanos nas relações privadas a partir do artigo 5º da Constituição Federal. Abordará especificamente o caso concreto do devedor fiduciário e o entendimento reavaliado do tema pelo Supremo Tribunal Federal.

Por fim, o que se quer enfatizar na pesquisa é que a Constituição brasileira de 1988 deu início a abertura do nosso sistema jurídico ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos e demonstrará que a racionalidade do direito deve caminhar e evoluir ao lado da sociedade, em constante compasso entre o direito interno e o direito internacional, inclusive.

1. DIREITOS HUMANOS E OS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Neste capítulo inicial será abordada a noção de direitos humanos, com breve paralelo entre as expressões similares tais como direitos do homem, direitos humanos, direitos fundamentais e direitos fundamentais humanos.

As expressões ainda que parecidas e possuem peculiaridades próprias, apresentam em comum a noção basilar de proteção dos direitos humanos tanto no âmbito interno de cada Estado como no âmbito internacional.

Desta forma, no capítulo 1 será trazido o tema da recepção dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico interno, como sendo uma das formas de interagir com a proteção internacional destes direitos, inclusive, visualizar a eficácia destes direitos nas relações jurídicas privadas.

1.1 BREVES NOÇÕES DE DIREITOS HUMANOS

A noção de direitos humanos remete a ideia de uma pluralidade de significados. Interessante, no entanto, abrir um parêntese para as expressões tidas como análogas: direitos do homem, direitos humanos, direitos fundamentais e ainda a expressão direitos fundamentais humanos.

Ingo Wolfgang Sarlet observa que a distinção entre as terminologias são de cunho meramente didático e resume em: “direitos do homem” (no sentido de direitos naturais ou ainda não positivados), “direitos humanos” (positivados na esfera do direito internacional) e “direitos fundamentais” (direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado).¹

Além disso, o mesmo autor, Ingo Wolfgang Sarlet, assevera que:

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007, p. 35 et seq.

O termo direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão direitos humanos guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional e, que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam uma inequívoca caráter supranacional.²

Interessante ressaltar, portanto, que a proteção dos direitos humanos vai além de um pensamento isolado de cada Estado de forma a abarcar situações que extrapolam o entendimento de determinado Estado.

Depreende-se do conceito apresentado de que as expressões direitos humanos, direitos fundamentais ou até mesmo direitos humanos fundamentais revelam o mesmo fim, ou seja, a proteção de direitos quer na esfera interna de cada Estado, quer na esfera internacional.

Gomes Canotilho defende que:

As expressões direitos do homem e direitos fundamentais são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos; direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancaríamos da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.³

Há ainda doutrinadores que optam em utilizar a expressão direitos humanos fundamentais, como é o caso de Sérgio Resende de Barros ao ser enfático em entender como sendo parte de uma expressão única:

Não há razão por que separar direitos fundamentais e direitos humanos, pondo aqueles numa situação ontológica, na qual têm concreção normativa, aparecendo definidos, firmes, positivados, reforçados na constituição jurídica do Estado, e pondo estes numa situação deontológica imprecisa e insegura, sem uma definição positiva, que deveriam ter mas não têm, daí

² Idem.

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p.259.

aparecendo sem tutela ou concreção reforçada. Mesmo porque tanto uns quanto outros estão em ambas as situações.

Na verdade, o instituto nasceu uno e nunca foi senão um, conquanto admita, como outros institutos e conceitos jurídicos, níveis ou campos de compreensão e de extensão que podem variar do mais geral e fundamental ao mais particular e operacional. Tal variância impõe reconhecer a existência de *direitos humanos fundamentais* e *direitos humanos operacionais*: aqueles estruturais, principais destes; estes conjunturais, subsidiários daqueles; mas todos no mesmo espaço Institucional, compondo um só instituto jurídico: os direitos humanos (grifado no original) ⁴

Nesta mesma linha de pensamento, Alexandre de Moraes utiliza a expressão direitos humanos fundamentais para definir os direitos universalmente reconhecidos pela maioria dos Estados, seja em nível constitucional, em nível infraconstitucional, em nível de direito consuetudinário ou mesmo por tratados e convenções internacionais.⁵

Antonio Carlos Wolkmer transmite que em razão das controvérsias que permeiam os campos dos direitos humanos e das dificuldades em conceituar esses direitos, o ideal é uma leitura complementar e inter-relacionada desde a visão normativo-institucional e teórico-filosófica, para finalmente pontualizar a proposta dos direitos humanos.⁶

Em decorrência do processo do constitucionalismo, ou seja, a previsão expressa nos textos constitucionais dos direitos humanos e fundamentais, inaugura-se uma nova era na tutela dos direitos humanos e fundamentais.⁷ Sendo a expressão “direitos humanos” como a mais adequada na esfera internacional.⁸

Por estas razões, o enfoque aqui parte da chamada concepção contemporânea de direitos humanos, tendo como base a valorização internacional dos direitos humanos.

⁴ BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos humanos: paradoxo da civilização**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.29-38.

⁵ MORAES, Alexandre de. Op. cit., p. 41.

⁶ WOLKNER, Antonio Carlos. BATISTA, Anne Carolinne. **Direitos humanos e processos de lutas na perspectiva da interculturalidade**. In: Teoria crítica dos direitos humanos. Organizadores: Carol Proner; Oscar. Correias. : Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 133-134.

⁷ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. MENDES, Ubirajara Carlos Mendes. **O Judiciário como portal de respostas obrigatórias: reflexos da potencialização dos princípios**. Disponível em: <<http://www.revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/download/562434>>. Acesso em 19.08.2014.

⁸ CAVALCANTE FILHO. João Trindade. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf>. Acesso em: 10/02/2015.

No entanto, vale pontuar os dizeres de Flávia Piovesan a respeito desta concepção contemporânea e quais seus principais desafios e perspectivas.⁹ A autora mostra duas principais reflexões: i. Como compreender a concepção contemporânea de direitos humanos; ii. Quais os principais desafios e perspectivas para a construção de direitos humanos na ordem contemporânea.

Ligada a essa ideia, Larissa Ramina expõe que em decorrência das trágicas consequências humanas advieram novas formas de cooperação internacional¹⁰ e formas pacíficas de solução de conflitos entre os Estados soberanos. Abre-se caminho para a reconstrução do direito internacional pós-Vestefalino.¹¹

Em 1945, a Organização das Nações Unidas (ONU) inseriu no cenário internacional a Carta de São Francisco com o propósito basilar de proteger os direitos humanos.

Melina Girardi Fachin afirma que a criação da ONU é o divisor de águas na seara internacional, e por consequência refletiu diretamente na ordem interna dos Estados.¹² Assim, em 1948 a ONU aprovou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, inaugurando um reconhecimento internacional protetivo dos direitos humanos.

Ainda a autora Melina Fachin leciona:

A nomenclatura eleita (e calcada na expressão dos direitos do homem) é fruto de seu tempo e revela a influência dos valores jusnaturalistas de inspiração kantiana – em especial da noção de dignidade humana- no referido documento. Em que pese o reconhecimento dessa preponderância,

⁹ PIOVESAN, Flávia. **A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas**. In: BALDI, César Augusto (org.). Direitos humanos na sociedade cosmopolita. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 49.

¹⁰RAMINA, Larissa. **O Direito e a ordem internacional no século XXI: complexidades e reflexões na contemporaneidade**. Coleção Direito Internacional Multifacetado. Volume I. No prelo. p.121.

¹¹Cf. Larissa Ramina. a Paz de Vestefália afirmou três princípios fundamentais, quais sejam, a liberdade religiosa, a soberania dos Estados, ou a supremacia sobre o poder espiritual e a igualdade entre os Estados, sem o reconhecimento de qualquer entidade política supraestatal. Esses três princípios vieram a ser os fundamentos de um incipiente “direito público europeu” e da sociedade internacional clássica, que persistiu até o pós-Segunda Guerra Mundial. Os Tratados de Vestefália constituíram, na verdade, a primeira tentativa de estabelecer uma ordem internacional para substituir a *Respublica Christiana* ou a *Respublica sub Deo* sob a autoridade da Igreja Católica, e o ponto de partida da evolução do direito internacional contemporâneo. Op.cit.

¹² FACHIN, Melina Girardi. **Direitos Humanos e Desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p.22.

a Declaração destaca-se porque se afasta da visão ideal e abstrata do sujeito e trata do ser contextualizado – dele e de sua circunstância e também porquanto coloca o fundamento da proteção dos direitos no preceito internacional e não tão somente na natureza humana.¹³

Com esse reconhecimento no campo internacional, segundo Mandelstam temos o *direito comum da humanidade*¹⁴, direito que na verdade além de trazer várias particularidades na questão da proteção de prerrogativas e liberdades do homem, alberga as garantias necessárias à efetivação dos direitos declarados.¹⁵

Neste mesmo sentido, Norberto Bobbio ensina que a “Declaração Universal dos Direitos do Homem representa a manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, portanto, reconhecido: e essa prova é o consenso geral acerca de sua validade.”¹⁶

Inicia assim uma nova era dos direitos humanos e dos direitos fundamentais sob o manto da universalidade e de uma proteção globalizada.

Para Flávia Piovesan deve ser visto em um primeiro momento a noção contemporânea de direitos humanos de modo a contemplar a universalidade e a indivisibilidade de direitos.

A ideia de proteção dos direitos humanos se expande além do domínio reservado de determinado Estado, a universalidade dos direitos humanos enuncia justamente a ruptura com ideia de direitos humanos de jurisdição doméstica, a exemplo do legado nazista, em que a titularidade de direitos estava disponível somente à raça ariana.

Neste sentido, Pérez-Luño cita o universalismo como centro da filosofia moral kantiana: “Su imperativo categórico obligará a actuar a partir de reglas universalizables. Ló que hace que umas reglas de conducta sean morales, lo que distingue em definitiva, la autentica moralidad de la falsa es que sus principios Sean susceptibles de universalización”.¹⁷

¹³ FACHIN, Melina Girardi. **Direitos Humanos ...** op. cit., p.26.

¹⁴ apud Sahid Maluf. **Teoria Geral do Estado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 216.

¹⁵ MALUF, Said. **Teoria Geral ...** op. cit. p. 217.

¹⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 7. ed. Elsevier Editora Ltda, 2004. p. 26.

¹⁷ apud Melina Girardi Fachin. “(...) o que é considerado de valor aqui é o potencial humano universal, uma capacidade que todos os humanos partilham. Esse potencial, mais do que qualquer coisa que uma pessoa possa ter feito dele, é o que assegura que cada pessoa

Aqui vale mencionar a problemática questão da universalidade dos direitos humanos em face do movimento do relativismo cultural com a acirrada discussão sobre o alcance das normas de direitos humanos: “as normas de direitos humanos podem ter um sentido universal ou são culturalmente relativas?”.¹⁸

É justamente nesse ponto que a questão da soberania sofre um embaraço, pois, o fato de internalizar os direitos humanos, poderia, em tese afetar a soberania dos estados.

Assim, para os relativistas, a noção de direitos deve estar ligada somente a determinada sociedade, sob o entendimento de que a questão da cultura e circunstâncias históricas diz respeito a cada sociedade em específico¹⁹, ou seja, a adversidade cultural torna inaplicável a moral universal.

Nas lições de R. J Vicent:

O que a doutrina do relativismo cultural pretende pode ser vista sob dois vértices: primeiro, ela sustenta que as regras sobre a moral variam de lugar para lugar. Em segundo lugar, ela afirma que a forma de compreensão dessa diversidade é colocar-se no contexto cultural que as reivindicações morais derivam de um contexto cultural, que em si mesmo é a fonte de sua validade. Não há moral universal, já que a história do mundo é a história de uma pluralidade de culturas e, neste sentido, buscar uma universalidade, ou até mesmo o princípio da universalidade clamado por Kant, como critério para toda a moralidade, é uma versão imperialista de tentar fazer com que valores de uma determinada cultura sejam gerais.²⁰

Desta forma, na visão dos relativistas, a pretensão da universalidade seria impor a cultural ocidental²¹ pois a noção universal advém de um modelo

merece respeito. Realmente, nosso sentido da importância de potencialidade vai tão longe que estendemos esta proteção até mesmo a pessoas que apesar de algumas circunstâncias terem acontecido a elas, são incapazes de perceber seu potencial de modo normal.” (Tradução Livre) (TAYLOR. Multiculturalismo..., p. 41-42) **Fundamentos dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 50.

¹⁸ PIOVESAN, Flávia. A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas. BALDI, César Augusto (org.). In: **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 58.

¹⁹ Cf. Flávia Piovesan, seja por fixar a ideia de que os direitos humanos são universais, decorrentes da dignidade humana e não derivadas das peculiaridades sociais e culturais de determinada sociedade, seja por incluir em seu elenco não só direitos civis e políticos, mas também direitos sociais, econômicos e culturais. op.cit.,p. 59.

²⁰ Apud Flávia Piovesan. Jack Donnelly, *Universal human rights in theory and practice*. **A universalidade** ...op. cit., p. 61.

²¹ Cf. Boaventura de Sousa Santos, a tese é que, enquanto forem concebidos como direitos humanos universais, os direitos humanos tenderão a operar como localismo globalizado – uma forma de globalização de-cima-para-baixo. Serão sempre um instrumento do “choque de

ocidental. Por sua vez, os universalistas alegam que prevalecer uma noção relativista é imunizar comportamento violadores de direitos humanos.

Os universalistas, nos dizeres de Flávia Piovesan, argumentam:

a existência de normas universais pertinentes ao valor da dignidade humana é uma exigência do mundo contemporâneo. Acrescentam ainda que, se diversos Estados optaram por ratificar instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, é porque consentiram em respeitar tais direitos, não podendo se isentar do controle da comunidade internacional, na hipótese de violação desses direitos e, portanto, de descumprimento de obrigações internacionais.²²

Na verdade, a concepção universal dos direitos humanos enfoca na ideia de que a cultura global decorre de um movimento internacional de proteção de direitos humanos com criação de sistemas normativos global, regional e local que se interagem e se complementam, com o prisma da indivisibilidade.²³

Ressalta que o conceito de cultura remete a muitos padrões a depender realmente de cada sociedade. Melina Giardi Fachin traz a opinião crítica de Roque de Barros Laraia quando enfrenta a diversidade negativa como um empecilho de entender a universalidade dos direitos humanos, expressa o autor, “todo sistema cultural tem a sua própria lógica e não passa de um ato primário de etnocentrismo tentar transferir a lógica de um sistema para outro. Infelizmente, a tendência mais comum é de considerar lógico apenas o próprio sistema e atribuir aos demais um ato grau de irracionalismo.”²⁴

Em posição contrária, a autora apresenta o legado de Clifford Geertz:

civilizações” tal como o concebe Samuel Huntington (1993), ou seja, como arma do Ocidente contra o resto do mundo (“the West against the rest”). Para poderem operar como forma de cosmopolitismo, como globalização de-baixo-para-cima ou contra-hegemônica, os direitos humanos têm de ser reconceptualizados como multiculturais. O multiculturalismo ... é pré condição de uma relação equilibrada e mutuamente potenciadora entre a competência global e a legitimidade local, que constituem os dois atributos de uma política contra-hegemônica de direitos humanos no nosso tempo. **Por uma concepção multicultural de direitos humanos.** Revista Crítica de Ciências Sociais n° 48, junho 1997. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_R_CCS48.PDF>. Acesso em: 06/11/2015.

²² PIOVESAN, Flávia. **A universalidade** ... op.cit., p. 62.

²³ Idem, p. 57.

²⁴ apud Melina Girardi Fachin. **Fundamentos** ... op. cit. p. 87 et seq.

O problema com esse tipo de perspectiva (...) é que a imagem de uma natureza humana constante, independente de tempo, lugar e circunstância, de estudos e profissões, modas passageiras e opiniões temporárias, pode ser uma ilusão, que o que o homem é pode estar tão envolvido com onde ele está, que ele é e no que ele acredita, que é inseparável deles. É precisamente o levar em conta tal possibilidade que deu margem ao surgimento do conceito de cultura e ao declínio da perspectiva uniforme do homem. O que quer que seja que a antropologia moderna afirme – e ela parece ter afirmado praticamente tudo em uma ou outra ocasião-, ela tem a firme convicção de que não existem de fato homens não modificados pelos costumes de lugares particulares, nunca existiram e, o que é mais importante, não poderiam pela própria natureza do caso.²⁵

Boaventura de Sousa Santos afirma que a tensão repousa de um lado nas violações dos direitos humanos e nas lutas em defesa deles uma dimensão nacional, e de outro lado, os aspectos culturais específicos e as atitudes perante os direitos humanos em determinada sociedade. A política de direitos humanos é uma política cultural.^{26 27}

Neste sentido acentua Flávia Piovesan de que para a concretização dos direitos humanos surge um novo paradigma para assegurar um desenvolvimento sustentável, mais igualitário e democrático, seja no plano local, regional e global.²⁸

Portanto, a visão de proteção globalizada acarreta a importância das conquistas no campo dos direitos humanos, inclusive, a clássica ideia geracional de direitos fundamentais²⁹, demonstra a historicidade da vida em sociedade, a participação ou não do Estado. Enfim, evidencia as mudanças

²⁵ Idem. p. 87.

²⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Por uma concepção multicultural de direitos humanos**. Revista Crítica de Ciências Sociais n° 48, junho 1997. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF>. Acesso em: 06/11/2015.

²⁷ Cf. Boaventura de Sousa Santos, a aceitação de direitos humanos internacionais é uma questão de decisão política independente de considerações religiosas. Idem.

²⁸ FACHIN, Melina Girardi. **Fundamentos** ... op. cit. p. 70.

²⁹ Cf. Boaventura de Sousa Santos, os direitos humanos estão no cerne desta tensão: enquanto a primeira geração de direitos humanos (os direitos civis e políticos) foi concebida como uma luta da sociedade civil contra o Estado, considerando como o principal violador dos direitos humanos, a segunda e terceira gerações (direitos econômicos e sociais e direitos culturais, da qualidade de vida, etc.) pressupõem que o Estado é o principal garante dos direitos humanos. **Por uma concepção multicultural de direitos humanos**. Revista Crítica de Ciências Sociais n° 48, junho 1997. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF>. Acesso em: 06/11/2015.

refletidas nas realidades e nos problemas vivenciados, e por conseguinte, a readaptação de novas necessidades sociais.

Igualmente, conforme Melina Girardi Fachin a questão não é de “colonizar” culturas³⁰, mas, enxergar um diálogo entre as diversas culturas calcadas em valores diversos.³¹

Em sentido contrário, Boaventura de Sousa Santos assevera que “uma concepção idealista de diálogo intercultural poderá esquecer facilmente que tal diálogo só é possível através da simultaneidade temporária de duas ou mais contemporaneidades diferentes.”³²

No entanto, vale ressaltar a doutrina³³ que aponta pendente a problematização de universalismo e relativismo cultural, pois, cada qual prioriza o seu entendimento e por ele luta para que prevaleça, até porque os direitos humanos e os direitos fundamentais embutem questões de ordem política e econômica.

Neste sentido, Joaquín Herrera Flores: “A cultura não é uma entidade alheia ou separada das estratégias de ação social, ao contrário, é uma resposta, uma reação à forma como se constituem e se desenvolvem as relações sociais, econômicas e políticas em um tempo e espaços determinados.”³⁴

Boaventura de Sousa Santos entende que “os direitos humanos não são universais na sua aplicação. Actualmente, são consensualmente identificados quatro regimes internacionais de aplicação de direitos humanos: o europeu, o inter-americano, o africano e o asiático. Mas serão os direitos humanos universais enquanto artefacto cultural, um tipo de invariante cultural?”³⁵

³⁰ Melina Giardini Fachin de forma sucinta traz a ideia de que o conceito de cultura poderia ser captado inicialmente, de modo básico, como um conceito de exclusão: tudo aquilo que não é natureza. Isto posto, todo produto humano corresponderia à cultura. Partindo deste alicerce, por meio de uma perspectiva filosófica, poder-se-ia advogar que: “Cultura, na ótica filosófica, é a forma própria existência fenomenologizada, ou seja, um processo histórico permanente e inevitável, em que o ser humano tanto representa o sujeito produtivo com o objeto produzido Fundamentos... p. 131-132.

³¹ FACHIN, Melina Giardini. **Fundamentos** ... op.cit., p. 94.

³² SANTOS, Boaventura de Sousa. Op. cit.

³³ FACHIN, Melina Giardini. **Fundamentos** ...op. cit., p. 234-235.

³⁴ Idem.

³⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. Op. cit.

Ademais, neste panorama insta enfatizar que as divergências de aceitação pelo universalismo ou pelo relativismo³⁶ têm consequências neste estudo trazido, pois, o tema proposto ao relacionar o papel da jurisdição constitucional e os direitos humanos em face das relações privadas, necessariamente, discorre de como os tratados de direitos humanos refletem no direito interno.

Melina Fachin advoga a teoria alternativa de direitos humanos proposta por Joaquin Herrera Flores em que reconhece à existência de princípios abstratos na justiça num caso concreto quando utiliza de princípios mínimos, “apela-se a uma mínima ideia de justiça sem que esta implique em modelos de agentes humanos idealizados”.³⁷

Com isso, direitos e garantias caminham lado a lado, com ênfase na importância da atuação do Estado e porque não falarmos da própria transcendência do Estado Liberal³⁸ ao Estado Democrático e Social de Direito para concretizarmos os direitos humanos na sociedade, ligado ao desempenho nas relações de direitos fundamentais entre particulares.

As chamadas gerações ou dimensões de direitos humanos e direitos fundamentais demonstram a maneira simples de como as conquistas de direitos desenvolvem a partir de uma realidade histórica.

³⁶ Cf. Boaventura de Sousa Santos, a primeira premissa é a superação do debate sobre universalismo e relativismo cultural. Trata-se de um debate intrinsecamente falso, cujos conceitos polares são igualmente prejudiciais para uma concepção emancipatória de direitos humanos. Todas as culturas são relativas, mas o relativismo cultural enquanto atitude filosófica é incorrecto. Todas as culturas aspiram a preocupações e valores universais, mas o universalismo cultural, enquanto atitude filosófica, é incorrecto. Contra o universalismo, há que propor diálogos interculturais sobre preocupações isomórficas. (...) a segunda premissa da transformação cosmopolita dos direitos humanos é que todas as culturas possuem concepções de dignidade humana, mas nem todas elas a concebem em termos de direitos humanos. Op. cit.

³⁷ FACHIN, Melina Girardi. **Fundamentos...** op. cit., p. 244.

³⁸ Nos dizeres de Celso Ribeiro Bastos, o Estado liberal, também chamado por alguns de Estado constitucional, é o que vai procurar com a maior eficiência de hoje conhecida o atingimento da liberdade no sentido do não-constrangimento pessoal. É o coroamento de toda a luta do indivíduo contra a tirania do Estado. Seu pressuposto fundamental é que o máximo de bem-estar comum é atingido em todos os campos com a menor presença possível do Estado. Trata-se de uma concepção basicamente otimista. Não repudia a natureza humana no que ela tem de egoísta e ambiciosa. Pelo contrário, parte dessa constatação para afirmar que o livre jogo dos diversos egoísmos produzirá o bem-estar coletivo. Sua máxima principal está insculpida na expressão francesa “Laissez faire, laissez passer, Le monde va de lui-même” (“Deixai fazer, deixar passar, o mundo caminha por si só”)... Do Estado se espera muito pouco: basicamente que organize um exército para defender a sociedade contra o inimigo externo. Que assegure a boa convivência internamente mediante a polícia e o Judiciário, incumbidos de aplicar as leis civis e as leis penais. Celso Ribeiros Bastos. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política..** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 138-139.

A internacionalização dos direitos humanos apresenta como um dos caminhos a converter estes direitos humanos em tema de interesse da comunidade internacional. Citada por Flávia Piovesan, Kathryn Sikkink observa que “O Direito Internacional dos Direitos Humanos pressupõe como legítima e necessária a preocupação de atores estatais e não estatais a respeito do modo pelo qual os habitantes de outros Estados são tratados”.³⁹

Verifica-se que o processo de internacionalização dos direitos humanos decorre da própria necessidade da sociedade em se adaptar as conquistas de direitos além da tradicional visão jurídica interna, e, decorre assim, a importância da interação com o ordenamento jurídico internacional, a cooperação necessária conforme será exposto na sequência.

1.2 OS DIREITOS HUMANOS E A RECEPÇÃO DOS TRATADOS NO DIREITO INTERNO

Neste tópico desenvolverá a questão da inserção dos tratados de direitos humanos no direito interno e os reflexos não só na questão usual e protetiva das relações entre Estado e particulares, mas também, nas relações privadas.

Joaquín Herrera Flores ao fazer uma análise crítica dos direitos humanos leciona a necessidade de considerar várias questões relacionadas aos direitos humanos: i. repensar sobre os direitos humanos num mundo contemporâneo; ii. os direitos humanos constituem o resultado de processos de lutas pela dignidade humana; iii. Como podemos garantir os direitos humanos; iv. qual o papel da jurisdição em face das normas positivadas; v. como o

³⁹ apud Flávia Piovesan. **A universalidade** ... op. cit., p. 47.

ordenamento jurídico permite satisfazer as demandas de certeza e segurança quando há conflitos entre direitos.⁴⁰

E mais, Joaquín Herrera Flores ressalta as garantias jurídicas em razão de ter a presença do poder judiciário nos casos concretos quando se exige a ‘determinação’ do direito em questão.

Nesse momento cabe ao julgador a análise do ordenamento jurídico como um todo. Nas palavras de Joaquín Herrera Flores temos que:

Por tanto, para nosotros, lo realmente importante, no reside em cómo un conflicto se resuelve poniendo en práctica los procedimientos establecidos – aunque no podemos abandonar su conocimiento y el saber que nos permita trabajar con el derecho - . Lo importante es conocer como la situación de que se trate es “moldeada” en el marco que subyace al ordenamiento jurídico concreto en el que nos movemos. El intérprete, pues, em su consideración de “trabajador” jurídico debe conocer que con sus acciones “moldea” el marco, permitiendo con ello nuevas aproximaciones normativas a los casos que se pretendam resolver o a las reivindicaciones que se pretendan reconocer jurídicamente; y, asimismo, en su labor de “moldeador” puede facilitar la traducción a derechos de los reivindicaciones y resultados de las luchas sociales.⁴¹

Carol Proner ao mencionar a doutrina de Joaquín Herrera Flores enfatiza de como o autor ao contrário das teóricas abstratas busca com sua teoria crítica e contextualizada dos direitos humanos trabalhar justamente o caso concreto das relações sociais, invertendo a frase atribuída a Hegel, que sem a teoria não se confirma os direitos.⁴²

Demonstra Joaquin Herrera Flores quanto às normas jurídicas não estão por acaso, tampouco são vontades abstratas do legislador, mas, a maneira que as normas jurídicas devem sempre estar atentas à necessidade ou à satisfação da própria sociedade, ou seja, é um produto cultural marcado por uma correlação de poder e interesses sociais.⁴³

Portanto, ao fazer menção de sociedade nitidamente engloba a questão da convivência.

⁴⁰ HERRERA FLORES, Joaquín. Premisas de una teoría crítica del derecho. In: **Teoria Crítica dos Direitos Humanos**. Coordenadores: Carol Proner e Oscar Correias. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 15-18.

⁴¹ HERRERA FLORES, Joaquín. Op. cit. p. 22.

⁴² PRONER, Carol. *Reinventando Los Derechos Humanos*: El legado de Joaquín Herrera Flores. In: **Teoria Crítica dos Direitos Humanos**. Coordenadores Carol Proner, Oscar Correias. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p 27.

⁴³ Idem, p. 34.

Franz Hinkelammert ao discorrer sobre a necessária ética da convivência apresenta a paródia de Tão Te King de Lao Tse: “Uma puerta bien cerrada no es la que tiene muchas cerraduras, sino la que no puede ser abierta”. E a partir deste pensamento amolda-se a questão para a convivência, afirmando que ‘uma casa’ é segura e tem portas e janelas, mas sem fechaduras, é segura porque os habitantes daquela casa vivem em convivência harmônica com os habitantes de outras casas daquela vizinhança, logo, a casa é segura mesmo sem ter fechaduras.⁴⁴

Assim, a ética de convivência não é uma ética de normas, ao contrário, implica em normas, as normas da convivência em sociedade.⁴⁵

Ressalvadas as questões, importante demonstrar se há proteção dos direitos humanos no ordenamento pátrio e qual a eficácia jurídica dos direitos humanos, em especial em face das relações privadas, vez que inicialmente tem-se a ideia protetiva de direitos humanos voltada apenas aos Estados, no entanto, parte da doutrina chama atenção para a chamada moralidade globalizada.

Estefânia Barboza exemplifica a posição de Michael J. Perry que “a moralidade dos direitos humanos se tornou uma moralidade verdadeiramente global”.⁴⁶

Com isso, entende-se que a questão de direitos humanos após a Segunda Guerra Mundial, passou por uma necessária reconstrução da reafirmação do valor da pessoa humana.⁴⁷

Insta salientar que houveram outros movimentos desenvolvidos em países que não estavam diretamente ligados à Segunda Guerra Mundial. Antonio Carlos Wolkmer aponta que em termos de América Latina, a

⁴⁴ HINKELAMMERT, Franz. Uma porta bem fechada não é a que tem muitas fechaduras, mas sim aquela que pode ser aberta (TRADUÇÃO LIVRE). *Lo indispensable es inútil – sobre la ética de la convivencia*. In: **Teoria Crítica dos Direitos Humanos**. Coordenadores Carol Proner, Oscar Correias. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 27.

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 131.

⁴⁷ FERNANDES, Elizabeth Alves. **Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. Diálogos Contemporâneos**. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 230.

Revolução Cubana ocorrida em 1959, também influenciou de maneira significativa no avanço dos direitos humanos no Brasil.⁴⁸

Com isso, a questão de proteção aos direitos humanos desenvolve uma crescente valoração por parte dos ordenamentos internos de cada estado. “Teve início assim, uma segunda fase, de internalização dos direitos humanos, mas que a responsabilidade primária de proteção da pessoa humana ainda caberia ao próprio Estado, pois os legames de causalidade das violações de direitos humanos ainda estavam cerrados dentro do Estado.”⁴⁹

Boaventura de Sousa Santos entende que “a globalização é o processo pelo qual determina condição ou entidade local estende a sua influencia a todo o globo e, ao fazê-lo, desenvolve a capacidade de designar como outra condição social ou entidade rival”.⁵⁰

Ainda o autor Boaventura de Sousa Santos alerta para a complexidade dos direitos humanos que podem ser concebidos por um ‘localismo globalizado’, como cosmopolitismo ou como globalização hegemônica ou ainda globalização contra-hegemônica.

Os direitos humanos passaram a ser vistos e protegidos numa esfera mais ampla, albergando a noção de que os direitos humanos têm seu caráter de temporalidade, e não de temporariedade, e, portanto, exigindo adaptações a realidades novas, incluindo a moldagem de novos instrumentos de resguardo e efetivação.⁵¹

José Afonso da Silva preleciona:

o reconhecimento dos direitos fundamentais do homem em enunciados explícitos nas declarações de direitos, é coisa recente, e está longe de se esgotarem suas possibilidades, já que a cada passo na etapa da evolução da Humanidade importa na conquista de novos direitos. Mais que conquista, o reconhecimento desses direitos caracteriza-se como reconquista de algo que, em termos primitivos, se perdeu, quando a sociedade se dividira em proprietários e não proprietários.⁵²

⁴⁸ WOLKMER, Antonio Carlos. BATISTA, Anne Caroline. **Direitos humanos e processos de lutas na perspectiva da interculturalidade**. In: Teria crítica dos direitos humanos. Coordenadores: Carol Proner e Oscar Correias. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 139.

⁴⁹ Idem. p. 236.

⁵⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A concepção multicultural** ... op. cit.

⁵¹ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.p. 86.

⁵² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. P. 147.

A questão da internacionalização dos direitos humanos reforça a doutrina de Marcelo Figueiredo, portanto, a existência de normas internas e internacionais de proteção dos Direitos Humanos ainda que pareçam similares, uma não anula a outra, ao contrário, pois, em níveis de proteção diferentes, o que se espera são interpretações adequadas para como aplicar tais regras⁵³.

A ideia de proteção dos direitos humanos não mais está reservada a uma noção de jurisdição doméstica, ao contrário, a concepção contemporânea de direitos humanos acarreta duas consequências importantes, conforme ensina Flávia Piovesan: “1. A revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, que passa a sofrer um processo de relativização, na medida em que são admitidas intervenções no plano nacional em prol da proteção de direitos humanos; 2. A cristalização da ideia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de Direito.”⁵⁴

Na lição de André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros:

Em termos de Ciência Política, tratou-se apenas de transpor e adaptar ao Direito Internacional a evolução que no Direito Interno já se dera, no início do século, do Estado-Polícia para o Estado-Providência. Mas foi o suficiente para o Direito Internacional abandonar a fase clássica, como o Direito da Paz e da Guerra, para passar à era nova ou moderna da sua evolução, como Direito Internacional da Cooperação e da Solidariedade.”⁵⁵

Com a noção de proteção também buscou evidenciar a dignidade da pessoa humana como fundamento dos direitos humanos, incorporada nos tratados e declarações de direitos humanos.

A dignidade da pessoa humana é um princípio construído pela história, visivelmente percebido após as atrocidades cometidas nas duas grandes guerras mundiais.

A percepção das violações aos básicos direitos do ser humano trouxe uma perspectiva central de quão importante deve ser a proteção da dignidade

⁵³ FIGUEIRERO, Marcelo. Diálogo interjurisdicional entre tribunais nacionais e internacionais. In: **Direitos fundamentais e Jurisdição Constitucional**. Organizadores Clèmerson Merlin Clève e Alexandre Freire. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 723.

⁵⁴ PIOVESAN, Flávia. **A universalidade** ... op. cit. p. 48.

⁵⁵ apud Flávia Piovesan. André Gonçalves Pereira e Fausto Quadros. **Manual de Direito Internacional Pública**, 3 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p.661.

humana, trazendo um processo de normatização de princípios necessários com a consequente valoração da pessoa.

Nos dizeres de Flávia Piovesan:

a dignidade da pessoa humana formalizada enquanto princípio, encontra-se como princípio matriz da Magna Carta, servindo-se de elemento orientador da interpretação das normas edificadoras dos direitos e garantias fundamentais, provocando nesse sentido, a análise da exigência ética no atuar jurisdicional em toda a sistemática jurídica brasileira.⁵⁶

Segundo Leo Van Holthe:

A dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental e, com tal, deve ser harmonizado (princípio da concordância prática ou da harmonização) com os demais princípios constitucionais, apesar de sua inquestionável supremacia valorativa. Com isso se quer dizer que o princípio da dignidade da pessoa humana não é absoluto, devendo necessariamente ser relativizado e submetido a um juízo de ponderação no caso concreto.⁵⁷

Em que pese não haver posições doutrinárias contrárias quanto a importância do princípio da dignidade da pessoa humana e entender que tal princípio é vital para a concretização de um ordenamento jurídico embasado nos ditames de um Estado Democrático de Direito, na prática ainda paira um grande espaço entre a ficção e a efetividade real deste princípio.

Neste diapasão, Ricardo Maurício Freire Soares:

A dignidade da pessoa humana está disposta como o primeiro valor fundamental de toda a sistemática constitucional, é dizer, encontra-se como uma verdadeira guardião dos direitos fundamentais, direcionando o intérprete à busca da concretização dos valores essenciais para a existência de uma efetiva vida digna.⁵⁸

Para Leo Van Holthe, “dos princípios fundamentais do Estado brasileiro constituídos no art. 1º da Carta Magna, destaca-se o princípio da dignidade da

⁵⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 54.

⁵⁷ HOLTHE, Leo Van. **Direito Constitucional**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 82-83.

⁵⁸ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. Em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010. p.146.

pessoa humana como valor jurídico de maior hierarquia axiológica do nosso ordenamento constitucional (ao lado, apenas, do direito à vida).”⁵⁹

Há doutrinadores que entendem o princípio da dignidade humana como valor supremo do Estado Democrático de Direito⁶⁰.

Bernardo Gonçalves Fernandes e Renan Sales de Meira alertam para a utilização do princípio da dignidade humana:

Ocorre que, ao supervalorizar esse fundamento da República Federativa do Brasil (dignidade da pessoa humana), que também é uma garantia fundamental, muitos juristas não percebem que estão diminuindo a força normativa do princípio. Na tentativa de valorizá-lo, culminam por esvaziá-lo de sentido, na medida em que é utilizado em todo e qualquer discurso retórico, diminuindo assim, o aspecto de trunfo que deveria ter uma discussão judicial.⁶¹

E, assim, neste sentido, os autores visualizando a noção de compreender tal princípio, defendem a concepção de dignidade da pessoa humana – baseada nos ensinamentos de Ronald Dworkin – que visa conciliar os direitos fundamentais da igualdade e da liberdade.⁶²

Com isso, ao analisar o princípio da dignidade humana, verifica-se na doutrina⁶³ que não há como fazer um estudo ou até mesmo uma simples explanação sem adentrarmos na questão da igualdade e liberdade.

Neste sentido, Ronald Dworkin, inspirado em ideias humanistas, busca fundamentar a dignidade da pessoa humana em uma dupla dimensão, caracterizadas pelos princípios: o do valor intrínseco de cada ser humano e o da responsabilidade pessoal pela vida que planeja.

Quanto ao princípio chamado por Dworkin de “the principle of intrinsic value”, tem-se que se deve reconhecer a que cada projeto de vida individual é igualmente importante; logo, cada pessoa tem um projeto que almeja para sua vida, e esse deve ser respeitado.⁶⁴

⁵⁹ HOLTHER, Leo Van. Op.cit. p. 81.

⁶⁰ SILVA, José Afonso da. **A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia**, in: Revista de Direito Administrativo, vl. 212, 1998. p.89-84.

⁶¹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves, MEIRA de, Renan Sales. **Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. Diálogos Contemporâneos**. Salvador: Juspodivm. 2013. p. 47.

⁶² Op. cit., p. 46.

⁶³ PIOVESAN, Flávia. **A universalidade** ... op.cit. p. 55-57.

⁶⁴ Apud Estefânia Maria de Queiroz Barboza. **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica: Fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo. Saraiva, 2014. p. 129-131.

No que diz respeito ao segundo princípio, chamado por Ronaldo Dworkin de “the principle of personal responsibility” – diz respeito à liberdade do indivíduo para a escolha de seu plano existencial, assim como dos meios que irá empregar para realiza-lo.⁶⁵

O discurso dos direitos humanos nasce da necessidade de reconciliação humana, da reconstrução, da reafirmação do valor da pessoa humana, em contraposição à sua banalização durante a Segunda Guerra Mundial.⁶⁶

A Segunda Guerra Mundial representou ruptura com os direitos que eram protegidos por meio de constituições nacionais. Teve início uma segunda fase, de internalização dos direitos humanos, com a responsabilidade primária de proteção da pessoa humana ainda caberia ao próprio Estado, pois os legames de causalidade das violações de direitos humanos ainda estavam cerrados dentro do Estado.⁶⁷

Diante da “negação do valor da pessoa humana como valor fonte do direito”, passou a emergir nos dizeres de Flávia Piovesan a necessidade de reconstrução dos direitos humanos, como referencial e paradigma ético que aproxime o Direito da Moral.⁶⁸

Nesta linha de pensamento, Alexy afirma que “direitos humanos são direitos morais”⁶⁹

Ainda no entendimento de Alexy:

direitos morais podem, simultaneamente, ser direitos jurídico-positivos; sua validade, porém, não pressupõe um positividade. Para a validade ou existência de um direito moral basta que a norma, que está na sua base, valha moralmente. Uma norma vale moralmente quando ela, perante cada um que está na sua base, valha moralmente. Uma norma vale moralmente quando ela, perante cada um que aceita uma fundamentação racional, pode ser justificada.⁷⁰

⁶⁵ Idem.

⁶⁶ FERNANDES, Elizabeth Alves. **Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**. Diálogos Contemporâneos. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 230.

⁶⁷ op. cit., p. 236.

⁶⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos ...** op. cit., p. 129.

⁶⁹ apud Giovani Mendonça Lunardi. **A fundamentação moral dos direitos humanos**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-49802011000200007&script=sci_arttext>. Acesso em: 15/08/2014.

⁷⁰ Idem.

Neste diapasão não há como dissociar os direitos humanos do fundamento básico da dignidade humana.

Tem-se que a dignidade humana é um princípio, o princípio da dignidade humana, e ainda que possa ter significados distintos e sem um consenso geral, tem sido o fundamento universal para caracterizar a fundamentalidade material dos direitos humanos e fundamentais.⁷¹

A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, marco da concepção contemporânea dos direitos humanos; a Convenção de Direitos Civis e Políticos de 1966, a Convenção Internacional de direitos econômicos, sociais e culturais já trazia a questão da moralidade nos direitos fundamentais, vez que estabelecem a dignidade inerente à pessoa humana como um de seus fundamentos.

A Declaração Universal de Direitos Humanos consigna em seu preâmbulo que “(...) o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.”

A Constituição Federal de 1988, artigo I, inciso III, faz menção expressa a dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito.

Desta forma, percebe-se a projeção da pessoa humana ante o Estado, demonstrando que o ordenamento jurídico trouxe o reconhecimento do ser humano como critério de legitimidade da atividade estatal.

Assim, ao falarmos de inserção de tratados internacionais e em especial de tratados de direitos humanos, necessariamente, temos que nos reportar ao artigo 5º e parágrafos da Constituição Federal de 1988, pois conforme mencionado retrata a valorização inicial de direitos não positivados.

Luiz Edson Fachin reforça a ideia de que foi a partir da Magna Carta de 1988 que “engendrou-se no plano jurídico uma alentada preocupação com a temática dos direitos fundamentais e humanos: quiçá nunca fora visto no país um texto constitucional que, a *priori*, privilegiasse abertamente tais garantias e direitos.”⁷²

⁷¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes** ... op. cit, p. 132.

⁷² FACHIN, Luiz Edson. Notas para um ensaio sobre a posição jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil após a reforma constitucional. In: **Teoria crítica**

Dispõe o artigo 5º, parágrafo 2º da Carta Magna que "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Antonio Carlos Malheiros menciona que os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos têm, por isso, o que chamam de *efeito aditivo*, pois podem acrescentar ao parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.⁷³

Com isto, há o entendimento de que os tratados de direitos humanos não "incorporam" a Lei Maior, no entanto, eles complementam o rol dos direitos e garantias fundamentais, pertencendo ao "bloco de constitucionalidade".⁷⁴

Verifica-se na prática que com o gradual afastamento do regime militar antes vivido no Brasil (1964) que a Constituição Federal de 1988 abriu espaço para uma relevante instrumentalização de proteção dos direitos fundamentais (plano interno) e direitos humanos (plano internacionalização).⁷⁵

Diante deste entendimento, assim como não se declara a inconstitucionalidade de direitos e garantias fundamentais, a mesma situação se estende no tocante aos tratados de direitos humanos, sendo eles cláusula pétrea, portanto, não passíveis de abolição do sistema sequer pela via de emenda à Constituição, mas, perfeitamente possível o controle de convencionalidade⁷⁶ destes tratados.

Melina Fachin propaga que a Magna Carta de 1988 mostra a ruptura com a ordem totalitária no Brasil, trazendo uma abertura na proteção dos direitos fundamentais, não só no âmbito interno, mas também no âmbito internacional com a ratificação dos principais tratados sobre a matéria.⁷⁷

Nos dizeres de Valério Mazzuoli "o desenvolvimento da sociedade internacional e a intensificação das relações internacionais fizeram despontar o

dos direitos humanos. Coordenadores: Carol Proner e Oscar Correias. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 153.

⁷³ Apud Valério de Oliveira Mazzuoli, no julgamento do habeas corpus nº 637.569-3, da 3ª Câmara do 1º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo. p. 119.

⁷⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional** ... op. cit., p. 120.

⁷⁵ FACHIN Luiz Edson. **Midia e Poder Judiciário; entre transparência e coerência – ideias para um ensaio preliminar.** Disponível em: <www.revistas.usp.br/revusp/article/download/87819/90741>. Acesso em: 14/01/2016.

⁷⁶ Controle de convencionalidade a ser abordado no capítulo 3.

⁷⁷ FACHIN, Melina Girardi. **Direitos Humanos** ...op. cit., p. 486.

interesse pelo estudo dos tratados internacionais, atualmente considerados a fonte mais concreta e importante do Direito Internacional Público”⁷⁸.

Ensina ainda o autor Valério Mazzuoli que com os tratados internacionais, passa-se a valorizar os atos internacionais celebrados entre Estados ou entre estes e certas organizações internacionais, deixando de lado o estudo do direito costumeiro.⁷⁹

Esta visão deu-se em decorrência da intensificação da solidariedade internacional, com o aparecimento dos chamados tratados multilaterais, Valério Mazzuoli cita as explicações de Paul Reuter:

crescente solidariedade que se estabeleceu entre os diversos elementos da sociedade internacional: a solidariedade mecânica que existe entre os Estados é de tal natureza que toda mudança dos elementos altera o equilíbrio do poder dentro da totalidade do sistema; por sua vez, a solidariedade dos interesses gerais da humanidade requer que os problemas sejam atacados de forma comunitária e simultânea; e, por último, também se deve levar em conta a solidariedade dos indivíduos no desenvolvimento da cultura e da opinião pública.”⁸⁰

Francisco Rezek apregoa o conceito de tratado como sendo todo acordo formal entre os sujeitos de Direito Internacional Público visando produzir efeitos jurídicos.⁸¹

O legislador brasileiro, nos dizeres de Francisco Rezek, leva os leitores a utilizar a terminologia de tratados e de convenções, como sinônimas, e lembra que há outros termos utilizados⁸² como convenção, declaração,

⁷⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 162-163.

⁷⁹ Idem.

⁸⁰ Apud Valério Mazzuoli. Paul Reuter. *Introducción al derecho de los tratados*, 1ª Ed. (em espanhol). Trad. Eduardo L. Suárez. México. Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 13. op. cit. 165.

⁸¹ REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. Curso Elementar. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 24.

⁸² Cf. Valério Mazzuoli, a) tratado refere-se a expressão genérica por natureza, eleita pela Convenção de Viena de 1969 para designar todo acordo internacional, bilateral ou multilateral, de especial relevo político, qualquer que seja sua denominação específica; b) convenção, expressão que começou a ser empregada no sentido atual a partir da proliferação dos congressos e conferências internacionais, nos quais matérias da maior relevância para a sociedade internacional passaram a ser frequentemente debatidas, dando à luz atos internacionais criadores de normas gerais de Direito Internacional Público, demonstrativos da vontade uniforme das partes em assuntos de interesse geral. A expressão convenção conota então aquele tipo de tratado solene (e multilateral) em que a vontade das partes não é propriamente divergente, como ocorre nos chamados tratados-contrato, mas paralela e

protocolo, convênio, ajuste, acordo e ato que demonstram uma variedade de atos jurídicos internacionais de maior ou menor alcance, podendo ser bilateral⁸³, multilateral⁸⁴ ou ainda coletivo.

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, tratado dos tratados é um dos mais importantes documentos produzidos na seara

uniforme, ao que se atribui o nome de tratados-lei ou tratados normativos, dos quais são exemplos as convenções de Viena sobre relações diplomáticas e consulares, as de Genebra sobre direito humanitário etc.; c) pacto, trata-se de terminologia utilizada no acordo constitutivo do Pacto da Sociedade das Nações de 1919. Na atualidade a expressão tem sido utilizada para restringir o objeto político de um tratado, do qual é exemplo o Pacto de Aço celebrado em Berlim em 1939. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) é a convenção apelidada de pacto de San José da Costa Rica; d) acordo, comumente emprega-se a expressão para designar tratados de natureza econômica, financeira, comercial ou cultural, podendo, contudo, dispor sobre segurança recíproca, projetos de desarmamento, questões sobre fronteiras, arbitramento, questões de ordem política etc. entende-se por atos bilaterais ou multilaterais; e) acordo por troca de notas, utilizado para assuntos de natureza geralmente administrativa, bem como para alterar ou interpretar cláusulas de atos já concluídos; f) acordo em forma simplificada ou acordo executivo, também conhecidos pela expressão americana *executive agreements* que designa a aqueles tratados concluídos pelo Poder Executivo sem o assentimento do Poder Legislativo. São concluídos por troca de notas diplomáticas, troca de correspondências, ou outro procedimento similar, sendo sua assinatura, em regra, suficiente para obrigar o Estado. O desenvolvimento desses acordos se deu principalmente nos EUA, onde se deseja cada vez mais fugir ao controle do Senado; h) carta expressão utilizada para estabelecer os instrumentos constitutivos de organizações internacionais, podendo também ser empregada para tratados solenes que estabeleçam direitos e deveres para os Estados-partes e cita como exemplo da primeira modalidade, a Carta das Nações Unidas, de 1945 e a Carta da Organização dos Estados Americanos, 1948; i) protocolo empregado para nomear acordos subsidiários ou que mantêm ligação lógica com um tratado anterior. Mas nada impede que o protocolo seja um acordo desvinculado de qualquer outro tratado, uma vez que a terminologia dos atos internacionais não tem qualquer interesse, a não ser sob o ponto de vista prático; j) ato ou ata, terminologia utilizada, há alguns anos atrás, para designar as resoluções sobre assistência mútua e solidariedade americana, conhecida por ato de Chapultepec, firmado em 1945 (México). op. cit. p.169 et seq.

⁸³ Cf. Valério Mazzuoli, contratos bilaterais são aqueles celebrados apenas entre duas partes-contratantes ou entre vencedores e vencidos. Podem ser celebrados entre dois Estados ou entre um Estado e uma organização internacional, ou ainda, entre duas organizações internacionais. Ressalva ainda que tratados concluídos entre Estado e organização internacional ou entre tais organismos internacionais – não há que se pensar em multilateralidade por serem essas organizações compostas de vários Estados. A bilateralidade do ato se exprime sempre entre as suas duas partes, sendo uma delas a organização internacional, que figura como sujeito único e indivisível à luz do direito das gentes, ainda que dela façam parte uma multiplicidade de Estados. Ex. Tratado de Versalhes, 1919, entre os vencedores e vencidos na Primeira Guerra (multipartite). op.cit. p. 169 et seq.

⁸⁴ Cf. Valério Mazzuoli, contratos multilaterais são os tratados celebrados por mais de duas partes, ou seja, entre três ou mais partes, com base nas suas estipulações ou nas estipulações de um instrumento conexo, aberto à participação de qualquer Estado, sem restrição. Atualmente, duas novas modalidades de tratados multilaterais passaram a ter destaque na arena internacional, demandando breve análise. A primeira delas, ainda não positivada em norma escrita de Direito Internacional, cuida do chamado de *umbrella treaty* (tratado guarda-chuva), que é um tratado amplo que não se prende em regular completamente determinada questão jurídica, mas apenas instituir as grandes linhas mestras da matéria que lhe deu origem, demandando complementação por meio de outros tratados internacionais concluídos sob a sua sombra. Uma segunda modalidade de tratado multilateral moderno, que já encontra posituação em textos normativos internacionais, trata do que se denomina tratado-quadro ou convenção-quadro. op.cit. p. 169 et seq.

internacional, além dos conjuntos de regras gerais, buscou regular o desenvolvimento de matérias ainda não consolidadas.

No Brasil somente em 2009, ou seja, após 40 anos da vigência da Convenção de 1969 houve a ratificação formal⁸⁵, porém a doutrina aponta que o Itamaraty (de forma oficial) sempre pautou sua atividade na negociação de tratados, como sendo costume positivado.

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, marco importante para a codificação do direito internacional público, em seu art. 2º . 1, “a”, define o tratado como sendo “um acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, quer conste de um documento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação particular”.⁸⁶

Em que pese a Convenção de Viena de 1969 ter previsto apenas os acordos entre Estados, com a Convenção de 1986 sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, fez ampliar a visão e possibilitar que as Organizações Internacionais como pessoas jurídicas de direito internacional público, com capacidade de firmar tratados e convenções, com a diferença de que aos Estados é permitido celebrar tratados sobre quaisquer matérias, enquanto que as organizações internacionais devem celebrar tratados somente quanto às matérias relacionadas às suas finalidades precípuas.⁸⁷

Assim, considerando as várias particularidades dos tratados, temos deveres e direitos entre os signatários; capacidade dos agentes; consentimento mútuo; objeto lícito e possível; fórmula escrita, ratificação; publicação e registro.

Portanto, dentre os requisitos apontados, um dos mais relevantes é o consentimento mútuo, pois, não há como ignorar que qualquer tratado só

⁸⁵ “DECRETO LEGISLATIVO Nº 496, DE 2009: Aprova o texto da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em Viena, em 23 de maio de 1969, ressalvados os arts. 25 e 66. O Congresso Nacional decreta: Art. 1º Fica aprovado o texto da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em Viena, em 23 de maio de 1969, ressalvados os arts. 25 e 66. Parágrafo único. Ficam sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que impliquem revisão da referida Convenção e de seu Anexo, bem como quaisquer atos que, nos termos do inciso I do caput do art. 49 da Constituição Federal, acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.”

⁸⁶ MAZZUOLI, Valério. Op. cit., p. 169 et seq.

⁸⁷ Idem.

poderá ser concluído após a manifestação dos Estados partes interessados, com isso, jamais será imposto.

No que diz respeito ao direito internacional de Direitos Humanos não é diferente, tem em seu bojo a promoção do respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais universalmente reconhecidas.⁸⁸

André de Carvalho Ramos cita que a “internacionalização dos direitos humanos consolidou a interpretação universal desses direitos, não mais aplicados ao sabor das idiossincrasias nacionais”.⁸⁹

A Carta de São Francisco, tratado internacional criador da Organização das Nações Unidas em 1945, aponta como sendo o marco histórico da comunidade internacional em reconhecer e fazer respeitar os direitos humanos no mundo.⁹⁰

O reflexo da abertura da internacionalização dos direitos humanos verifica-se com a própria inserção do Estado brasileiro na órbita e na visão global protetiva dos direitos humanos, uma necessidade inclusive de afirmar o Estado Democrático em que vivemos.

Ademais, vale mencionar as palavras de Antonio Cançado Trindade:

nos tratados e instrumentos de proteção internacional dos direitos da pessoa humana, “ a reciprocidade é suplantada pela noção de garantia coletiva e pelas considerações de *ordre public*. Tais tratados incorporam obrigações de caráter objetivo, que transcendem os meros compromissos recíprocos entre as partes. Voltam-se, em suma, à salvaguarda dos direitos do ser humano e não dos direitos dos Estados, na qual exerce função-chave o elemento do ‘interesse público’ comum ou geral superior. Toda a evolução jurisprudencial quanto à interpretação própria dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos encontra-se orientada nesse sentido. Aqui reside um dos traços marcantes que refletem a especificidade dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos”.⁹¹

⁸⁸ VILLÁN DURÁN, Carlos. **Curso de Derecho Internacional de los derechos humanos**. Madrid: Trotta, 2002.

⁸⁹ RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.2.

⁹⁰ Idem.

⁹¹ TRINDADE, A.A. CANÇADO. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Editor Sergio Antonio Fabris, 1997, Vol.1. p. 290. (A Proteção Internacional dos Direitos Humanos. Fundamentos jurídicos e Instrumentos Básicos. São Paulo. Ed. Saraiva, 1991, p. 10-11).

Portanto, a questão dos tratados internacionais ostenta a ideia não só do desenvolvimento da sociedade internacional, mas também da intensificação das relações internacionais.

À luz do raciocínio exposto anteriormente, tem-se como os direitos humanos passaram a ser valorados internacionalmente numa visão global.

Nos dizeres de Flávia Piovesan, “os indivíduos passam a ter direitos acionáveis e defensáveis no âmbito internacional. Assim, o universo de direitos fundamentais se expande e se completa, a partir da conjugação dos sistemas nacional e internacional de proteção de direitos humanos.”⁹²

Cançado Trindade afirma que “com a interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno, os grandes beneficiários são as pessoas protegidas.”⁹³

Desta forma, a história por esta busca universal na efetivação dos Direitos Humanos e tendo o parâmetro deste trabalho, a Declaração Universal⁹⁴ dos Direitos Humanos de 1948, tem-se a consequência básica em visualizar um sistema global e tutelar dos direitos com a reconstrução⁹⁵ dos direitos humanos.

⁹² PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.261-262.

⁹³ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos**. Arquivos do Ministério da Justiça. Brasília, v. 46, n. 182, jul/dez 1993.

⁹⁴ Cf. Flávia Piovesan, a Declaração Universal, em si mesma, não apresenta força jurídica obrigatória e vinculante. Nessa visão, assumindo a forma de declaração (e não de tratado), vem a atestar o reconhecimento universal de direitos humanos fundamentais, consagrando um código comum a ser seguido por todos os Estados. (**Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 215).

⁹⁵ Diz-se reconstrução, pois, cf. Augusto Trindade já em 1612 que traz a visão de Suárez (autor do tratado *De Legibus ac Deo Legislatore*, 1612), o direito das gentes revela a unidade e universalidade do gênero humano; os Estados têm necessidade de um sistema jurídico que regule suas relações, como membros da sociedade universal. Foi, no entanto, o grande mestre Salamana, Francisco de Vitoria, quem deu uma contribuição pioneira e decisiva para a noção de prevalência do Estado de Direito: foi ele quem sustentou, com rara lucidez, em suas aclamadas *Relecciones Teológicas* (1538-1539), que o ordenamento jurídico obriga a todos – tanto governados como governantes, -e, nesta mesma linha de pensamento, a comunidade internacional (*totus orbis*) prima sobre o arbítrio de cada Estado individual. E ainda, traz a concepção de Francisco Vitoria, que o direito das gentes regula uma comunidade internacional constituída de seres humanos organizados socialmente em Estados e coextensiva com a própria humanidade; a reparação das violações de direitos humanos reflete uma necessidade internacional atendida pelo direito das gentes, com os mesmos princípios de justiça aplicando-se tanto aos Estados como aos indivíduos ou povos que os formam. (Os indivíduos como sujeitos de direito internacional – disponível em: http://www.ibdh.org.br/ibdh/revista_12.asp. acesso em 31.05.2015). Ainda há de ressaltar a crítica que faz Larissa Ramina, pois os autores Francisco de Vitória (1480-1546) e Francisco Suárez (1548-1617), tidos como os precursores da chamada “Escola do direito da natureza e das gentes”, na verdade estes autores tinham como preocupação de conferir um fundamento jurídico à conquista do Novo Mundo, um alicerce

Abre-se um novo cenário. Na terminologia de Hannad Arendt, o direito a ter direitos⁹⁶.

É a partir da ideia de reconstrução dos direitos humanos, do pós-guerra, que houve a percepção dos Estados na importância de uma proteção internacional, haja vista a proteção interna de cada Estado ser ineficaz, trazendo em pauta, inclusive, a possibilidade de responsabilização do Estado violador ou até mesmo insuficiente na tutela dos direitos.⁹⁷

Augusto Cançado Trindade enfatiza que “o Estado – hoje se reconhece – é responsável por todos os seus atos – tanto *jure gestionis* como *jure imperii* – assim como por todas as omissões.”⁹⁸

Assim, considerando tratar-se de uma reconstrução, conforme mencionado, a Declaração Universal de 1948 é um documento tido como o marco inicial desta tutela universal.

Neste ponto, conforme Larissa Ramina, com o declínio da chamada “sociedade internacional clássica”⁹⁹ surge a necessidade de novas formas de cooperação internacional, temos a reconstrução do direito internacional pós-Vestefaliano.¹⁰⁰

Adveio a criação das Nações Unidas em 1945, organizada em vários órgãos¹⁰¹, e posteriormente a Declaração Universal dos Direitos Humanos em

ideológico do caráter eurocêntrico do direito internacional. (Larissa Ramina, **O Direito e a ordem internacional no século XXI: complexidades e reflexões na contemporaneidade**). No prelo.

⁹⁶ ARENDT, Hanna. **Origens do Totalitarismo**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_arendt_origens_totalitarismo.pdf>. Acesso em: 11.12.2015.

⁹⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos** ... op. cit., p. 177.

⁹⁸ TRINDADE, A. A. Cançado. **Os indivíduos como sujeitos de direito internacional**. No prelo.

⁹⁹ Cf. Larissa Ramina, a sociedade internacional clássica conformou-se no momento da assinatura dos tratados que constituem a Paz de Vestefália. A Paz de Vestefália funcionou como uma espécie de divisor de águas entre a Idade Média, centrada no poder da igreja, e a sociedade internacional clássica, centrada no conceito de soberania dos Estados, em que o Estado passa a ser o ponto de referência das relações internacionais. **O Direito e a ordem internacional no século XXI: complexidades e reflexões na contemporaneidade**. No prelo.

¹⁰⁰ RAMINA, Larissa. Op.cit.

¹⁰¹ Apud Flávia Piovesan que traz Steiner e Alston em que classificam os órgãos das Nações Unidas em dois grupos: 1. Os órgãos criados pela Carta das Nações Unidas (a Assembleia Geral, o Conselho de Segurança, o Conselho Econômico e Social, o Conselho de Tutela, a Corte Internacional de Justiça e o Secretariado e 2. Abarcaria os criados por outros tratados internacionais, tais como o Comitê de Direitos Humanos. idem, p. 184.

1948, trazendo uma nova estrutura da qual se visualiza o início da consolidação moderna do Direito Internacional dos Direitos Humanos.¹⁰²

A Declaração Universal de 1948, ainda que não traga em tese a obrigatoriedade¹⁰³ em observá-la, “serve de bússola a guiar com seu legado o contínuo aprimoramento dos sistemas internacionais e também nacionais de proteção dos direitos.”¹⁰⁴

Nos dizeres de Valério de Oliveira Mazzuoli:

O Direito vai deixando de *somente* regular questões internas para *também* disciplinar atividades que transcendem os limites físicos dos Estados, criando um conjunto de normas capazes de realizar esse mister. Esse sistema de normas jurídicas (dinâmico por excelência) que visa disciplinar e regulamentar as atividades exteriores da sociedade dos Estados (e também, atualmente, das Organizações Internacionais e dos próprios indivíduos) é o que se chama de *Direito Internacional Público* ou *Direito das Gentes*.¹⁰⁵

Doutrinadores apontam a Declaração Universal dos Direitos Humanos inicialmente como um valor meramente moral e de parâmetro em determinadas questões. A sua obrigatoriedade foi consagrada pela Ata Final da Conferência Internacional sobre Direitos Humanos, celebrada em Teerã (1968), ao aclarar que a “Declaração (de 1948) enuncia uma concepção, comum a todos os povos, dos direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana e a declara obrigatória para a comunidade internacional”.¹⁰⁶

Melina Girardi Fachin menciona a Conferência de Teerã (1968) e a Conferência de Viena (1993) sendo que ambas vieram a validar e a fortalecer os ditames da Declaração Universal de 1948.

¹⁰² PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos** ... op. cit., p. 176.

¹⁰³ Cf. Valério Mazzuoli, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 em que pese não ser tecnicamente tratado internacional, não significa que não seja detentora de força cogente, e continua, nada impede que o termo *declaração* seja utilizado como sinônimo de tratado, podendo também ser usado para esclarecer ou interpretar uma ato internacional já estabelecido ou para proclamar o modo de ver ou de agir de um ou mais Estados sobre determinado assunto. (Curso de Direito Internacional Público, 5ª edição. Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 183).

¹⁰⁴ FACHIN, Melina Girardi. **Direitos Humanos e Desenvolvimento**. Editora Renovar. 2015. p. 37.

¹⁰⁵ MAZZUOLI, Valério Oliveira de. Op. cit., p. 44.

¹⁰⁶ ROCHA D'Angeli, Wagner. **50 anos de direitos humanos**. Disponível em: <<http://www.dedihc.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=15>>. Acesso em: 06/06/2015).

Antônio Augusto Cançado Trindade apregoa:

A primeira Conferência Mundial de Direitos Humanos (Teerã, 1968) representou, de certo modo, a gradual passagem da fase legislativa, de elaboração dos primeiros instrumentos internacionais de direitos humanos (a exemplo dos dois Pactos das Nações Unidas de 1966), à fase de implementação de tais instrumentos. A segunda Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993) procedeu a uma reavaliação global da aplicação de tais instrumentos e das perspectivas para o novo século, abrindo campo ao exame do processo de consolidação e aperfeiçoamento dos mecanismos de proteção internacional dos direitos humanos.¹⁰⁷

A Declaração Universal possibilitou a abertura de um cenário em que novos instrumentos jurídicos foram sendo produzidos a fim de “engrossar que a comunidade internacional¹⁰⁸ deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade com a mesma ênfase.”¹⁰⁹

Desta forma, percebe-se a interferência normativa no sistema jurídico interno dos Estados, e, surge a questão basilar se afeta ou não a soberania¹¹⁰ de cada Estado, vez que o Direito ultrapassa os limites territoriais rumo à um sistema de normas jurídicas com o objetivo de concatenar interesses estatais comuns e necessários para atingir interesses recíprocos.¹¹¹

Na verdade, a teoria tradicional da soberania é relativizada no sentido de que os próprios Estados admitem a existência de limitações externas ao firmarem compromissos voluntariamente.¹¹²

¹⁰⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Dilemas e desafios da proteção internacional dos direitos humanos no limiar do século XXI**. Revista Brasileira de Política Internacional, Brasília, v. 40, n. 1, jan/jun. 1997. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-73291997000100007&script=sci_arttext. Acesso em: 15/06/2015.

¹⁰⁸ Cf. Valério Oliveira Mazzuoli, a expressão comunidade internacional deve entendida como a formação de uma comunidade (*Gemeinschaft*) que estaria a pressupor um laço espontâneo e subjetivo de identidade (familiar, social, cultural, religioso etc.) entre os seus partícipes, em que não exista dominação de uns em detrimento de outros, em tudo diferindo da existência de uma sociedade (*Gesellschaft*). Para usar a fórmula clássica de Marcello Caetano, enquanto na comunidade os seus membros “estão unidos apesar de tudo quanto os separa”. **Curso de direito** ... op.cit. p. 44.

¹⁰⁹ FACHIN, Melina Girardi. **Direitos humanos** ... op. cit., p. 41.

¹¹⁰ Nota explicativa Cf. Dalmo Dalari, o conceito de soberania é uma das bases da ideia de Estado Moderno, tendo sido de excepcional importância para que este se definisse, exercendo grande influência prática nos últimos séculos. E pergunta o porquê não termos um conceito de sociedade, dando a resposta de que a essa questão JELLINEK já deu uma resposta com bastante precisão, quando este observou que o fato de a Antiguidade não ter chegado a conhecer o conceito de soberania em um fundamento histórico de importância, a saber, faltava ao mundo antigo o único dado capaz de trazer à consciência o conceito de soberania: a oposição entre o poder do Estado e outros poderes. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 75.

¹¹¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional** ... op.cit., p. 44.

¹¹² FACHIN, Melina Girardi. **Direitos humanos**...op. cit.,p. 49.

Valério de Oliveira Mazzuoli traz a noção de que não existe, ainda, nenhum órgão jurisdicional internacional em condições de obrigar os Estados, o que há na verdade, é o consentimento expresso destes para que, como no caso da Carta das Nações Unidas, possa atuar em relação as matérias ali tratadas. Assim, “a ordem jurídica da sociedade internacional difere da ordem interna estatal por estar estruturada de forma horizontal, sem conhecer poder central autônomo com capacidade de criação originária de normas e com poder de impor aos sujeitos do Direito Internacional Público o cumprimento de suas decisões”.¹¹³

O cerne da internacionalização dos direitos humanos delimita, portanto, duas questões: a limitação da soberania estatal e a proteção da pessoa humana.¹¹⁴ A Organização das Nações Unidas (ONU) resultou da necessidade de se ter uma guardiã da paz e da esperança de que fosse possível evitar erros que determinaram o fracasso da Sociedade das Nações.¹¹⁵

A ONU conhecida por ter natureza jurídica de uma *confederação* de Estados, trouxe a Carta o tratado que resultou um acordo entre Estados, “cada membro preservou sua soberania, podendo retirar-se da organização quando o desejar”.¹¹⁶

Os objetivos colocados na Carta das Nações Unidas estão expressos no artigo 1º : 1) manter a paz e a segurança internacionais; 2) desenvolver relações amistosas entre os Estados, com base no respeito aos princípios de igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos; 3) conseguir a cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanístico, bem como para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais da pessoa humana; 4) ser um centro destinado a harmonizar a ação dos Estados para a consecução dos objetivos comuns.

Com isso, verifica-se a importância dos tratados e os reflexos em relação aos direitos humanos não só na ordem jurídica interna. Nos dizeres de

¹¹³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional...** op.cit., p. 49.

¹¹⁴ FACHIN, Melina Girardi. **Direitos humanos** ... op.cit.,p. 44.

¹¹⁵ Cf. Dalmo Dalari de Abreu, a Sociedade das Nações, também designada como Liga das Nações, surgiu logo após o término da I Guerra Mundial, no entanto, vários pontos levaram ao fracasso da Sociedade, dentre eles o grande desinteresse das grandes potências, pois alinhava entre os seus membros originários apenas vinte e sete Estados independentes, demonstrando uma ineficácia total de assegurar a paz. **Elementos** ... op. cit., p. 268.

¹¹⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos** ... op.cit., p. 270.

Celso Ribeiro Bastos, “a independência dos Estados não é conflitante com a assunção de obrigações internacionais. Com efeito, hoje já é muito grande a rede de compromissos livremente assumidos a cena internacional.”¹¹⁷

Desta forma, ao abordamos tratados de direitos humanos e em especial termos a Declaração Universal dos Direitos Humanos como sendo a pilastra basilar deste caminho, fica clara a intenção da comunidade internacional em reconhecer o indivíduo como membro direto da sociedade humana, na condição de sujeito direito do Direito das Gentes, ultrapassando a mera proteção do indivíduo pertencente a determinado Estado, mas também, o indivíduo visto como cidadão do mundo.¹¹⁸

Assim, o indivíduo compõe o conceito contemporâneo de Direito Internacional, inclusive detentor de personalidade jurídica internacional¹¹⁹, uma das conquistas do processo de solidificação do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Ensina Valério de Oliveira Mazzuoli:

não há regra alguma em Direito Internacional Público proclamando *não ser* o indivíduo um sujeito do direito das gentes. Não vemos como possa ser negada a personalidade jurídica internacional dos indivíduos atualmente, principalmente levando-se em conta o ocorrido após a eclosão da Segunda Guerra, quando as pessoas passaram a ter direitos próprios, estranhos às normas endereçadas aos Estados, tendo sido dotadas, inclusive, de instrumentos processuais para vindicar e fazer valer seus direitos no plano internacional.¹²⁰

Em que pese já ter sido mencionado, a Declaração Universal (1948) numa visão legalista embora não tenha força jurídica obrigatória e vinculante¹²¹, é reconhecida como um código comum a ser observado por todos os Estados¹²² e, portanto, de observância obrigatória, inclusive, sendo base de outros documentos internacionais, o Pacto dos Direitos Civis e

¹¹⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 251.

¹¹⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos** ... op. cit., p. 196.

¹¹⁹ REZEK, Francisco José. Entende contrariamente, ou seja, os indivíduos não gozam do *status* de sujeitos do Direito Internacional, vez que sequer contribuem para a formação do acervo normativo internacional. **Direito Internacional Público**. op. cit., p. 90 et seq.

¹²⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional**... op. cit., p. 421.

¹²¹ FACHIN, Melina Giardini. **Direitos humanos** ... op. cit., p. 55.

¹²² PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos**...op. cit., p. 215.

Políticos e o Pacto dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais, ambos de 1966.

Esses dois pactos na verdade, segundo Flávia Piovesan, foram os passos da judicialização necessária a Declaração, tem assim efetivamente a *Internacional Bill of Rights* visando monitorar e tutelar os direitos humanos.¹²³

A Carta Internacional dos Direitos Humanos fortaleceu o chamado sistema global de proteção desses direitos e dentre vários benefícios, os tratados multilaterais de direitos humanos.

Neste ponto, vale enfatizar a doutrina de Jorge Miranda, ao citar a face humanizadora do Direito Internacional em três momentos: i. a definição internacional ou a consagração internacional dos direitos humanos, tendo a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948; ii. tem o seu início com a Convenção Européia de Direitos Humanos (1950) e iii. a criação da Justiça Penal Internacional com origem nos Tribunais de Nuremberg e Tóquio e, mais recentemente, nos Tribunais cometidos nos territórios da Ex-Iugoslávia e de Ruanda, com a criação do Tribunal Penal internacional.¹²⁴

Desta forma, os tratados de direitos humanos ampliam a proteção desses direitos, trabalhando ao lado da ordem jurídica interna de cada Estado, servindo de subsídios aos Estados para darem efetividade aos direitos humanos.

Portanto, os procedimentos internacionais têm natureza subsidiária, e mais, cabe aos Estados a proteção mínima dos direitos, e nunca aquém dos parâmetros internacionais.¹²⁵

Com isso, destaca que ao lado do sistema global de proteção, *Internacional Bill of Rights*, “organiza-se o sistema especial de proteção, que adota como sujeito de direito o indivíduo historicamente situado, o sujeito de direito “concreto”¹²⁶, temos os sistemas regionais de proteção: o sistema europeu, o sistema africano e o sistema americano, bem como o sistema local.

Conquanto possa ter a divisão entre sistema global, sistema regional e sistema local, na verdade devem ser vistos como um conjunto de regras, uma ampliação necessária da tutela protetiva dos direitos humanos, e não uma

¹²³ FACHIN, Melina Giardini. **Direitos humanos...** op.cit., 57.

¹²⁴ Apud Valério de Oliveira Mazzuoli. Op. cit., p. 57.

¹²⁵ PIOVESAN, Flávia. Op. cit., p. 217.

¹²⁶ PIOVESAN, Flávia. Op. cit. p. 246

separação entre os sistemas, ao contrário, reforçam o princípio da complementariedade e da maior proteção¹²⁷.

Resta afastado qualquer pretensão de haver qualquer antagonismo nestes sistemas protetivos, ao contrário, o propósito e a consequência visível é ampliar o âmbito de salvaguardar os direitos humanos.¹²⁸

O sistema global de proteção é integrado pelos instrumentos das Nações Unidas, como a Declaração Universal de Direitos Humanos, o Pacto dos Direitos Civis e Políticos, o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e as demais Convenções Internacionais.

Já o sistema regional de proteção¹²⁹, atualmente, se divide em três: o europeu, o interamericano e o africano.

Ressalta-se o sistema americano, pois, é a partir do estudo do caso concreto a ser desenvolvido no último capítulo que temos a certeza de quanto é importante esta interação entre os sistemas.

Ademais, o que deve ser lembrado, com o chamado Pós-Guerra, foi a obtenção da estrutura das primeiras instâncias internacionais, a ONU (1945) e a Declaração Universal (1948).

Há a reconstrução dos direitos humanos, com a visão de que não mais estaria tratando da questão de direitos humanos no âmbito doméstico, ao contrário, de um lado a emergência do Direito Internacional dos Direitos Humanos, do outro lado, a emergência da nova feição do Direito Constitucional ocidental, aberto a princípios e a valores.¹³⁰

Para Antonio Augusto Cançado desde a adoção da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948) e da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) há uma projeção “linear” da evolução da proteção internacional dos direitos humanos, bem como a interação com outros instrumentos voltados à proteção internacional destes direitos.

¹²⁷ FACHIN, Melina Giardini. **Direitos humanos...** op. cit. p. 425

¹²⁸ TRINDADAE, Antonio Augusto Cançado. A. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Editor Sergio Antonio Fabris, 1997, vol.1.p. 43,

¹²⁹ Cf. Melina Fachin, há ainda os embrionários sistemas árabe e asiático, **Direitos humanos...** op. cit., p. 424

¹³⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o diálogo entre jurisdições**. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 19 – jan/jun.

Neste processo de internacionalização dos direitos humanos, verifica nos tratados internacionais o intercâmbio necessário, revestido desta forma a noção globalizada dos direitos humanos.

Melina Fachin com fundamento em Augusto Trindade nos mostra a realidade a ser perseguida pelos Estados:

A responsabilidade primária pela observância dos direitos humanos recai nos Estados, e os próprios tratados de direitos humanos atribuem importantes funções de proteção aos órgãos dos Estados. Ao ratificarem tais tratados, os Estados Partes contraem a obrigação geral de adequar seu ordenamento jurídico interno à normativa internacional de proteção, a par das obrigações específicas relativas a cada um dos direitos protegidos. No presente domínio de proteção, o direito internacional e o direito interno se mostram, assim, em constante interação. É a própria proteção internacional que requer medidas nacionais de implementação dos tratados de direitos humanos, assim como o fortalecimento das instituições nacionais vinculadas à vigência plena dos direitos humanos e do Estado de Direito.¹³¹

Com isso, neste primeiro tópico restou demonstrada a importância dos tratados de direitos humanos e os reflexos na legislação interna, separada da ideia única de proteção dos particulares em face do Estado, para incidir nas relações jurídicas privadas que a seguir serem trazidas.

1.3 EFICÁCIA DOS DIREITOS HUMANOS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

A visão protetiva em decorrência da internalização dos direitos humanos, a princípio, nos remete a ideia de proteção do indivíduo em face do Estado, no entanto, temos que considerar que em decorrência da

¹³¹ Apud Melina Fachin. Antônio Augusto Cançado Trindade. **Dilemas e desafios da proteção internacional dos direitos humanos no limiar do século XXI**. Revista Brasileira de Política Internacional, Brasília, v. 40, n. 1, jan/jun. 1997. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-73291997000100007&script=sci_arttext. op. cit. p. 482.

Constitucionalização do Direito Privado¹³², o Estado atua de forma cogente em assuntos particulares com a imposição de leis, por exemplo.¹³³

As Constituições demonstram capacidade em regular de forma eficaz as relações políticas e sociais, bem como as questões entre particulares. Assim, contém regras e princípios que embasam as decisões judiciais nos casos concretos envolvendo os particulares, o que faz consolidar e garantir os objetivos propostos.¹³⁴

Pode-se dizer conforme Ana Poyal Costa que “concretamente os direitos humanos são típicas normas constitucionais – frente ao que a Alemanha denomina de *Drittwirkung*. Evidentemente, trata-se de um assunto muito complexo, pois, deve ser delimitado o marco existente, em que se faz uma necessária relação entre as liberdades públicas do indivíduo e os contemporâneos direitos sociais num Estado social e democrático.”¹³⁵

Paulo Luiz Netto Lôbo discorre o ramo do direito civil ao longo de sua história no mundo românico-germânico como o ramo do direito mais distante do direito constitucional. No entanto, os estudos mais recentes dos civilistas mostram uma realidade distinta. Na atualidade, tem-se superada a disjunção

¹³² Cf. Gustavo Tepedino faz-se necessário uma advertência quanto à adjetivação atribuída ao direito civil, pois se de um lado quer demonstrar apenas a necessidade de sua inserção no texto normativo constitucional por outro lado poderia até ser desnecessária a adjetivação, sendo que na verdade o autor ressalta que a adjetivação constitucionalização do direito privado traz ínsita a ideia de realçar que não há superposição de elementos exógenos do direito público sobre conceitos estratificados, mas uma interpenetração do direito público e privado, de tal maneira a se reelaborar a dogmática do direito civil, vez que para o autor a descodificação do direito civil pode ser vista em três fases: 1. surgiu com o Código Civil de 1916, a legislação extracodificada denominada de legislação de emergência com o fim de atender às pressões sociais em determinado momento tendo como valor fundamental o indivíduo; 2. a produção legislativa toma um robusto volume, surgindo assim um direito especial paralelo ao direito comum estabelecido pelo Código Civil; 3. Em razão da Constituição Federal de 1988 têm-se a Era dos Estatutos, com o surgimento de leis especiais, chamadas de Estatutos, legislativos, tais como a Lei de Locações, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor, trazendo nessas legislações a ideia distante de legislações especial antes elaboradas, sendo assim, a constitucionalização do direito público uma leitura do Código Civil à luz da Constituição. TEPEDINO, Gustavo. **Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: Temas de direito civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 13.

¹³³ SILVA, Aurélio Carla Queiroga da. BONFICÁCIO, Artur Cortez. Disponível em: <http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/485/460>. Acesso em 25/05/2015.

¹³⁴ COSTA, Ana Poyal. **La eficacia de los derechos humanos frente a terceros.** (Disponível em: <<http://e-spacio.unde.es/fez/eserv/bibliuned:Derechopolitico-19910340742587D7/PDF>>. Acesso em: 15/11/2015).

¹³⁵ COSTA, Ana Poyal. **La eficacia** ... op. cit. p. 191 (TRADUÇÃO LIVRE).

de direito civil e Constituição, traz a Constituição como “ápice conformador da elaboração e aplicação da legislação civil”.¹³⁶

Conforme aponta Konrad Hesse, a “Constituição não é mais apenas a ordem jurídico-fundamental do Estado, tornando-se a ordem jurídico-fundamental da sociedade”.¹³⁷

Melina Girardi Fachin menciona que o direito civil e o direito constitucional mudaram a autonomia da vontade que não é mais dogma e condição de validade, assim como foi superado o estigma de que o direito constitucional era usado como defesa em face do estado.¹³⁸

Vale ressaltar a diferença apontada por Paulo Luiz Netto Lôbo dos termos constitucionalização e publicização. Enquanto que a publicização diz respeito à redução do espaço da autonomia privada, com a crescente intervenção estatal infraconstitucional, ao passo que a constitucionalização visa submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos.¹³⁹

A problemática surge acirrada quando se trata de direitos humanos e a autonomia privada, pois, trata-se de concatenar os direitos fundamentais propriamente ditos os positivados e os direitos humanos advindos de tratados de direitos humanos, em que houve a inserção no ordenamento pátrio.

A questão envolve assim duas premissas: a relação privada e os direitos humanos, sendo que não diferencia em tese a problemática quando se fala em relações entre particulares e os direitos fundamentais, pois, na verdade, tem-se dois titulares de direitos fundamentais e contrapostos.

Neste sentido Pérez Luño manifesta a interpretação e as reflexões sobre a eficácia de direitos humanos que deve ser abordado sobre o mesmo

¹³⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal-sites/default/files/constitucionalizacao_do_direito_civil.pdf>. Acesso em: 06/11/2015.

¹³⁷ Apud Melina Girardi Fachin. **Problematizando a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: atual e sempre sobre a constitucionalização do Direito Civil**. HESSE, K. Escritos de Derecho Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1992. p. 16.

¹³⁸ FACHIN, Melina Fachin. **Problematizando a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: atual e sempre sobre a constitucionalização do Direito Civil**. In: Diálogos sobre direito civil. Organizadores Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Vol. II. p. 197.

¹³⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Op. cit.

enfoque dado aos direitos fundamentais¹⁴⁰, e mais “a eficácia e validade dos direitos humanos não se limitam as meras Declarações que antecederam ou que estão nos textos constitucionais do Estado Liberal”¹⁴¹

A clássica teoria liberal “limitava o alcance dos direitos fundamentais à regência das relações públicas, que tinham o Estado em um dos seus polos”¹⁴², hoje, no entanto, a realidade demonstra como as controvérsias que envolvem os particulares mostram uma violação ou ameaça a algum direito fundamental, com isso, demonstra a necessidade de proteger a desigualdade nas relações privadas.

Nos dizeres de Daniel Sarmiento, o tema em discussão é um dos mais estudados no Direito Constitucional comparado, inclusive trazendo à baila a constitucionalização do ordenamento jurídico, à evolução das relações entre sociedade e Estado, bem como a limitação da autonomia privada.¹⁴³

Luís Carlos Barrozo expressa “a discussão relativa à eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é apenas um reflexo, no plano jurídico, de problemas mais amplos tais como as fronteiras do poder do Estado, a capacidade emancipatória do Direito e, correlatamente, os limites e possibilidades da constituição como instrumento de transformação social.”¹⁴⁴

A chamada eficácia vertical visualiza a relação jurídica entre o Estado e os particulares e abriu espaço para a chamada eficácia horizontal, sendo um dos caminhos para buscar respostas quando no caso concreto temos titulares de direitos a princípio sob a mesma proteção.

Assim, a ideia de que os particulares não tem qualquer vinculação com as normas de direitos fundamentais, tende a ser reduzida. O entendimento dominante é que há a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: direto/imediato e indireto/mediato.¹⁴⁵

¹⁴⁰ apud Ana Royal Costa. **La eficácia** ... op. cit., p. 192.

¹⁴¹ COSTA, Ana Royal Costa. **La eficacia** ... op. cit., p.192.

¹⁴² SARMENTO, Daniel. GOMES Fábio Rodrigues. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho**. (Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/.../ba6d2078-7c20-49ab-b5c6-e08d2d9cd0e8>>. Acesso em: 15.11.2015).

¹⁴³ Idem.

¹⁴⁴ BARROZO, Luís Carlos. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 190.

¹⁴⁵ FACHIN, Melina Fachin. **Problematizando...** p. 202 et seq.

A eficácia mediata ou indireta enfoca na ideia de que a operatividade dos direitos fundamentais depende obrigatoriamente do legislador, ou seja, qualquer tentativa de que os direitos fundamentais reflitam nas relações privadas, deve ser subsequente a interferência legislativa ou ainda dependem de uma interpretação jurisprudencial.

Melina Fachin menciona que o precursor dessa ordem de ideias foi Günther Dürig para quem “o reconhecimento de uma eficácia direta no âmbito das relações privadas entre particulares acabaria por gerar uma estatização do Direito Privado e um virtual esvaziamento da autonomia privada”¹⁴⁶.

Por outro lado, a eficácia imediata ou direta, teoria idealizada por Hans Carl Nipperdey dispõe de forma que os direitos fundamentais são valores aplicados diretamente nas relações privadas, e com isto o Direito Privado deveria subsunção à Constituição.

No entanto, alerta Melina Fachin que as duas teorias não podem ser vistas de forma isolada, ao contrário, podem ser utilizadas de forma completar uma da outra, ou seja, “a existência de comando ordinário que reforce o mandato constitucional não nega, ao revés, consolida a principiologia fundamental e sua eficácia nas relações particulares. Contudo, a ausência de lei infraconstitucional não pode obstar a realização da Constituição”¹⁴⁷.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet temos ainda falha na eficácia (jurídica e social) dos direitos humanos pelo fato de que não integram propriamente o rol dos direitos fundamentais (positivados) de determinado Estado, necessitando desta integração com o ordenamento pátrio. E resume o autor “reputa-se acertada a ideia de que os direitos humanos, enquanto carecerem do caráter da fundamentalidade formal¹⁴⁸ próprio dos direitos fundamentais, não lograrão

¹⁴⁶ Idem.

¹⁴⁷ Idem.

¹⁴⁸ Fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e resulta dos seguintes aspectos, devidamente ligados adaptados ao nosso direito constitucional pátrio: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo ordenamento jurídico, de tal sorte que – neste sentido – se cuida de direito de natureza suprallegal; b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e matérias (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (art. 60 da CF), cuidando-se, portanto (pelo menos num sentido) e como leciona João dos Passos Martins Neto, de direitos pétreos, muito embora se possa controverter a respeito dos limites da proteção outorgada pelo Constituinte, c) por derradeiro, cuida-se de normas diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas (art. 5º, § 1º, da CF). A fundamentalidade material, por sua vez, decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais

atingir sua eficácia e efetividade, o que não significa dizer que em muitos casos não a tenham.”¹⁴⁹

E ainda, nos dizeres de José Carlos Kraemer Bortoloti e Nilton Cesar Flores, a efetividade dos direitos humanos deve ser buscada além da legislação positivada:

É necessário atrelar à interpretação contemporânea dos direitos humanos, em processo histórico-social e inseridos a partir de uma complexa relação, quebrando a visão acrítica, ou mesmo, distanciada da realidade das estruturas sociais, o que, de certa forma, estagnou a possibilidade de uma fundamentação ética e empírica. Mesmo com aportes teóricos reflexivos, principalmente partidos do continente europeu, faz-se necessário provocar a fundamentação dos direitos humanos a referências possíveis de sua prática e, na mesma senda, traduzir as concepções originadas no seio da academia com a possibilidade de, inicialmente, projetar parâmetros efetivos aos direitos humanos muito além de sua previsão legislativa, tanto nacional quanto internacional, possibilitando sua ênfase empírica nas conjunturas social e jurídica.¹⁵⁰

Para Dirley da Cunha Júnior, “a positivação dos direitos fundamentais pela Constituição é uma das características do Estado Democrático de Direito, devendo estes direitos ser considerados, nesse sentido, como condição de existência e vigência do Estado Constitucional de Direito.”¹⁵¹

O autor ainda leciona que “a constitucionalização desses direitos torna-os referência imediata, obrigatória e vinculada de organização e de limitação dos poderes constituídos.”¹⁵²

Convém frisar que a doutrina demonstra a importância desta referência obrigatória não só em relação aos poderes constituídos, mas também, a observância por qualquer outro eventual obrigado.¹⁵³

elemento constitutivo da Constituição material contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade. (Ingo Wolfgang Sarlet. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 88-89).

¹⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012. p. 21.

¹⁵⁰ BORTOLOTTI, José Carlos Kraemer, FLORES, Nilton Cesar. **Direito e(m) alteridade: o individualismo exacerbado e a abstração dos direitos humanos**. (fonte: Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 15, n. 15, p. 119-131, janeiro/junho de 2014. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/518/386> - em: 29/05/2015.

¹⁵¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Salvador: Juspodvim, 2011. p.230.

¹⁵² Idem.

¹⁵³ CUNHA JÚNIOR. Op.cit. p. 60 et seq.

Neste diapasão, os direitos fundamentais devem ter sua eficácia não só nas relações que envolvem o Estado, mas também nas relações dos indivíduos inseridos na sociedade.

Com isto verifica-se a eficácia e a efetividade dos direitos humanos a serem interpretadas em conjunto, uma leitura do ordenamento jurídico interno, mas especificamente partindo da Constituição Federal, dos parágrafos 1º, 2º e 3º, do artigo 5º que assegura dentre outros, a questão dos direitos humanos previstos em tratados ou convenções.

Assim, Melina Fachin discorre que os doutrinadores ao afirmarem a necessidade da intervenção do estado, seja pelo legislador seja pelo judiciário, acabam por negar a eficácia irradiante dos direitos fundamentais conforme expressos no art. 5º, parágrafo 1º da Constituição de Federal de 1988.¹⁵⁴

Daniel Sarmiento enfatiza nesta questão de que os efeitos irradiantes dos direitos fundamentais “são vetores exegéticos de todas as normas que compõem o ordenamento jurídico.”¹⁵⁵

Na verdade, deve ser considerada a eficácia dos direitos fundamentais, entendam-se direitos fundamentais humanos nas relações privadas depende sim da interferência do Estado através de um juízo de ponderação necessário, e visualiza com isso o grande desafio: estabelecer qual seria este juízo de ponderação, afinal, o agente violador é ao mesmo tempo titular de direitos fundamentais humanos.

Desta forma, considerando que o tema da pesquisa traz a relação da jurisdição constitucional e a eficácia efetiva dos direitos humanos nas relações privadas, tem-se a necessária visualização do Direito Civil perante a Constituição, o chamado pela doutrina da Constitucionalização do Direito Civil, com consequências importantes, tais como a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas, a designação eficácia horizontal dos direitos fundamentais.¹⁵⁶

Daniel Sarmiento ensina que uma das principais consequências jurídicas dos direitos fundamentais está no reconhecimento da eficácia

¹⁵⁴ FACHIN, Melina Girardi. **Profundas ...** op. cit. p. 205

¹⁵⁵ SARMENTO, DANIEL. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In.: BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 266

¹⁵⁶ CUNHA, Dirley Jr. Op.cit., p. 63.

irradiante, ou seja, configura conceito basilar no processo de constitucionalização do direito infraconstitucional (civil, penal, processual, etc.). E, em especial, na seara do Direito Civil, com novos valores menos individualistas e patrimonialistas, voltados para a tutela da personalidade humana nas suas múltiplas dimensões.¹⁵⁷

Gustavo Tepedino expõe:

Se o Código Civil mostra-se incapaz – até mesmo por sua posição hierárquica – de informar, com princípios estáveis, as regras contidas nos diversos estatutos, não parece haver dúvida de que o texto constitucional poderá fazê-lo, já que o constituinte, deliberadamente, através de princípios e normas, interveio nas relações de direito privado, determinando, conseqüentemente, os critérios interpretativos de cada uma das leis especiais.¹⁵⁸

No entanto, cabe aqui um parêntesis e para isto utiliza-se das palavras de Luiz Edson Fachin ao discorre sobre o caminho da codificação à Constituição:

As transformações econômicas e sociais, intensificadas após a 2ª guerra Mundial, reclamaram maior intervencionismo estatal. Enquanto os códigos civis descendem de um Estado de ideário liberal, as Constituições são filhas do programa do Estado Social. A profusão de leis especiais editadas para atender as novas demandas resultou em uma descentralização do Código e o afastamento dos princípios gerais (com os quais, por evidente, não se confundem os princípios constitucionais que são normas) e valores ali consagrados. A descodificação do direito privado pode ser apontada, ainda, pelo advento de microssistemas legislativos, pela preocupação com o social e pelo interesse das coletividades, explicitação a ruptura co o modelo posto. A ampliação das normas públicas e a limitação da autonomia da vontade desvelam novas fórmulas para responder a realidade complexa e conflituosa.¹⁵⁹

A questão da eficácia de direitos humanos ou ainda a eficácia de direitos fundamentais rompeu com a percepção de que os direitos

¹⁵⁷ SARMENTO, Daniel. A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentação de uma teoria. In: **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Organizador José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. p. 279-281.

¹⁵⁸ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 13.

¹⁵⁹ FACHIN, Luiz Edson. Op. cit., p. 689.

fundamentais incidiam apenas na relação entre o cidadão e o Estado, a chamada “eficácia vertical”.¹⁶⁰

Assim, a concepção de que os direitos fundamentais eram reconhecidos somente em face do Estado foi superada pela mudança de significado operada no domínio dos direitos fundamentais.¹⁶¹

Neste sentido o posicionamento de Clèmerson Merlin Clève:

O que ocorreu antes em outros países ocorreu no Brasil depois da Constituição de 1988. Podemos dizer com toda a tranquilidade que, em termos de Direito Constitucional, o que outros povos fizeram em cinquenta anos nós fizemos em doze. A viragem paradigmática dos direitos fundamentais, os direitos fundamentais que haveriam de estar aí, nos termos da lei, os direitos fundamentais que não estavam à disposição desde logo do Poder Judiciário ou mesmo dos cidadãos, que, portanto, não poderiam ter acesso direito a esses direitos fundamentais, pois, bem, o Direito Constitucional concebe os direitos fundamentais como dotados de eficácia imediata, o que significa dizer que eles podem ser, desde logo, invocados pelos particulares perante o Poder Judiciário; que a lei, nessas circunstâncias, poderá eventualmente “discipliná-los”, “regulamentá-los”, para efeito de melhor otimizar a sua eficácia, tendo em conta a eventual possibilidade de ocorrência de direitos fundamentais.¹⁶²

Vários autores trabalham com a perspectiva dos direitos fundamentais em face das relações privadas, inclusive a doutrina procura trazer a questão da dupla dimensão dos direitos fundamentais, ou seja, são fontes de direitos subjetivos que podem ser reclamados em juízo, mas também, são bases fundamentais do sistema jurídico.¹⁶³

Cavalcanti Filho, dentre outros doutrinadores, discorre sobre a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais:

Em meados do século XX, porém, surgiu na Alemanha a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que defendia a incidência destes também nas relações privadas (particular-particular). É chamada eficácia

¹⁶⁰ CAVALCANTE FILHO. João Trindade. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade_-_teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf. Acesso em: 10/02/2016

¹⁶¹ FREIRE, Alexandre. Eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares: conceito, teorias e análise jurisprudencial. In: **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional**. Organizadores: Clèmerson Merli Clève e Alexandre Freire. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 49.

¹⁶² CLÈVE, Clèmerson Merlin. O Controle de Constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais. In: **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Organizador José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.391.

¹⁶³ SARMENTO. Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Organizador José Adércio Leite Sampaio. Editora Del Rey, 2003. p. 251-260.

horizontal ou efeito externo dos direitos fundamentais (*horizontalwirkung*), também conhecida como eficácia dos direitos fundamentais contra terceiros (*drittwirkung*). Em suma: pode-se que dizer que os direitos fundamentais se aplicam não só nas relações entre o Estado e o cidadão (eficácia vertical), mas também nas relações entre os particulares-cidadãos (eficácia horizontal).¹⁶⁴

Com isso, os direitos fundamentais geram efeitos tanto no plano verticalizado das relações entre os particulares e o poder estatal, quanto no plano das relações entre particulares, ou seja, nas relações privadas em situação de igualdade fática.¹⁶⁵

E aqui surge a celeuma dos diferentes direitos fundamentais que poderiam obrigar os particulares nas suas relações mútuas, considerando que em tese aparecem em relativa igualdade de condições, e em especial a questão da autonomia da vontade.

A doutrina alemã *Drittwirkung* desenvolve a ideia da possibilidade da eficácia dos direitos humanos nas relações privadas a partir da uma revisão clássica dos direitos humanos com a superação da ideia única de eficácia vertical para a eficácia horizontal¹⁶⁶, ou seja, partiu-se para a noção além da clássica ideia protetiva do indivíduo em face do Estado.

Ana Poyal Costa descreve que um passo decisivo para esta evolução e aplicação dos direitos humanos foi a Constituição de Weimar (1919), sendo o argumento mais usado em favor da extensão material dos direitos humanos ao Direito privado era básico e elementar: “o que é proibido para o Estado, não deve ser permitido para os particulares. E mais adiante este argumento acarretou uma efetiva vinculação dos Tribunais e poderes Executivos e Legislativo”¹⁶⁷

Neste mesmo sentido tem-se a teoria defendida por Schwabe de que o direito constitucional deve sempre estar presente nos direitos civis, ou seja, qualquer que seja um particular que cause interferência na esfera jurídica de outro particular deve sempre estar respaldado pelo aval do Estado.¹⁶⁸

Assim, a teoria *Drittwirkung* traduz a ideia de uma necessária convivência social.

¹⁶⁴ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria Geral ...** op. cit.

¹⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 21 et seq.

¹⁶⁶ COSTA, Ana Poyal. **La eficácia ...** op. cit. 199

¹⁶⁷ COSTA, Ana Poyal. **La eficácia ...** op. cit. 200

¹⁶⁸ COSTA, Ana Poyal. **La eficácia ...** op. cit. 201.

Insta assinalar o entendimento da eficácia horizontal dos direitos humanos e dos direitos fundamentais ainda como uma conquista reduzida em outros países, tal como os Estados Unidos.¹⁶⁹

José Adércio Leite Sampaio cita a proporcionalidade para questões que dizem respeito à autonomia privada e à doutrina da eficácia horizontal dos direitos fundamentais:

“O *Bundesverfassungsgericht*¹⁷⁰ tem reiteradamente afirmado que o princípio da proporcionalidade tem estatura constitucional e que deve ser respeitado em caso de intervenções do poder público na esfera de liberdade do cidadão. Aqui não se trata todavia de uma intervenção desse gênero. Os tribunais deveriam simplesmente decidir a pretensão civil de uma relação de Direito Civil em um caso concreto. Para decidir o fundamento e importância de uma pretensão civil, por exemplo, o ressarcimento de uma dano, a regra que a Constituição determina a observação as relações entre os cidadão e o Estado não pode ser aplicada, nem por via de analogia. A tarefa do Direito Privado consiste em primeiro lugar na resolução dos conflitos de interesses entre os sujeitos jurídicos considerados iguais no modo igual possível.”¹⁷¹

Nas palavras de Bezerra Leite:

a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, também chamada de eficácia dos direitos fundamentais entre terceiros ou de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, decorre do reconhecimento de que as desigualdades estruturantes não se situam apenas na relação entre o Estado e os particulares, como também entre os próprios particulares, o que passa a empolgar um novo pensar dos estudiosos da ciência jurídica a respeito da aplicabilidade dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre os particulares.¹⁷²

¹⁶⁹ Cf. Daniel Sarmiento. “A partir da década de 40 do século passado, a Suprema Corte americana, sem renegar a doutrina da *state action*, começa a esboçar alguns temperamentos a ela. Passou à Suprema Corte a adota a chamada *public function theory*, segundo a qual quando particulares agirem no exercício de atividades de natureza tipicamente estatal, estarão também sujeitos às limitações constitucionais. Esta teoria impede, em primeiro lugar, que o Estado se livre da sua vinculação aos direitos constitucionais pela constituição de empresas privadas, ou pela delegação das suas funções típicas para particulares, pois estes, quando assumem funções de caráter essencialmente público, passam a sujeitar-se aos mesmos condicionamentos constitucionais impostos aos Poderes Públicos. (...) Enfim, a doutrina da *state action*, apesar dos temperamentos que a jurisprudência lhe introduziu, não proporciona um tratamento adequado aos direitos fundamentais, diante do fato de que muitos dos perigos e ameaças à pessoa humana provêm não do Estado, mas de grupos, pessoas e organizações privadas. (...) Tal teoria está profundamente associada ao radical individualismo que caracteriza a Constituição e a cultura jurídica e social dos Estados Unidos. **A eficácia ...** op. cit. p. 65.

¹⁷⁰ Tribunal Constitucional Federal da Alemanha.

¹⁷¹ Apud José Adércio Leite Sampaio. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Editora Del Rey. 2003. p.80-81. (ALEMANHA. Corte Constitucional Federal, *BVerfGE*30, 173).

¹⁷² BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais na relação de emprego**. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-033-artigo_Carlos_Henrique_Bezerra_Leite_%28Eficacia_Horizontal_dos_Direitos_Fundamentais_na_relacao_de_Emprego%29.pdf>. Acesso em: 09/02/2015.

Para Dirley da Cunha Júnior a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, também conhecida por eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas ou ainda eficácia privada dos direitos fundamentais, tem incidência e aplicação dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas.¹⁷³

Na verdade, a concepção de direitos fundamentais no Estado democrático de direito tem dupla qualificação: a) são concebidos como direitos subjetivos de liberdade pertinente ao titular perante o Estado; e b) são normas objetivas de princípios e decisões axiológicas que possuem validade para todos os âmbitos jurídicos.¹⁷⁴

A partir desta realidade surgiram três teorias sobre a possibilidade de aplicarmos os direitos fundamentais às relações privadas: a) a teoria negativa; b) a teoria da eficácia indireta ou mediata e c) a teoria da eficácia direta ou imediata

Para os que defendem a teoria negativa, os direitos fundamentais só vinculam o poder público, nunca os particulares.¹⁷⁵

Alexandre Freire sistematiza essas três teorias e ao afirmar que aparentam divergentes, propõe um tipo inclusivo para análise das incidências dos direitos fundamentais nas relações privadas e ressalta a ideia esposada por Robert Alexy de que ao analisar qual das teorias deve prevalecer, na verdade, deve ser observado o caso concreto, pois, ‘teorias exclusivas não respondem às indagações dos casos difíceis levados aos tribunais, pois não acenam para questões decorrentes do *como e em que medida* os efeitos dos direitos fundamentais se alastram para a ordem privada.’¹⁷⁶

Melina Fachin ao fazer menção à proposta de Gomes Ganotilho faz um paralelo nos pontos propostos pelo autor.

O primeiro, a eficácia consagrada na Constituição. Aqui, a proposta é a eficácia dos direitos ser imediata, podendo os particulares invocarem diretamente a tutela pretendida em face de outros sujeitos privados.

¹⁷³ CUNHA JÚNIOR, Dirley. Op.cit. p. 629-630.

¹⁷⁴ SOARES, Mário Lúcio. Processo Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais. In: **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Organizador José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.411.

¹⁷⁵ Idem.

¹⁷⁶ FREIRE, Alexandre. **Eficácia** ... op. cit., p. 69.

A teoria da eficácia direta ou imediata¹⁷⁷, ao contrário da teoria da eficácia mediata, não teria como pressuposto a atuação prévia do legislador nas relações privadas. Esta teoria defendida inicialmente na Alemanha por Hans Carl Nipperdey tem por escopo que os direitos fundamentais previstos na Constituição vinculem somente o Estado, há determinados direitos fundamentais que podem ser invocados diretamente nas relações privadas.¹⁷⁸

O segundo, a eficácia através da mediação do legislador. Este ponto diz respeito ao que a doutrina chamada de eficácia horizontal através do legislador. Assim, nesta modalidade de eficácia, “o legislador ordinário ao regular normas de direito privado, atua de forma vinculada aos direitos fundamentais. Sendo assim, o legislador deve observar o princípio da igualdade (igualdade na lei), exceto quando houver fundamento material para o tratamento discriminatório.¹⁷⁹”

A teoria da eficácia indireta ou mediata confere a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, desde que o legislador infraconstitucional tenha atuado previamente. Esta teoria foi desenvolvida originariamente na doutrina alemã (1956) por Günter Dürig. Trata-se de uma teoria que compatibiliza a teoria que nega a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, e aquela que sustenta a eficácia direta destes direitos nas relações privadas.

Daniel Sarmento e Flávio Rodrigues Gomes sintetizam a teoria da eficácia mediata em:

Os direitos fundamentais não ingressam no cenário privado como direitos subjetivos, que possam ser invocados a partir da Constituição. Segundo Dürig, a proteção constitucional da autonomia privada pressupõe a possibilidade de os indivíduos renunciarem a direitos fundamentais no âmbito das relações privadas que mantêm, o que seria inadmissível nas relações travadas com o Poder Público.(...) Sem embargo, Dürig admite necessidade de construir certas pontes entre o Direito Privado e a Constituição, para submeter o primeiro aos valores constitucionais. Para

¹⁷⁷ defendida na Alemanha por Hans Carl Nipperdey. *Grundrechte und Privatrecht*, 1961, apud MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais – Eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas– Análise da jurisprudência da Corte Constitucional alemã. In: **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**, op.cit., p. 217.

¹⁷⁸ Cf. Daniel Sarmento e Fábio Rodrigues, “embora minoritária no cenário germânico, a tese da eficácia horizontal imediata tem ampla penetração na doutrina de outros Estados europeus, como Espanha, Portugal e Itália. Em alguns regimes constitucionais, aliás, ela parece resultar de expressa imposição constitucional, como é o caso de Portugal e da África do Sul, cujas constituições preveem a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, sem condicioná-los a qualquer mediação legislativa. **A eficácia** ... op.cit., 71.

¹⁷⁹ FACHIN, Melina Girardi. **Profundas...** op. cit., p. 208-209.

ele, esta ponte é representada pelas cláusulas gerais e pelos conceitos jurídicos indeterminados acolhidos pelo legislador - verdadeiras “portas de entrada” dos direitos fundamentais no Direito Privado – os quais devem ser interpretados e aplicados pelos juízes sempre em conformidade com a ordem de valores subjacente aos direitos fundamentais. Neste sentido, a teoria da eficácia mediata ligar-se à concepção da Constituição como ordem de valores, centrada nos direitos fundamentais e, em especial, no princípio da dignidade da pessoa humana.¹⁸⁰

O terceiro ponto, a eficácia mediata pelo magistrado. Neste caso, a eficácia horizontal imediata, porém combinada com o poder de mediação do juiz. Assim, caberia ao judiciário preencher eventual lacuna, bem como o de rejeitar, por inconstitucionalidade, a aplicação das normas privadas incompatíveis com os direitos fundamentais.¹⁸¹

No quarto ponto, o autor menciona a eficácia perante os “poderes privados”, e este merece ressalva, pois, parte-se da premissa de que não somente o Estado pode ameaçar os direitos fundamentais, mas também outros particulares, nas relações privadas travadas entre si.

E, por fim, o espaço de liberdade do indivíduo. Conforme Melina Fachin esse ponto deve ser visto com ressalva, pois trata de uma liberdade do indivíduo que sobreporia aos demais direitos fundamentais como se fosse o núcleo intangível de cada particular.

A ideia de partimos da Constituição Federal acena para a importância do Estado Democrático de Direito em que vivemos. A noção conjunta do conceito de Constituição e de Estado nos remete ao pensamento de Klaus Stern em que “as ideias de Constituição e direitos fundamentais são, no âmbito do pensamento da segunda metade do século XVIII, manifestações paralelas e unidirecionadas da mesma atmosfera espiritual. Ambas se compreendem como limites normativos ao poder estatal”¹⁸².

Assim, verifica-se os reflexos na proteção universal dos direitos humanos inclusive no ordenamento jurídico pátrio com a inserção dos tratados de direitos humanos, bem como se a questão da eficácia ou não dos direitos

¹⁸⁰ SARMENTO, Daniel. GOMES, Fábio Rodrigues. **A eficácia** ... op. cit., p. 67 et seq.

¹⁸¹ Idem.

¹⁸² apud Ingo Wolfgang Sarlet. Op. cit. p. 69. Cf. K Stern. Staatsrecht 111; p. 181.

fundamentais incide sobre os particulares e se há uma relação direta com o controle de constitucionalidade.¹⁸³

Há ainda a tese de que a doutrina dos deveres de proteção deve ser observada para solucionar a questão da projeção dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, pois o Estado enquanto legislador também deve abster-se de violar os direitos fundamentais; o Estado enquanto juiz deve aplicar e desenvolver o Direito Privado buscando não só evitar a violação dos direitos fundamentais das partes, mas buscar a efetiva proteção.¹⁸⁴

Não obstante, é relevante pontuar que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais possui uma estreita relação com o tema de controle da omissão constitucional¹⁸⁵

Neste sentido temos o atual entendimento do STF no caso concreto objeto de estudo do capítulo 3: a questão da prisão civil do depositário infiel levada ao Supremo Tribunal Federal.

Para tanto, nos tópicos seguintes do capítulo 2 discorre sobre o conceito do contrato de depósito e a evolução da jurisprudência quanto à prisão civil do depositário infiel nos casos de alienação fiduciária numa visão concatenada do Código Civil de 1916, do Código Civil de 2002 e da Carta Magna de 1988.

¹⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme. Do controle da insuficiência de tutela normativa aos direitos fundamentais processuais. In: **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional**. Organizadores Clèmerson Merin Clève e Alexandre Freire. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 703.

¹⁸⁴ SARMENTO, Daniel. Fábio Rodrigues. **A eficácia** ... op. cit., p. 74.

¹⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Do controle da insuficiência de tutela normativa aos direitos fundamentais processuais. In: **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional**. Colaborares Clèmerson Merlin Clève e Alexandre Freire. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 703.

2. O CONTRATO DE DEPÓSITO E A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA À LUZ DO ARTIGO 5º DA CARTA MAGNA DE 1988

Neste capítulo expõe a noção de contrato de depósito interligada com a ideia da inserção dos tratados de direitos humanos e de que maneira os tratados interferem na aplicação do direito interno e ainda, reporta a jurisprudência evolutiva quanto à possibilidade da prisão civil do depositário infiel.

Assim, em complemento ao capítulo anterior e em razão do tema trazido nesta dissertação, o instituto de alienação fiduciária, verifica-se que de uma relação jurídica entre particulares, abre-se a possibilidade de serem invocados os direitos humanos advindos de tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil.

O contrato de depósito nos termos da legislação civil consiste na guarda de um objeto móvel, ficando sob a responsabilidade do depositário até que haja o encerramento do contrato.

A seguir serão trazidas as peculiaridades do contrato de depósito fazendo um paralelo com o contrato de alienação fiduciária e o entendimento do poder judiciário das figuras aparentemente similares.

2.1 CONTRATO DE DEPÓSITO

Conforme mencionado há peculiaridades no contrato de depósito, dentre elas, a obrigação do depositário em guardar, conservar e restituir o bem no momento oportuno.

O contrato de depósito pode ser voluntário ou ainda pode emanar de imposição legal. Decorre ainda que eventual não restituição do bem nos termos firmados, poderá haver prisão civil do inadimplente, ao menos em tese, conforme disposto na Magna Carta de 1988.

A prisão civil por dívida sempre foi objeto de grande debate, quer na doutrina quer na jurisprudência, notadamente quando se faz a relação com os direitos humanos.¹⁸⁶

Interessante neste ponto trazer ainda que de forma breve qual o significado do termo Fidúcia e suas características, pois, verifica-se que a questão embora não tenha diretamente influenciado o instituto no Brasil, demonstra bases importantes para se chegar ao pensamento jurisprudencial e evolutivo quanto à prisão civil prevista na Constituição Federal.

Fidúcia¹⁸⁷ em latim significa confiança, termo este observado na Lei das XII Tábuas. Assim a fidúcia constante como base nos contratos fiduciários era representativa da confiança entre o credor fiduciário e o devedor fiduciante, sendo que inicialmente no Direito Romano, o devedor respondia por seus débitos com sua vida e liberdade.¹⁸⁸

Nos dizeres de Isabel Cristina Baptista de Souza, no Direito Romano existiam duas espécies de fidúcia:

a fiducia cum amico e *a fiducia cum creditore*. A primeira modalidade pautava-se na confiança, os bens eram transferidos a um amigo, daí a denominação *amico*, para que este tomasse conta, guardasse ou administrasse este bem durante determinado tempo, a guarda de um bem confiado a um amigo na circunstância de uma viagem longa. Já na *fiducia cum creditore*, o objetivo da alienação era a garantia real do crédito, através da transferência da propriedade.¹⁸⁹

Gustavo Scudeler Negrato menciona os dizeres de Maria Helena Diniz que assevera ser a *fiducia cum amico*, apenas um contrato de confiança e não de garantia, pela qual o fiduciante alienava seus bens a um amigo, com a condição de lhe serem restituídos quando cessassem as circunstâncias aleatórias ajustadas, como risco de perecer na guerra, viagem, perdas em razão de acontecimentos políticos, dentre outros fatos. Essa modalidade de

¹⁸⁶ GOMES, Eduardo Biacchi. **Direitos fundamentais e o depositário infiel Evolução jurisprudencial**. Brasília a. 47 n. 186 abr./jun. 2010. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/198673>>. Acesso em: 15/01/2016.

¹⁸⁷ apud Eduardo Biacchi Gomes. Como explica José Carlos Moreira Alves (1998 apud FELICIANO, 1999, p. 17), a fidúcia romana era o contrato pelo qual o devedor fiduciante recebia do credor fiduciário a propriedade sobre coisa infungível mediante um contrato real bilateral imperfeito; real, pois as obrigações decorriam da tradição (entrega do bem); imperfeito, pois as obrigações das partes não eram equivalentes. **Direitos fundamentais ...op. cit.**

¹⁸⁸ GOMES, Eduardo Biacchi. **Direitos fundamentais ... op.cit.**

¹⁸⁹ SOUZA, Isabel Cristina Baptista de. **Da alienação fiduciária em garantia**. Disponível em: <<http://www.revistajurisfib.com.br/artigos/1395777665.pdf>>. Acesso em: 14/01/2016.

fidúcia não tinha, pois, o objetivo de garantir um crédito, mas, sim, de preservar determinados bens de uma pessoa.¹⁹⁰

Já na *fiducia cum creditore*, o objetivo da alienação era a garantia real do crédito, através da transferência da propriedade. A *fiducia cum creditore* é a que mais se assemelha com a alienação fiduciária em garantia da atualidade, pois, o devedor só poderia fruir de forma plena o objeto do negócio se extinguisse o débito na integralidade.¹⁹¹

O instituto da alienação fiduciária em garantia permaneceu durante muito tempo na informalidade entre os povos, por isso não existe uma data certa e unânime quanto ao seu surgimento.¹⁹²

No Brasil, a alienação fiduciária está prevista no artigo 66 da Lei 4.728, de 14 de junho de 1965, que teve sua redação alterada pelo Decreto-Lei 911, de 1o de outubro de 1969.

A Lei nº 4728/65 trouxe disposições de natureza material e processual, criou o instituto de alienação fiduciária em garantia com o fim na época de atender aos anseios das instituições financeiras¹⁹³ no sentido de dar maior garantia e celeridade ao credor para receber o seu crédito¹⁹⁴. Ainda há que ressaltar a Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997 que dispõe sobre a alienação fiduciária de coisa imóvel.

¹⁹⁰ Apud Gustavo Scudeler Negrato. **Alienação fiduciária em garantia de bem imóvel: uma análise comparada.** Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp135996.pdf>>. Acesso em: 14/01/2016

¹⁹¹ GOMES, Eduardo Biacchi. op.cit.

¹⁹² SOUZA, Isabel Cristina Baptista de. **Da alienação fiduciária em garantia.** Disponível em: <<http://www.revistajurisfib.com.br/artigos/1395777665.pdf>>. Acesso em: 15/01/2016.

¹⁹³ Em sentido diverso, Gustavo José Correia Vieira, no Brasil este instituto foi instaurado na década de 60, com o intuito de estimular as instituições financeiras a concederem crédito direto ao consumidor, para a aquisição de bens de consumo duráveis (aparelhos eletrodomésticos e veículos principalmente), como parte da política nacional de desenvolvimento econômico. Contudo, para que as instituições financeiras se dispusessem a conceber tal crédito seria necessário fornecer uma garantia eficaz em caso de inadimplemento do consumidor. Como as garantias existentes eram inadequadas para essa finalidade, por dependerem da anuência de terceiros – aval e fiança, em razão do custo de sua constituição, no intuito de viabilizar o financiamento ao consumidor, sobretudo o de baixa renda, foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro uma nova modalidade de garantia: a alienação fiduciária. **Alienação fiduciária em garantia e a prisão civil do depositário infiel.** Disponível em: <<http://www.jurisite.com.br/doutrinas/Civil/doutciv153.html>>. Acesso em: 08/01/2016.

¹⁹⁴ Cf. Carlos Eduardo Elias de Oliveira, a alienação fiduciária em garantia é verdadeiro superlativo em comparação a essas vetustas garantias reais. A excussão do crédito garantido pela propriedade fiduciária é bem mais célere e segura, dada a sua imunização diante da vis atractiva do juízo de falência e a expedida via da execução extrajudicial. **Alienação fiduciária em garantia: reflexões sobre a (in)suficiência do cenário normativo e jurisprudencial atual.** Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-132-alienacao-fiduciaria-em-garantia-reflexoes-sobre-a-in-suficiencia-do-cenario-normativo-e-jurisprudencial-atual>>. Acesso em: 08/01/2016.

Inicialmente, conforme Marta Borsoi, a alienação fiduciária “incide apenas sobre bens móveis infungíveis, uma vez que tinha por principal objetivo garantir as operações de concessão de crédito para aquisição de utilidades móveis realizadas pelas empresas de crédito, financiamento e investimento.”¹⁹⁵

Desta forma surgiu a figura da alienação fiduciária¹⁹⁶ em que o devedor-fiduciante¹⁹⁷ adquire a propriedade resolúvel de determinado bem infungível até a quitação integral do débito¹⁹⁸.

¹⁹⁵ BORSOI, Marta. **A alienação fiduciária em garantia no direito brasileiro**. Disponível em: <revista.unicritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/download/678/504>. Acesso em: 14/01/2016.

¹⁹⁶ Cf. Gustavo José Correia Vieira, “no tocante a natureza jurídica do instituto da alienação fiduciária pode ser aceita como sendo de natureza dúplice. No que tange à natureza jurídica da alienação fiduciária, Leonardo Parentoni destaca que existem definições doutrinárias que caracterizam a alienação fiduciária ora como contrato, ora como direito real. A corrente comercialista refere que a alienação fiduciária seria vinculada ao contrato de mútuo, pois o mutuário-fiduciante (devedor), para a garantia do cumprimento de suas obrigações, aliena ao mutuante-fiduciário (credor) a propriedade de um bem, de modo que este tem apenas o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa alienada, ficando o devedor como depositário e possuidor direto desta. Havendo pagamento da dívida (a devolução do dinheiro emprestado), resolve-se o domínio em favor do fiduciante, que passa a ser titular do bem dado em garantia. A corrente civilista inscreve a alienação fiduciária como direito real de garantia, tendo sido introduzida no ordenamento jurídico brasileiro mediante legislação específica, instituto à parte das garantias previstas no art. 1.225 do Código Civil. O mesmo diploma busca dar contornos à matéria sob a denominação de propriedade fiduciária (arts. 1.361 a 1.368). Por derradeiro, necessário referirmos que ambas as características se entrecruzam, na medida em que não se pode tratar o instituto apenas como contrato ou apenas como direito real. Prova disso é que o direito real de garantia é subjacente à celebração do contrato de alienação fiduciária. O pacto celebrado, o ato de alienar a coisa em si é negócio contratual, negócio jurídico que tem por objetivo obter a garantia fiduciária, que surge após a celebração do contrato, sendo esta efetivamente de direito real (12). Partindo desta avaliação, cremos que seja conveniente sustentarmos que a alienação fiduciária possui natureza contratual em um primeiro momento, mas com a garantia fiduciária como aspecto peculiar, tornando-a direito real após sua celebração. Assim, ela possui dupla natureza, uma contratual e outra pós-contratual. Em sua natureza contratual, trata-se de negócio jurídico bilateral, oneroso, cumutativo e acessório, que visa a transmissão da propriedade em garantia. Bilateral porque encerra uma série de direitos e obrigações tanto para o credor como para o devedor. Oneroso, porque ambas as partes visam vantagens ou benefícios, impondo-se encargos recíprocos. Formal porque se exige a observância de requisitos formais, entre eles o registro do contrato no Registro de Títulos e Documentos ou na repartição encarregada do licenciamento de veículos. Cumutativo, pois ambas as partes anteveem seus direitos e deveres. É, finalmente, acessório, pois visa a garantia do cumprimento de obrigações contraídas em outro contrato, que pode ser, em geral, de empréstimo, de abertura de crédito ou de compra e venda com pagamento parcelado. No caráter acessório da alienação fiduciária é que se observa sua natureza pós-contratual, pois com a celebração do pacto sobrevém o direito real de garantia. A natureza pós-contratual da alienação fiduciária decorre de sua previsão em legislação específica. Assim, não obstante o rol do art. 1.225 do Código Civil preveja em *numerus clausus* (ou seja, restritivamente) quais são os direitos reais em nosso ordenamento jurídico, a lei prevê a alienação fiduciária também como direito real, mecanismo de garantia do adimplemento da obrigação.” **Alienação fiduciária em garantia e a prisão civil do depositário infiel**. Disponível em: <<http://www.jurisite.com.br/doutrinas/Civil/doutciv153.html>>. Acesso em: 08/01/2016.

¹⁹⁷ Cf. Carlos Eduardo Elias de Oliveira, o devedor fiduciante não é mais dono da coisa, e sim o credor. Todavia, aquele possui um direito sujeito a uma condição suspensiva: readquirir a propriedade do bem se a dívida for paga. *Idem*.

O consumidor adquire determinado bem a partir de recursos disponibilizados por uma instituição financeira; sendo que essa se mantém na posse indireta do bem para se assegurar do ressarcimento.¹⁹⁹

O devedor fica com a posse direta, e em não havendo o pagamento da dívida, ajuíza o credor ação autônoma de busca e apreensão, adquirindo o credor a posse direta do bem.²⁰⁰

A alienação fiduciária então tem por objetivo a garantia de uma obrigação assumida pelo alienante, em prol do adquirente, sendo que o credor fiduciário se transformará automaticamente em proprietário, em tese, para satisfazer-se, em eventual inadimplemento do devedor-fiduciante.²⁰¹

Segundo Fabio Ulhoa, a alienação fiduciária em garantia é espécie de gênero alienação fiduciária:

A alienação fiduciária em garantia, introduzida no direito brasileiro pela Lei de Mercado de Capitais, em 1965, é espécie do gênero alienação fiduciária. Trata-se de contrato instrumental de mútuo, em que o mutuário fiduciante (devedor), para garantia do cumprimento de suas obrigações, aliena ao mutuante-fiduciário (credor) a propriedade de um bem. Essa alienação se faz em fidúcia, de modo que o credor tem apenas o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa alienada, ficando o devedor como depositário e possuidor direto desta. Com o pagamento da dívida, ou seja, com a devolução do dinheiro emprestado, resolve-se o domínio em favor do fiduciante, que passa a titularizar a plena propriedade do bem dado em garantia.²⁰²

¹⁹⁸ Cf. Valério Mazzuoli, difere do *trust receipt* (recibo de garantia) do sistema anglo-saxão, pois sua destinação originária é o consumidor e não o comerciante, ou a empresa ou o revendedor (...) Além disso, no *trust receipt* o negócio é realmente baseado na *confiança* depositada no financiado pelo financiador, o que, em realidade, não é primordial na *alienação fiduciária* face aos vários mecanismos postos à disposição dos credores para a satisfação de seus créditos. Prisão... p. 9.

¹⁹⁹ GOMES, Eduardo Biacchi. **Direitos fundamentais e o depositário infiel Evolução jurisprudencial**. Brasília a. 47 n. 186 abr./jun. 2010. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/198673>>. Acesso em: 15/01/2016.

²⁰⁰ Cf. Thais de Arruda Godim, a obrigação principal do *credor fiduciário* consiste em proporcionar ao alienante o financiamento a que se obrigou, bem como em respeitar o direito ao uso regular da coisa por parte deste. Se o devedor é inadimplente, pode vender o bem, aplicando o produto no pagamento do crédito, acréscimos legais, contratuais e despesas, entregando o remanescente, se houver, ao devedor, ou ajuizar execução por quantia certa ou ação de busca e apreensão contra o devedor, a qual poderá ser convertida em ação de depósito, caso o bem não seja encontrado. **Alienação fiduciária na prática**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=658. Acesso em 15/01/2016.

²⁰¹ SOUZA, Erineth Gonçalves. **A impossibilidade da prisão civil do devedor fiduciante no contrato de alienação fiduciária em garantia**. Disponível em: <<http://www.uva.br/sites/all/themes/uva/files/pdf/a-impossibilidade-da-prisao-do-devedor-fiduciante-no-contrato-de-alienacao-fiduciaria-em-garantia.pdf>>. Acesso em: 14/01/2016.

²⁰² COELHO, Fabio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 461.

José Luiz Bulhões Pedreira, citado por Gustavo José Correia Vieira, defendendo a tese de que a alienação fiduciária corresponderia ao chamado *trust receipt* anglo-saxão, mencionava que nesta espécie de negócio jurídico, o devedor transfere fiduciariamente o domínio da coisa, para que esta sirva de garantia. Este sistema era instituído para atender a financiamento de revendedores de bens duráveis. O revendedor recebia uma quantia correspondente à parte do custo das mercadorias que lhe eram entregues em confiança, mediante a obrigação de resgatar a dívida quando comercializasse os bens. O financiador garantia-se pelo registro do *trust receipt* (recibo de confiança).²⁰³

Na lição de Silvio Venosa:

O credor adquire a propriedade resolúvel da coisa móvel financiada. O devedor fiduciário permanece com a posse direta do bem de modo a usufruí-lo. Esse devedor é, na verdade, o consumidor que objetiva adquirir o bem, mas, para obter o financiamento, é colocado na posição jurídica de alienante fiduciário. A instituição financeira põe-se como adquirente fiduciário. Tudo se passa no nível da criação jurídica para propiciar a dinamização das vendas. A coisa móvel é transferida para fins de garantia. Nesse aspecto, não se confunde com os demais direitos reais de garantia, penhor, hipoteca e anticrese, porque nesses existe direito real limitado, enquanto na alienação fiduciária opera-se a transferência do bem. Existe alienação e não gravame.²⁰⁴

Dispõe o artigo 66 da lei 4.728/65:

“Art. 66. – A alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com lei civil e penal”.

A alienação fiduciária segundo Orlando Gomes consiste em: “... negócio jurídico pelo qual uma das partes adquire, em confiança, a propriedade de um bem, obrigando-se a devolvê-la quando se verifique o acontecimento a que se tenha subordinado tal obrigação, ou lhe seja pedida a restituição”.²⁰⁵

Walter Gustavo da Silva Lemos e Edson de Oliveira Cavalcante resumem de forma cristalina a questão da seguinte forma:

²⁰³ apud Gustavo José Correia Vieira. Op. cit.

²⁰⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil – contratos em espécie**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 100.

²⁰⁵ apud Eduardo Biacchi Gomes. **Direitos fundamentais ...** op. cit.

Caso os devedores não pudessem pagar ou não devolvesse a coisa alienada, o credor poderia pedir a prisão civil destes, como elenca o Código Civil e a Constituição Federal de 1988.

Mas na vida prática, o que o profissional do Direito encontra é a inaplicação da prisão civil nos casos de contratos de alienação fiduciária pelos doutrinadores e magistrados, o que contrapõe o texto e a realidade prática usada.

Justificam, os que são contra a prisão civil oriunda de contratos de alienação fiduciária, que a norma regulamentadora do instituto foi criada num regime político repressor, incompatível com a ordem democrática vigente no país, a partir da Carta Política de 1988.²⁰⁶

A redação atual do instituto de alienação fiduciária constante na Lei nº 4.718/65 dispõe que:

Art. 66-B. O contrato de alienação fiduciária celebrado no âmbito do mercado financeiro e de capitais, bem como em garantia de créditos fiscais e previdenciários, deverá conter, além dos requisitos definidos na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, a taxa de juros, a cláusula penal, o índice de atualização monetária, se houver, e as demais comissões e encargos. (Incluído pela Lei 10.931, de 2004)

(...)

§ 2º O devedor que alienar, ou der em garantia a terceiros, coisa que já alienara fiduciariamente em garantia, ficará sujeito à pena prevista no art. 171, § 2º, I, do Código Penal. (Incluído pela Lei 10.931, de 2004)

§ 3º É admitida a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, hipóteses em que, salvo disposição em contrário, a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária ou do título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor, que, em caso de inadimplemento ou mora da obrigação garantida, poderá vender a terceiros o bem objeto da propriedade fiduciária independente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, devendo aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da realização da garantia, entregando ao devedor o saldo, se houver, acompanhado do demonstrativo da operação realizada. (Incluído pela Lei 10.931, de 2004)²⁰⁷

Nas palavras de Carlos Eduardo Elias de Oliveira:

Com a alienação fiduciária, o devedor perde a propriedade, e o credor – assumindo a propriedade resolúvel do bem – passa a ser dono até que ocorra o evento futuro e incerto do pagamento integral da dívida. Só remanesce ao devedor, além da posse direta sobre a coisa (por conta do

²⁰⁶ LEMOS, Walter Gustavo da Silva. **Cabimento da prisão civil nos contratos de alienação fiduciária.** Disponível em: <<https://jus.com.br/955298-walter-gustavo-da-silva-lemos/publicacoes>>. Acesso em: 15/01/2016.

²⁰⁷ BRASIL. Presidência da República. Casa civil. Assuntos jurídicos. Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4728.htm>. Acesso em: 08/01/2016.

constituto-possessório previsto na legislação), o direito de readquiri-la, caso a dívida garantida seja integralmente paga. Trata-se do chamado direito de reacquirição do devedor fiduciário.²⁰⁸

Valério Mazzuoli conceitua a alienação fiduciária em garantia como sendo “um engenhoso mecanismo através do qual o consumidor adquire um determinado bem móvel, utilizando-se, para isso, de dinheiro tomado de uma instituição financeira.”²⁰⁹

Cláudio Cardoso de Menezes amplia a questão e ensina que a alienação fiduciária com garantia não só veio como resposta ao desatendimento da demanda do mercado de transações de bens móveis e imóveis de elevado valor comercial, mas engendrou outra alternativa além dos institutos como o penhor, a anticrese e a hipoteca que se perfazem por meio de procedimento de execução judicial.²¹⁰ Ainda o autor ressalta que o instituto da alienação fiduciária com garantia apresenta grande diferencial dos demais institutos, em especial, celeridade para o credor nos procedimentos de cobrança extrajudicial, até porque o credor obtém a propriedade com o simples inadimplemento do débito, ou seja, o procedimento de cobrança com o leilão do bem objeto do contrato.

Valério Mazzuoli reporta a mesma questão comparativa com outros instrumentos para a garantia do crédito, vez que mostravam ser insuficientes para a garantia do credor.

E continua o autor dizendo que além do penhor e hipoteca, há a figura de venda com reserva de domínio que se resume segundo os dizeres de Caio Mário da Silva Pereira em “o bem adquirido a crédito permanece na

²⁰⁸ OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias. **Alienação fiduciária em garantia: reflexões sobre a (in) suficiência do cenário normativo e jurisprudencial atual**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, ago/2013 (Texto para Discussão nº 132). Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-132-alienacao-fiduciaria-em-garantia-reflexoes-sobre-a-in-suficiencia-do-cenario-normativo-e-jurisprudencial-atual>>. Acesso em: 10/11/2015.

²⁰⁹ MAZZUOLI, Valério. **Prisão Civil por Dívida e o Pacto de San José da Costa Rica**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 11.

²¹⁰ MENEZES, Cláudia Cardoso de. **Breves Considerações Sobre a Alienação Fiduciária de Bens Imóveis**. Disponível em: <http://www.emerj.rj.gov.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/16/direitosreais_25.pdf>. Acesso em: 14/01/2016.

propriedade do vendedor, até liquidação final do preço, sujeito à apreensão e venda judicial”.²¹¹

Diferentemente, portanto, da alienação fiduciária em garantia que o devedor transmite a propriedade da coisa ao fiduciário, possibilitando ao credor, que caso não seja adimplida a obrigação, possa vender a coisa, aplicando o preço da venda no pagamento do seu crédito.²¹²

Sem adentrar na origem histórica do instituto, insta enfatizar a característica peculiar da alienação fiduciária que é a propriedade resolúvel do bem, ou seja, é necessária a quitação do valor do bem para que o devedor-fiduciante passe a ter a propriedade integral.

No entanto, a problemática surge quando o devedor-fiduciante não paga integralmente a dívida, e conforme possibilidade descrita no Decreto-Lei nº 911/69, pode o credor ingressar com a ação de busca e apreensão para que retome a posse direta do bem dado em garantia, a fim de vendê-lo e garantir seu crédito.

O Decreto-lei nº 911/69 é explícito, pois, a única possibilidade numa eventual ação de busca e apreensão, é vender a coisa. O credor não é proprietário nem antes e nem depois do inadimplemento do devedor, somente tem a posse indireta do bem.

Valério Mazzuoli enfatiza que “depositário, assim, é aquele que guarda bem alheio (não próprio!), não se podendo, por isso, dizer que o devedor-fiduciante é, em verdade, depositário, se é ele quem corre todo o risco da perda da coisa desde o início do negócio.”²¹³

Ocorre que se em virtude de busca e apreensão o bem não for encontrado em posse do devedor-fiduciante, poderá haver a conversão do pedido de busca e apreensão em ação de depósito²¹⁴ e, é justamente, a partir deste ponto que surge a grande problemática, pois, ao equiparar o devedor-fiduciante a um depositário de contrato genuíno de depósito, estatuiu que ao

²¹¹ apud Valério Mazzuoli. **Prisão civil** ... op. cit., p. 5.

²¹² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Prisão civil** ... op. cit., 11.

²¹³ Idem. p. 45.

²¹⁴ Cf. Valério Mazzuoli, “há vários pronunciamentos judiciais no sentido de que o disposto no art. 4º do Decreto-lei nº 911/69 não possui força de permitir a conversão da ação de busca e apreensão em ação de depósito, posto que a posse exercida pelo fiduciante não é e nem se configura depósito, de modo que a incompatibilidade substancial entre esses dois negócios jurídicos (alienação fiduciária em garantia e depósito) os faz, portanto, inconversíveis para todos e quaisquer efeitos.” **Prisão civil** ... op. cit., p. 13.

devedor recaísse todas as responsabilidades de um depositário infiel²¹⁵, inclusive a prisão civil nos termos do artigo 5º, inciso LXVII, da Lei Maior.

A Constituição Federal dispõe no inciso LXVII, artigo 5º de que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.”

Ocorre que o chamado depositário infiel teve a sua extensão para o instituto da alienação fiduciária através de legislação ordinária, o que tem sido objeto de uma evolutiva jurisprudência protetiva acoplada com os direitos humanos inseridos no ordenamento pátrio.

José Geraldo de Jacobina Rabello citado por Valério Mazzuoli entendia que esta equiparação convinha ao momento econômico vivenciado pelo país:

Convinha ao desenvolvimento econômico do país a equiparação a depositário do devedor, na alienação fiduciária, que sempre vem ligada a um contrato de financiamento de compra de bem móvel. De seu lado, os consumidores se voltam para a possibilidade de conseguir o bem, a prestações, não para a probabilidade de sua prisão. Esta, quando advertidos a seu respeito, lhes será um motivo de estremecimento, na hora da celebração das obrigações, sem dúvida, mas também algo remoto, que apreço que nunca lhes dirá respeito, pessoalmente. Também o desejo do credor, basicamente, apenas será o de financiar, de dar crédito, para mais conseguir prosperar em seu comércio, ou indústria, o que sempre reverteria em benefício geral. Mas não se sente disposto a financiar, generalizadamente, a todos que supostamente possam solver prestações, exceto mediante a possibilidade de ocorrência da prisão do devedor, como meio de levá-lo, no caso de não-pagamento, a entregar o bem objeto de alienação fiduciária, de que feito depositário. É a via que considera segura para impedir que este se sinta tentado a vender a coisa que já alienara fiduciariamente em garantia, ou dá-la, não obstante, em garantia a terceiros.²¹⁶

Verifica-se que este entendimento firmado, permaneceu até 2008 quando o Supremo Tribunal Federal passou a decidir de maneira ordenada com os tratados de direitos humanos.

Depreende-se da farta jurisprudência do Supremo Tribunal Federal transcritas a seguir, de que o Decreto-Lei n. 911/69 ainda que seja uma lei ordinária, por vários anos, tenha corroborado para o entendimento de que esta

²¹⁵ Cf. Valério Mazzuoli, o depositário infiel de que fala a Constituição diz respeito as figuras do depósito legal ou do depósito convencional. **Prisão civil** ... op. cit., p. 49.

²¹⁶ apud Valério Mazzuoli. **Prisão civil**... op.cit., p. 16.

equiparação via legislação ordinária seria plenamente constitucional, alargando, portanto, os termos restritos da prisão civil prevista na Constituição Federal.

A prisão civil²¹⁷ deve ser interpretada restritivamente, bem como o depósito não se presume, tampouco por equiparação.²¹⁸

Ressalta Eduardo Biacchi Gomes quanto à evolução jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Importante abordar a evolução argumentativa que levou à mudança de posição do STF em dezembro de 2008, esvaziando o conteúdo do artigo 66 da Lei 4.728/65 modificado pelo Decreto-Lei 911/69, com afastamento da equiparação do devedor fiduciante ao depositário infiel. As hipóteses em que a Constituição Federal autoriza a prisão civil são elementos de uma lista taxativa.²¹⁹

Segundo Valério de Oliveira Mazzuoli, o instituto da alienação de garantia fiduciária foi criado para atender aos anseios das instituições financeiras²²⁰, assim, ao dar uma interpretação extensiva da possibilidade de prisão civil também ao devedor-fiduciante, na verdade o equiparou a um depositário, trazendo por consequência todas as responsabilidades cobradas do depositário para a figura do devedor-fiduciante constantes no Código Civil.²²¹

²¹⁷ Cf. ilustra Eduardo Biacchi Gomes, “a prisão civil não visa uma pena, vista no viés liberal como retribuição ao agente pelo mal causado à sociedade ou ainda caráter preventivo no tocante à reincidência (BARATTA, 1999, p. 42). Entretanto o caráter aflitivo que ambas carregam é equivalente, mais ainda porque o Supremo Tribunal Federal já se manifestou quanto ao regime de cumprimento da prisão civil, afastando a possibilidade de regime semiaberto ou aberto: “a prisão civil é incompatível com a prisão albergue ou com a prisão domiciliar” (HC 74.381-PR, 1o T., julg. 26.08.1997). Parece não haver dúvida quanto ao constrangimento causado pela prisão, bem como a distinção finalística e etiológica entre a prisão civil e a prisão penal.” **Direitos fundamentais e o depositário infiel Evolução jurisprudencial.** Brasília a. 47 n. 186 abr./jun. 2010. Fonte:< <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/198673>.> Acesso em: 15/01/2016.

²¹⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Prisão civil** ... op. cit., p. 51.

²¹⁹ GOMES, Eduardo Biacchi. **Direitos fundamentais** ... op. cit.

²²⁰ Cf. Valério de Oliveira Mazzuoli, “ao longo do tempo, tem-se experimentado no direito brasileiro vários tipos de instrumentos para a garantia do crédito, uma vez que, para quem os quer garantir, já não são bastantes aqueles mecanismos de cunho tradicional. (...) A fim de suprir essas deficiências, surgiu o negócio jurídico denominado *venda com reserva de domínio*, prática ainda corrente nos meios negociais, através do qual “o bem adquirido a crédito permanece na propriedade do vendedor, até liquidação final do preço, sujeito à apreensão e venda judicial”. Apesar dos bons resultados que até então produziu, tal negócio mostrou-se ainda bastante insuficiente como meio garantidor das instituições financeiras, dadas as dificuldades decorrentes da morosidade do aparelho judiciário para a recuperação do crédito. **Prisão civil** ... op. cit., p. 5.

²²¹ Idem, p. 60

A figura do devedor-fiduciante faz com que adquira a propriedade resolúvel de determinado bem, enquanto não pagar o quanto devido, sendo assim, a propriedade do fiduciário limitada, ou seja, está condicionada a uma condição resolutiva, e somente com o pagamento do *quantum* devido, terá a causa de extinção desse direito, gerando ao fiduciário a obrigação de restituir ao fiduciante o bem em garantia alienado.

Nas lições de Caio Mário, a figura jurídica da alienação fiduciária se traduz em:

Criando 'direito real de garantia', implica a transferência, pelo devedor ao credor, da propriedade e posse indireta do bem, mantida a posse direta com o alienante. É, portanto, um negócio jurídico de alienação, subordinado a uma condição resolutiva. Efetuada a liquidação do débito garantido, a coisa alienada retoma automaticamente ao domínio pleno do devedor, independentemente de nova declaração de vontade. Na sua essência, a alienação fiduciária em garantia abrange dupla declaração de vontade: uma de alienação, pela qual a coisa passa ao domínio do adquirente fiduciário (correspondente à *mancipatio* ou a *in iure cessio* de sua fonte romana); outra de retorno da coisa ao domínio livre do devedor alienante (correspondente *factum fiduciae*). A *conditio* está ínsita no próprio contrato, qualificando a lei de 'resolúvel' a propriedade. A solução da *obligatio* será o implemento *pleno iure* da condição. O contrato é bilateral, oneroso e formal. Exige instrumento escrito que se completa pela inscrição no Registro de Títulos e Documentos".²²²

O que a doutrina²²³ apontava mesmo antes do atual entendimento do Supremo Tribunal Federal é de que a cominação da prisão do devedor fiduciário estava em discrepância, pois, havia outros meios do credor em obter o valor da coisa alienada.

Neste sentido, Valério Mazzuoli menciona as seguintes hipóteses:

- a. Se a coisa lhe foi entregue pelo devedor, pode o credor *alienar a coisa* a terceiros e aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da cobrança, entregando ao devedor o saldo porventura apurado, se houver (§ 4º do art. 66 da Lei 4.728/65 e art. 2º do Decreto-lei nº 911/69);
- b. Pode também propor *ação de busca e apreensão*, a qual será concedida liminarmente (art. 3º do Decreto-lei nº 911/69);
- c. Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em *ação de depósito*, na forma prevista no Capítulo II do título do Livro IV do Código de Processo Civil (art. 4º do Decreto-lei nº 911/69);

²²² apud Gilmar Mendes. **A supralegalidade** ... op. cit. p. 235.

²²³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Prisão Civil** ..., op.cit., p.. 15 et seq.

d. Por último, pode o credor optar pela *ação executiva*, proposta autonomamente (art. 5º do art. 66 da Lei nº 4.728/65).²²⁴

Ademais, vale trazer o posicionamento de Waldirio Bulgarelli:

Ao infeliz fiduciante (devedor) resta bem pouco, posto que nunca se viu tão grande aparato legal concedido em favor de alguém contra o devedor. Assim, não pode discutir os termos do contrato, posto que, embora 'disfarçado' em contrato-tipo, o contrato de financiamento com garantia fiduciária é efetivamente contrato de adesão, com as cláusulas redigidas pela financeira, impressas, e por ela impostas ao financiado; não é sequer, o devedor, um comprador que está em atraso, posto que, por 'um passe de mágica' do legislador, foi convertido em DEPOSITÁRIO (naturalmente, foi mais fácil enquadrá-lo, por um Decreto-lei, entre os depositários, do que reformar a Constituição, admitindo mais um caso de prisão por dívidas).²²⁵

Portanto, os tópicos seguintes demonstrarão a evolutiva jurisprudência no sentido de considerar além da tradicional compatibilidade de Constituição Federal e demais legislações internas, os tratados de direitos humanos.

Desta forma, nos dois tópicos seguintes cita a Lei Maior de 1988 e a jurisprudência consolidada à época tendo como parâmetros o Código Civil de 1996 e o Código Civil de 2002, para que justamente no capítulo 3 perceba o papel da Jurisdição Constitucional numa leitura globalizada e evolutiva dos direitos humanos.

Ressalta, que no tocante ao depositário voluntário, o Código Civil (2002) dispõe:

Art. 627. Pelo contrato de depósito recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame.

(...)

Art. 629. O depositário é obrigado a ter na guarda e conservação da coisa depositada o cuidado e diligência que costuma com o que lhe pertence, bem como a restituí-la, com todos os frutos e acréscidos, quando o exija o depositante.

O Código Civil dispõe também sobre o depósito necessário nos seguintes termos:

Art. 647. É depósito necessário:

²²⁴ Idem.

²²⁵ apud Valério de Oliveira Mazzuoli. **Prisão civil** ... op. cit., p. 17.

I - o que se faz em desempenho de obrigação legal;
 II - o que se efetua por ocasião de alguma calamidade, como o incêndio, a inundação, o naufrágio ou o saque.

Art. 648. O depósito a que se refere o inciso I do artigo antecedente, reger-se-á pela disposição da respectiva lei, e, no silêncio ou deficiência dela, pelas concernentes ao depósito voluntário.

(...)

Art. 652. **Seja o depósito voluntário ou necessário, o depositário que não o restituir quando exigido será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e ressarcir os prejuízos.** (sem grifo no original)

Verifica-se das transcrições que tanto o Código Civil de 1916 como o Código Civil de 2002 prevê a prisão do depositário, entendido aqui como o contrato de depósito genuíno e não qualquer figura equiparada como o caso do devedor-fiduciante.

2.1 CONTRATO DE DEPÓSITO NO CÓDIGO CIVIL DE 1916 E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Primeiramente, cumpre enfatizar que os dispositivos constantes no Código Civil de 1916 e 2002 quanto ao contrato de depósito são idênticos; o Código Civil de 2002 simplesmente reproduziu as disposições ali contidas, no entanto, a jurisprudência a seguir trazida mostra indubitavelmente uma visão diferenciada.

Inicialmente, vislumbra quanto à aplicabilidade da legislação à época.

Dispunha o Código Civil de 1916.

DE DEPÓSITO

Art. 1.265. **Pelo contrato de depósito recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame.**

Parágrafo único. Este contrato é gratuito; mas as partes podem estipular que o depositário seja gratificado.

Art. 1.266. **O depositário é obrigado a ter na guarda e conservação da coisa depositada o cuidado e diligência que costuma com o que lhe pertence, bem como a restituí-la, com todos os frutos e acréscidos, quando lhe exija o depositante.**

(...)

Art. 1.268. Ainda que o contrato fixe prazo á restituição, o depositário entregará o depósito, logo que se lhe exija, salvo se o objeto for judicialmente embargado, se sobre ele pender execução, notificada ao depositário, ou se ele tiver motivo razoável de suspeitar que a coisa foi furtada, ou roubada (art. 1.273). (sem grifo no original)²²⁶

As ementas a seguir transcritas de decisões do Supremo Tribunal Federal demonstram o entendimento de que não havia constrangimento ilegal ou até mesmo ofensa a Constituição Federal, as prisões decretadas nos casos de alienação fiduciária.

HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL. DEPOSITARIO INFIEL. AÇÃO DE DEPOSITO, COM JULGAMENTO DEFINITIVO. RÉU INTIMADO PESSOALMENTE PARA PAGAR O QUANTO DEVIDO OU DEVOLVER O BEM. ALIENAÇÃO FIDUCIARIA EM GARANTIA. DECRETO-LEI N. 911/1969, QUE ALTERA O ART. 66 DA LEI N. 4.728, DE 1.07.1965. CONSTITUIÇÃO, ART. 5., LXVII. **NÃO HÁ CONSTRANGIMENTO ILEGAL OU OFENSA A CONSTITUIÇÃO NO DECRETO DE CUSTODIA**, APÓS DECISÃO DEFINITIVA DA AÇÃO DE DEPOSITO, COM A NÃO DEVOLUÇÃO DO BEM, NEM O PAGAMENTO DO VALOR CORRESPONDENTE, PELO PACIENTE, CONFIGURANDO-SE A SITUAÇÃO DE DEPOSITARIO INFIEL, PREVISTA NO ART. 5., LXVII, DA CONSTITUIÇÃO DE 1988. **HABEAS CORPUS INDEFERIDO**. (HC 70625, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Segunda Turma, julgado em 22/10/1993, DJ 20-05-1994 PP-12248 EMENT VOL-01745-01 PP-00173) (sem grifo no original)²²⁷

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. PRISÃO CIVIL. DEPOSITÁRIO INFIEL. LEGITIMIDADE. ART. 5º, LXVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. JURISPRUDÊNCIA. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus 72.131 (Plenário, 23.11.95), **decidiu ser legítima a prisão civil do devedor alienante que não entregar a coisa ou seu equivalente em dinheiro**, tendo em vista a recepção do Decreto-Lei nº 911/69 pela Carta Política atual. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 212549, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Primeira Turma, julgado em 05/08/1997, DJ 16-10-1998 PP-00019 EMENT VOL-01927-04 PP-00691) (sem grifo no original)²²⁸

²²⁶BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei n. 3.071, de 1º de Janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 07/01/2016.

²²⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. HC 70625 / SP – São Paulo. Habeas Corpus. Relator(a): Ministro Néri da Silveira. Julgamento: 22/10/1993. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação DJ 20-05-1994. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28habeas+corpus+70625%29&base=baseAcordaos>. Acesso em: 07/01/2016.

²²⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. RE 212549 / GO – **RECURSO EXTRAORDINÁRIO**. Relator(a): Min. Octavio Galloti. Julgamento: 05/08/1997. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação DJ 16-10-1998. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28re+212549%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 07/01/2016

PRISÃO CIVIL. DEPOSITÁRIO INFIEL. LEGITIMIDADE. ART. 5º, INC. LXVII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. JURISPRUDÊNCIA. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus 72.131 (Plenário, 23.11.95), **decidiu ser legítima a prisão civil do devedor fiduciante que não cumprir o mandato judicial para entregar a coisa ou seu equivalente em dinheiro, tendo em vista que houve recepção do Decreto-Lei nº 911/69, pela Carta Política atual.** Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 206086, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 12/11/1996, DJ 07-02-1997 PP-01369 EMENT VOL-01856-12 PP-02522) (sem grifo no original) ²²⁹

EMENTA: - Alienação fiduciária. Prisão civil, cuja constitucionalidade já foi declarada pelo Supremo Tribunal (HC 72.131, sessão de 23-11-95). Suposto furto do veículo alienado, envolvendo controvérsia de fato, insusceptível de ser examinada no rito do habeas corpus.(HC 74490, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Primeira Turma, julgado em 22/10/1996, DJ 07-03-1997 PP-05402 EMENT VOL-01860-03 PP-00416) ²³⁰

EMENTA: "HABEAS-CORPUS" PREVENTIVO. PRISÃO CIVIL DE DEPOSITÁRIO INFIEL DECRETADA EM AÇÃO DE DEPÓSITO DE BEM ALIENADO FIDUCIARIAMENTE (ART. 66 DA LEI Nº 4.728/65 E DECRETO-LEI Nº 911/69): ART. 5º, LXVII, DA CONSTITUIÇÃO E CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA), DECR. Nº 678/92. ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. I - Preliminar. Questão nova: prescrição. O Tribunal "a quo" não pode ser considerado coator quanto às questões que não lhe foram submetidas e, neste caso, a autoridade coatora continua sendo o Juiz de primeiro grau: incompetência do Supremo Tribunal Federal. "Habeas-corpus" não conhecido nesta parte. Precedentes. II - Mérito. 1- A Constituição proíbe a prisão civil por dívida, mas não a do depositário que se furta à entrega de bem sobre o qual tem a posse imediata, seja o depósito voluntário ou legal (art. 5º, LXVII). 2- Os arts. 1º (art. 66 da Lei nº 4.728/65) e 4º do Decreto-lei nº 911/69, definem o devedor alienante fiduciário como depositário, porque o domínio e a posse direta do bem continuam em poder do proprietário fiduciário ou credor, em face da natureza do contrato. 3- A prisão de quem foi declarado, por decisão judicial, como depositário infiel é constitucional, seja quanto ao depósito regulamentado no Código Civil como no caso de alienação protegida pela cláusula fiduciária. 4- Os compromissos assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte (§ 2º do art. 5º da Constituição) não minimizam o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração da sua Constituição; por esta razão, o art. 7º, nº 7, do Pacto de São José da Costa Rica, ("ninguém deve ser detido por dívida": "este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de

²²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. RE 206086 / SP - SÃO PAULO **RECURSO EXTRAORDINÁRIO.** Relator(a): Min. Ilmar Galvão. Julgamento: 12/11/1996 Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação DJ 07-02-1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28re+206086%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 07/01/2016

²³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. HC 74490 / MG - MINAS GERAIS **HABEAS CORPUS.** Relator(a): Min. Octavio Gallotti. Julgamento: 22/10/1996 Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação DJ 07-03-1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28habeas+corpus+74490%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 07/01/2016.

inadimplemento de obrigação alimentar") deve ser interpretado com as limitações impostas pelo art. 5º, LXVII, da Constituição. 5- "Habeas-corpus" conhecido em parte e, nesta parte, indeferido. (HC 73044, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 19/03/1996, DJ 20-09-1996 PP-34534 EMENT VOL-01842-02 PP-00196)²³¹

JURISPRUDÊNCIA - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - OBSERVÂNCIA. A unidade de fatos e a do Direito sugerem solução idêntica para as controvérsias. Tanto quanto possível, há de prevalecer a mesma solução, buscando-se, com isso, o prestígio, a respeitabilidade do Judiciário, mediante a melhor compreensão dos jurisdicionados. A óptica mais se impõe quando, em jogo tema constitucional, constata-se a existência de pronunciamento do Pleno do Guardião Maior da Carta Política da República - o Supremo Tribunal Federal. Nova discussão da matéria, a partir de convencimento pessoal, há de fazer-se em sede própria - a revelada pelo citado Plenário. Em questão crivo monocrático ou mesmo de órgão fracionário, como é a Turma, mister se faz a ressalva, homenageando-se o precedente. PRISÃO CIVIL - REGRA - EXCEÇÕES - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA - VIABILIDADE. Na dicção da ilustrada maioria dos integrantes do Supremo Tribunal Federal, em relação à qual guardo reservas, dentre as exceções à regra segundo à qual não haverá prisão civil por dívida está a decorrente de relação jurídica formalizada sob a nomenclatura alienação fiduciária em garantia (precedente: habeas-corpus nº 72.131/RJ, Pleno, vencidos os Ministros Marco Aurélio - relator, Francisco Rezek, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence, sendo designado redator para o acórdão o Ministro Moreira Alves). (HC 72183, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 23/02/1996, DJ 22-11-1996 PP-45687 EMENT VOL-01851-03 PP-00449)²³²

Constata-se das jurisprudências citadas a título exemplificativo de que o entendimento do Supremo Tribunal Federal era da possibilidade de prisão civil nos casos de alienação fiduciária, haja vista considerar a figura equiparada do devedor fiduciário ao depositário genuíno previsto no Código Civil.

Dentre os vários argumentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal era de que não havia que se falar em constrangimento ilegal tampouco ofensa a Constituição Federal no decreto de custódia, bem como firmou à época o entendimento de que o Decreto 911/69 havia sido recepcionado pela

²³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. HC 73044 / SP - SÃO PAULO **HABEAS CORPUS**. Relator(a): Min. Maurício Corrêa. Julgamento: 19/03/1996 Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação DJ 20-09-1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28hc+73044%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 07/01/2016.

²³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. HC 72183 / SP - SÃO PAULO **HABEAS CORPUS**. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Julgamento: 23/02/1996 Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação DJ 22-11-1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+72183%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 07/01/2016.

Constituição, pois, uma vez não ocorrida a devolução do bem ou o pagamento respectivo, considerava-se a hipótese de prisão civil prevista no artigo 5º, LXVII, da Constituição Federal de 1988.

A posição jurisprudencial dominante entendia que o devedor alienante fiduciário seria um depositário, porque o domínio e a posse direta do bem continuavam em poder do proprietário fiduciário ou credor, em face da natureza do contrato.

Ademais, prevalecia o entendimento de que a prisão de quem fosse declarado, por decisão judicial, como depositário infiel seria constitucional, em especial quanto ao depósito regulamentado no Código Civil como no caso de alienação protegida pela cláusula fiduciária, e em razão de que o entendimento quanto ao *status* normativos dos tratados seria de lei infraconstitucional, portanto, prevalecia o entendimento de que o conceito de soberania não seria sobreposto por eventuais tratados de direitos humanos, tampouco decisões judiciais sofreriam qualquer limitação advindas de disposições dos tratados, tal como o artigo 7º, nº 7, do Pacto de São José da Costa Rica, ("ninguém deve ser detido por dívida").

Esse tratado passou a vigor no Brasil, a partir de 25 de setembro de 1992, quando foi ratificado pelo Congresso Nacional, e ainda que tenha sido posterior a Lei Maior de 1988, o entendimento firmado era de que a Convenção por ter sido ratificada sem qualquer reserva ou declaração interpretativa, não atingiria o artigo 5º, XLVII da Constituição Federal, por ser cláusula pétrea.

Em outras palavras, o Supremo Tribunal Federal sustentou por vários anos, o entendimento de que os tratados internacionais estariam no mesmo nível hierárquico e teriam o mesmo grau de eficácia das leis ordinárias, portanto, em hipótese alguma poderiam prevalecer em detrimento da Constituição Federal.

Com isso o Pacto de São José da Costa Rica não teria o condão de sobrepor-se à Magna Carta, tampouco revogar o dispositivo que permitia a prisão civil do devedor-fiduciária como figura de depositário infiel, e como demonstrado nas jurisprudências mencionadas, por extensão a do alienante fiduciário a ele equiparado.

Portanto, os tratados de direitos humanos teriam posição inferior no ordenamento jurídico pátrio, permanecendo a possibilidade de prisão do depositário infiel, ainda que na vigência do Pacto de São José da Costa Rica.

Valério Mazzuoli leciona que:

Em se tratando de proteção dos direitos humanos, a noção clássica de soberania sofre, ainda, outra transformação. No cenário internacional de proteção, os Estados perdem a discricionariedade de, internamente, a seu alvedrio e a seu talante, fazer ou deixar de fazer o que bem lhes convier. Nesse contexto é que devem os Estados-partes, num tratado internacional, cumprir todo o acordado, sem objetar disposições de seu direito interno como justificativa para o não cumprimento do que foi pactuado. Há, pois, nesse cenário de proteção dos direitos humanos, um enfraquecimento da noção da não interferência internacional em assuntos internos.²³³

O posicionamento jurisprudencial dominante reduzia a aplicação dos tratados de direitos humanos caso gerasse qualquer possibilidade de incompatibilidade ainda que aparente com os dispositivos constitucionais.

Diferentemente, no entanto, o posicionamento do ministro Gilmar Mendes conforme explicitado no tópico seguinte que apregoa ser a prisão civil uma medida extrema de coerção em face do devedor-fiduciante inadimplente, desrespeitando o princípio da proporcionalidade, este excesso (*Übermassverbot*) resta configurado em sua tríplice visão: adequação (*Geeignetheit*), necessidade (*Erforderlichkeit*) e proporcionalidade em sentido estrito.²³⁴

Leciona Valério de Oliveira Mazzuoli que já em 1934 era proibida a prisão civil por dívida, uma garantia constitucional: “Não haverá prisão por dívida, multas ou custas”.

Neste mesmo sentido ressalta o ministro Gilmar Mendes que desde o ano de 1992 quando da ratificação de tratados de direitos humanos proibitivos da prisão civil por dívida não havia mais base legal para a prisão civil do depositário infiel no caso da alienação fiduciária, e ainda que não fosse a ratificação dos tratados, a prisão civil citada já contrariava a própria Carta Magna de 1988.

²³³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos: dois fundamentos irreconciliáveis.** Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Artigo__Soberania_e_Direitos_Humanos__Valerio_Mazzuoli.pdf. Acesso em: 15/01/2016.

²³⁴ MENDES, Gilmar. **A suprallegalidade** ... op. cit., p. 238.

Gilmar Mendes ainda ressalva de que na ordem constitucional pretérita, a previsão da regra geral da proibição por dívida e suas exceções continha uma reserva legal simples e desta reserva de lei restritiva cita dois pontos: “ (a) uma norma de garantia, que reconhece e garante determinado âmbito de proteção e (b) uma norma de autorização de restrições, que permite ao legislador estabelecer limites ao âmbito de proteção constitucionalmente assegurado”²³⁵

A Constituição Federal de 1988 prevê a prisão civil nos casos do depositário infiel e ainda que se considerem os artigos previstos no Código Civil, vale mencionar tanto o Novo Código Civil (2002) que reproduz os mesmos dispositivos previstos no Código Civil de 1996, não teriam o condão de eventualmente restaurar o entendimento quanto à prisão civil do depositário infiel ante a ratificação do Pacto de San José ter sido em 1992, vez que o disposto no tratado tem natureza de norma constitucional, enquanto que o Código Civil mesmo sendo lei nova e posterior, nenhum poder terá de modificar um texto constitucional.²³⁶

Neste sentido a jurisprudência expressava que o Pacto de São José da Costa Rica, ainda que ratificado pela República do Brasil tenha vindo a impedir a prisão civil do depositário infiel, a norma possuía caráter infraconstitucional, justificado pelo quórum de aprovação ser de lei ordinária, visto que a autorização dada pelo Congresso Nacional ao Presidente da República para ratificar o tratado internacional é deliberada por maioria de votos, presentes a maioria absoluta de seus membros (art. 84, VIII, 49, I e 47 da CF). Assim, as disposições dos tratados internacionais que contrariavam a Magna Carta não deveriam prevalecer na ordem interna.²³⁷

No tópico seguinte, no entanto, já é possível verificar uma nova visão jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, inclusive, o entendimento de que não é possível equiparar a figura genuína do depositário nos casos de alienação fiduciária, considerando dentre outros de que esta equiparação se

²³⁵ MENDES, Gilmar. **A suprallegalidade** ... op. cit. 241

²³⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Op. cit. p. 195

²³⁷ Ministério Público de São Paulo. **HABEAS CORPUS Nº 613.862/4** – SP. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/habeas_corpus/jurisprudencias/juris_acordaos/aliena%C3%A7%C3%A3o%20fid.htm. Acesso em: 15/01/2015.

deu em razão de legislação ordinária, desrespeitando assim a própria Constituição Federal.

2.3 CONTRATO DE DEPÓSITO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Neste tópico as jurisprudências abaixo transcritas demonstram que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal perdurou da mesma forma até o advento da Emenda à Constituição nº 45/2004, momento em que os tratados de direitos humanos passaram a servir de parâmetro de controle de constitucionalidade ou ainda como denomina a doutrina de controle de convencionalidade²³⁸.

O contrato de depósito no Código Civil de 2002, que ora reproduz novamente, está assim previsto:

Art. 627. Pelo contrato de depósito recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame.

(...)

Art. 629. O depositário é obrigado a ter na guarda e conservação da coisa depositada o cuidado e diligência que costuma com o que lhe pertence, bem como a restituí-la, com todos os frutos e acrescidos, quando o exija o depositante.²³⁹

As ementas a seguir demonstram o entendimento do Supremo Tribunal Federal até a Emenda Constitucional nº 45/2004 que acrescentou o §3º ao artigo 5º da Carta Magna²⁴⁰ se mantinha no sentido de que era viável a prisão civil do devedor-fiduciante.

²³⁸ Neste sentido, Valério Mazzuoli. Op.cit. 195.

²³⁹ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 07/01/2016.

²⁴⁰ A análise deste artigo será feita no capítulo 3.

EMENTA: Prisão civil de depositário infiel (CF, art. 5º, LXVII): validade da que atinge devedor fiduciante, vencido em ação de depósito, que não entregou o bem objeto de alienação fiduciária em garantia: jurisprudência reafirmada pelo Plenário do STF - mesmo na vigência do Pacto de São José da Costa Rica (HC 72.131, 22.11.95, e RE 206.482, 27.5.98) - à qual se rende, com ressalva, o relator, convicto da sua inconformidade com a Constituição. (RE 299627, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 05/03/2002, DJ 22-03-2002 PP-00048 EMENT VOL-02062-06 PP-01121)²⁴¹

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. DEPOSITÁRIO INFIEL. PRISÃO CIVIL. CONSTITUCIONALIDADE. 1. Prisão civil de devedor fiduciário que, sem justificativa, não cumpre ordem judicial para entregar a coisa ou seu equivalente em dinheiro. Legitimidade. Recebido o Decreto-lei nº 911/69 pela ordem constitucional vigente, **não há falar que a equiparação do devedor fiduciário ao depositário infiel ofende a Carta da República. Precedente do Pleno deste Tribunal. 2. Legalidade da prisão civil do depositário infiel.** Matéria apreciada pelo Tribunal "a quo", que não afastou a possibilidade de prisão do devedor, se não cumpridas as condições por ele impostas para o adimplemento da obrigação. Não-observância dos fundamentos do acórdão recorrido pelo recorrente. Consequência: não-conhecimento do extraordinário. Agravo regimental não provido. (AI 345114 AgReg., Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 20/11/2001, DJ 01-03-2002 PP-00043 EMENT VOL-02059-09 PP-01887)

EMENTA: - Recurso extraordinário. Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil. - Esta Corte, por seu Plenário (HC 72131), firmou o entendimento de que, em face da Carta Magna de 1988, persiste a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel em se tratando de alienação fiduciária, bem como de que o Pacto de São José da Costa Rica, além de não poder contrapor-se à permissão do artigo 5º, LXVII, da mesma Constituição, não derogou, por ser norma infraconstitucional geral, as normas infraconstitucionais especiais sobre prisão civil do depositário infiel. - Esse entendimento voltou a ser reafirmado recentemente, em 27.05.98, também por decisão do Plenário, quando do julgamento do RE 206.482. Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido. - Inconstitucionalidade da interpretação dada ao artigo 7º, item 7, do Pacto de São José da Costa Rica no sentido de derogar o Decreto-Lei 911/69 no tocante à admissibilidade da prisão civil por infidelidade do depositário em alienação fiduciária em garantia. - É de observar-se, por fim, que o § 2º do artigo 5º da Constituição não se aplica aos tratados internacionais sobre direitos e garantias fundamentais que ingressaram em nosso ordenamento jurídico após a promulgação da Constituição de 1988, e isso porque ainda não se admite tratado internacional com força de emenda constitucional. Recurso extraordinário conhecido e provido.(RE 253071, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 29/05/2001, DJ 29-06-2001 PP-00061 EMENT VOL-02037-06 PP-01131)²⁴² (sem grifo no original)

²⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. RE 299627 / MG - MINAS GERAIS **RECURSO EXTRAORDINÁRIO.** Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 05/03/2002 Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação DJ 22-03-2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28re+299627%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 07/01/2016.

²⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. RE 253071 / GO - GOIÁS **RECURSO EXTRAORDINÁRIO.** Relator(a): Min. Moreira Alves. Julgamento: 29/05/2001 Órgão Julgador: Primeira Turma Publicação DJ 29-06-2001.

E M E N T A: ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA - PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR FIDUCIANTE - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA (CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DAPRISÃO CIVIL DO DEVEDOR FIDUCIANTE. - **A prisão civil do devedor fiduciante, nas condições em que prevista pelo DL nº 911/69, reveste-se de plena legitimidade constitucional e não transgredir o sistema de proteção instituído pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).** Precedentes. OS TRATADOS INTERNACIONAIS, NECESSARIAMENTE SUBORDINADOS À AUTORIDADE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, NÃO PODEM LEGITIMAR INTERPRETAÇÕES QUE RESTRINJAM A EFICÁCIA JURÍDICA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS. - **A possibilidade jurídica de o Congresso Nacional instituir a prisão civil também no caso de infidelidade depositária encontra fundamento na própria Constituição da República (art. 5º, LXVII).** A autoridade hierárquico-normativa da Lei Fundamental do Estado, considerada a supremacia absoluta de que se reveste o estatuto político brasileiro, não se expõe, no plano de sua eficácia e aplicabilidade, a restrições ou a mecanismos de limitação fixados em sede de tratados internacionais, como o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos). **A ordem constitucional vigente no Brasil - que confere ao Poder Legislativo explícita autorização para disciplinar e instituir a prisão civil relativamente ao depositário infiel (art. 5º, LXVII) - não pode sofrer interpretação que conduza ao reconhecimento de que o Estado brasileiro, mediante tratado ou convenção internacional, ter-se-ia interditado a prerrogativa de exercer, no plano interno, a competência institucional que lhe foi outorgada, expressamente, pela própria Constituição da República. Os tratados e convenções internacionais não podem transgredir a normatividade subordinante da Constituição da República e nem dispõem de força normativa para restringir a eficácia jurídica das cláusulas constitucionais e dos preceitos inscritos no texto da Lei Fundamental.** Precedente: ADI 1.480/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO.²⁴³ (sem grifo no original)

Nos julgados a seguir transcritos já é possível verificar a mudança na interpretação da legislação de forma mais voltada para a legislação como um todo, ou seja, verifica-se a aplicação do direito considerando não só o

Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28re+253071%29&base=baseAcordaos>. Acesso em: 07/01/2016.

²⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. AI 403828 AgR / MS - MATO GROSSO DO SUL. **AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO**. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. julgamento: 05/08/2003 Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação DJe-030 DIVULG 18-02-2010 PUBLIC 19-02-2010. <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AI+403828+AgR+%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 16/01/2016.

ordenamento jurídico interno, mas sim, tem-se a abertura de um diálogo entre a legislação interna com os tratados de direitos humanos ratificados.

E M E N T A: "HABEAS CORPUS" - IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO, QUE, PROFERIDA POR MINISTRO-RELATOR, NÃO FOI SUBMETIDA À APRECIÇÃO DE ÓRGÃO COLEGIADO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - ADMISSIBILIDADE - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA - PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR FIDUCIANTE - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA (CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS) - CONCESSÃO DE "HABEAS CORPUS" DE OFÍCIO, PARA DETERMINAR QUE O TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL, AFASTADA A PREJUDICIAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 4º DO DECRETO-LEI Nº 911/69, ANALISE AS DEMAIS ALEGAÇÕES DE DEFESA SUSCITADAS PELO PACIENTE. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DAPRISÃO CIVIL DO DEVEDOR FIDUCIANTE. - **A prisão civil do devedor fiduciante, nas condições em que prevista pelo DL nº 911/69, reveste-se de plena legitimidade constitucional e não transgredir o sistema de proteção instituído pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).** Precedentes. OS TRATADOS INTERNACIONAIS, NECESSARIAMENTE SUBORDINADOS À AUTORIDADE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, NÃO PODEM LEGITIMAR INTERPRETAÇÕES QUE RESTRINJAM A EFICÁCIA JURÍDICA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS. - A possibilidade jurídica de o Congresso Nacional instituir a prisão civil no caso de infidelidade depositária encontra fundamento na própria Constituição da República (art. 5º, LXVII). A autoridade hierárquico-normativa da Lei Fundamental do Estado, considerada a supremacia absoluta de que se reveste o estatuto político brasileiro, não se expõe, no plano de sua eficácia e aplicabilidade, a restrições ou a mecanismos de limitação fixados em sede de tratados internacionais, como o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos). - A ordem constitucional vigente no Brasil - que confere ao Poder Legislativo explícita autorização para disciplinar e instituir a prisão civil relativamente ao depositário infiel (art. 5º, LXVII) - não pode sofrer interpretação que conduza ao reconhecimento de que o Estado brasileiro, mediante tratado ou convenção internacional, ter-se-ia interditado a prerrogativa de exercer, no plano interno, a competência institucional que lhe foi outorgada, expressamente, pela própria Constituição da República. A ESTATURA CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS: UMA DESEJÁVEL QUALIFICAÇÃO JURÍDICA A SER ATRIBUÍDA, "DE JURE CONSTITUENDO", A TAIS CONVENÇÕES CELEBRADAS PELO BRASIL. - **É irrecusável que os tratados e convenções internacionais não podem transgredir a normatividade subordinante da Constituição da República nem dispõem de força normativa para restringir a eficácia jurídica das cláusulas constitucionais e dos preceitos inscritos no texto da Lei Fundamental (ADI 1.480/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno).** - Revela-se altamente desejável, no entanto, "de jure constituendo", que, à semelhança do que se registra no direito constitucional comparado (Constituições da Argentina, do Paraguai, da Federação Russa, do Reino dos Países Baixos e do Peru, v.g.), o Congresso Nacional venha a outorgar hierarquia constitucional aos tratados sobre direitos humanos celebrados pelo Estado brasileiro. **Considerações em torno desse tema. CONCESSÃO "EX OFFICIO" DA ORDEM DE "HABEAS CORPUS".** - Afastada a questão prejudicial concernente à inconstitucionalidade do art. 4º do Decreto-Lei nº 911/69, cuja validade jurídico-constitucional foi reafirmada pelo Supremo Tribunal Federal, é concedida, "ex officio", ordem de "habeas corpus", para

determinar, ao Tribunal de Justiça local, que prossiga no julgamento do "writ" constitucional que perante ele foi impetrado, examinando, em consequência, os demais fundamentos de defesa suscitados pelo réu, ora paciente.²⁴⁴ (sem grifo no original)

"HABEAS CORPUS" - PRISÃO CIVIL - DEPOSITÁRIO LEGAL (LEILOEIRO OFICIAL) - A QUESTÃO DA INFIDELIDADE DEPOSITÁRIA - CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (ARTIGO 7º, n. 7) - HIERARQUIA CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS - PEDIDO DEFERIDO. ILEGITIMIDADE JURÍDICA DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL. - Não mais subsiste, no sistema normativo brasileiro, a prisão civil por infidelidade depositária, independentemente da modalidade de depósito, trate-se de depósito voluntário (convencional) ou cuide-se de depósito necessário. Precedentes. TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: AS SUAS RELAÇÕES COM O DIREITO INTERNO BRASILEIRO E A QUESTÃO DE SUA POSIÇÃO HIERÁRQUICA. - A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, n. 7). **Caráter subordinante dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos e o sistema de proteção dos direitos básicos da pessoa humana. - Relações entre o direito interno brasileiro e as convenções internacionais de direitos humanos** (CF, art. 5º e §§ 2º e 3º). Precedentes. - Posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento positivo interno do Brasil: natureza constitucional ou caráter de supralegalidade? - Entendimento do Relator, Min. CELSO DE MELLO, que atribui hierarquia constitucional às convenções internacionais em matéria de direitos humanos. A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE MUTAÇÃO INFORMAL DA CONSTITUIÇÃO. - A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel do Poder Judiciário: a interpretação judicial como instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição. A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea. HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: A NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. - Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, **devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. - O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável** (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a

²⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. HC 81319 / GO - GOIÁS
HABEAS CORPUS. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO
 Julgamento: 24/04/2002 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação DJ 19-08-2005.
 RJSP v. 53, n. 335, 2005, p. 136-137

liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs. - Aplicação, ao caso, do Artigo 7º, n. 7, c/c o Artigo 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano.²⁴⁵

Verifica-se, ainda, neste último julgado que o entendimento da supralegalidade dos tratados de direitos humanos passou a ser subsídio com o fim de aclarar que os direitos humanos devem ter uma proteção jurídica ampla, devendo o Poder Judiciário prestigiar o critério da norma mais favorável, ou ainda, extrair das normas a maior eficácia possível, sob pena de esvaziar o fundamento básico da lei, qual seja, a aplicação do direito em casos concretos.

Ademais, conforme será demonstrado no capítulo 3, o Recurso Extraordinário nº 466.343-1- SP, objeto de estudo de caso do devedor-fiduciante, demonstra a importância do papel da jurisdição e afirma a ideia de que a interpretação jurídica não se fixa numa mera obediência a legislação, ao contrário, a racionalidade do direito passa a exigir do intérprete uma perspectiva adequada a realidade social.

Percebe-se dos julgados trazidos a importância da jurisdição constitucional, bem como a evolução destes entendimentos que se modificam a medida que acompanham não só o desenvolvimento das sociedades, como também das próprias necessidades que passam a ser valoradas de formas diferentes.

E ainda, conforme exposto nos tópicos anteriores, depreende-se que o mesmo caso concreto levado ao Judiciário, qual seja, a prisão civil do devedor-fiduciante, como no caso da alienação fiduciária, a evolução e a interligação da leitura normativa do direito interno e dos tratados de direitos humanos.

A ideia de que as normas de direitos fundamentais, tanto as originárias do poder constituinte inaugural, tanto as advindas de tratados de direitos humanos, refletem nas relações particulares.

²⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. HC 91361 / SP - SÃO PAULO **HABEAS CORPUS**. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO
 Julgamento: 23/09/2008 Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação DJe-025
 DIVULG 05-02-2009 PUBLIC 06-02-2009. Disponível em:
 <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+91361+sp%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 16/01/2016.

A proteção dos direitos humanos passa a ser visualizada de maneira mais ampla, em decorrência da Constituição do Direito Privado.

Conclui-se das jurisprudências transcritas o quanto o Poder Judiciário deve observar o direito à luz das normas internas em compatibilidade com a noção de Estado Democrático de Direito, inclusive demonstrar a real concretização dos direitos humanos nas relações privadas.

Portanto, o capítulo 2 abarcou questões básicas a fim de possibilitar o entendimento do capítulo 3, em especial, o papel da jurisdição constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais humanos.

3. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL E DIREITOS HUMANOS

Este capítulo trará os temas já desenvolvidos com o fim precípuo de demonstrar se a jurisdição constitucional tem papel efetivo na efetivação dos direitos humanos nas relações particulares, bem como ainda que de forma sucinta, como a jurisdição constitucional vem sendo tratada a partir da Carta Magna de 1988.

3.1 O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EM RELAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Na busca de aferir a importância da pesquisa trazida, a Jurisdição ainda que seja tema maciçamente trabalhado pela doutrina, o que se pretende demonstrar sem desprestigiar qualquer outro ramo do direito, é a importância da jurisdição constitucional e a ligação direta da afirmação da democracia e a efetividade dos direitos humanos pregada pela Constituição Federal de 1988.

Em especial quer demonstrar o papel da jurisdição constitucional na efetivação de direitos humanos além da relação entre Estado e particulares, posição esta que a história demonstra ser o ápice do desenvolvimento dos direitos humanos.

Intenta trazer a partir da internacionalização dos direitos humanos no ordenamento interno, com a inserção do Estado brasileiro na órbita e na visão global protetiva dos direitos humanos, a amplitude desta proteção para as relações jurídicas entre particulares, inclusive.

Desta forma, em continuidade ao apresentado nos capítulos anteriores, tem-se a abordagem inicial do que vem a ser a jurisdição constitucional, ainda que erroneamente possa parecer privilegiar e engrandecer o Poder Judiciário perante os demais poderes instituídos.

Na verdade, a concentração do tema se converte na Lei Maior de 1988, vez que o sistema jurídico demonstra que após a inserção de valores morais na Constituição Federal ocorreram mudanças estruturais no sistema e na leitura do ordenamento normativo.

Assim, além da constitucionalização do direito; da inserção de princípios e regras como normas²⁴⁶; a racionalidade nas decisões judiciais passou a ser alvo de atenção de todos os operadores do direito, bem como da sociedade, vez que a interpretação jurídica não mais se atém a uma mera subsunção do fato à norma.

Vale ressaltar a afirmação de Paulo Gustavo Gronet Branco, ao mencionar que as constituições, hoje, ao serem compostas de regras e princípios mostram perfeitamente que um modelo composto somente de regras, prestigiaria sim a segurança jurídica, mas de uma praticidade limitada e os sistemas que contivesse somente princípios, seria inaceitável por justamente ameaçar a segurança das relações.²⁴⁷

Luiz Fernando Barzotto preleciona que:

O juiz não pode pensar sua atividade como uma mera adesão a normas positivadas (normativismo) nem pode criar o direito *ex nihilo* (decisionismos), mas está obrigado a dar continuidade, em cada caso, à discussão democrática que se expressa nas leis e decretos dos poderes legitimados pelo voto popular.²⁴⁸

A mudança do cenário histórico-institucional do Poder Legislativo trouxe o questionamento quanto a ser adequada a sua capacidade de ordenar a vida social e política, demonstrando que o Estado legislativo de direito, numa concepção positivista de direito, já era insuficiente para dar a eficácia do direito como limite ao poder.

²⁴⁶ Cf. Paulo Gustavo Gronet Branco, ao abordar a questão de regras e princípios, traz o posicionamento de Ronald Dworkin e Robert Alexy e em especial, o entendimento das diferenças entre estes dois institutos para os autores. Para Ronald Dworkin, um princípio e uma regra se assemelham, na medida em que ambos estabelecem obrigações jurídicas. O que os estrema seria, porém, não o maior ou menor grau de vagueza da disposição, mas, sim o tipo de diretiva que apresentam. (...) em havendo conflito entre regras, a solução haverá de se pautar pelos critério clássicos de solução de antinomias (hierárquico, da especialidade e cronológico). (...) os princípios tem uma dimensão que as regras não possuem: a dimensão do peso. Os princípios podem interferir uns nos outros e, nesse caso, “deve-se resolver o conflito levando-se em consideração o peso de cada um”. E, para Alexy que também fala nos princípios convivendo no mundo normológico com as regras. Para ele, princípios e normas configuram as pontas extremas do conjunto de normas, mas são diferentes – e a distinção é tão importante que Alexy a designa como “a chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais”. E neste ponto os autores se distanciam, vez que para Alexy os princípios “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 112.

²⁴⁷ GRONET BRANCO, Paulo Gustavo. Op. cit., p. 113.

²⁴⁸ BARZOTTO, Luis Fernando. **A democracia na Constituição**. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 192.

Em decorrência desta percepção, a distância entre o Estado e a sociedade, acarretou a necessidade de uma nova visão na própria concepção de Estado de direito. O Estado-legislação passa por mudanças e vislumbra-se o Estado Constitucional de Direito, com novas teorias do Direito, o chamado de neoconstitucionalismo²⁴⁹.

Neste ponto, convém mencionar ainda que de forma sucinta a questão do chamado neoconstitucionalismo contrapondo-se ao constitucionalismo, vez que em decorrência desta análise, é possível verificar a questão da jurisdição constitucional, ponto crucial da pesquisa.

O constitucionalismo ou o positivismo jurídico é uma concepção própria do Estado de direito em que a produção jurídica se concentrava unicamente numa instância constitucional, a instância legislativa.²⁵⁰ E com isto se traduz que a atividade do jurista se baseava simplesmente na observância da lei. Porém, esta passividade passou a não condizer com a realidade político-social e ideal do sistema normativo.

Para Luigi Ferrajoli, no constitucionalismo têm-se a emergência do Estado de Direito sob o viés positivista. A referência do constitucionalismo é a Constituição formal e o Estado de Direito em sentido formal.²⁵¹

Luís Roberto Barroso apresenta as principais características do positivismo jurídico, bem como alguns dos alicerces que aspiravam os positivistas²⁵²:

O positivismo jurídico aplica os fundamentos do positivismo filosófico no mundo do Direito, na pretensão de criar ciência jurídica, com características análogas à ciências exatas e naturais. A busca de objetividade científica com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o Direito da moral e dos valores transcendentais. Direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa. A ciência do Direito, como todas as demais, deve fundar-se em juízos de fato, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízo de valor, que representam

²⁴⁹ Cf. Dirley da Cunha Júnior, “isto se deveu notadamente em razão do fracasso do Estado Legislativo de direito, no âmbito do qual o mundo, pasmado, testemunhou uma das maiores barbáries de todos os tempos, com o genocídio cometido pelo governo nacional socialista alemão provocando o holocausto que exterminou milhões de judeus, pelos nazistas, entre 1939 e 1945.” **Curso de Direito Constitucional**. Op.cit., p. 40.

²⁵⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Editora Trotta. 7ªed. 2007. p. 109-153.

²⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado del derecho. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)** cit. p.13-30. apud Paulo Schier. *Constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988*, In: Clève, Clèmerson Merlin. (Org.). *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v.1.p. 50.

²⁵² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 261-262

uma tomada de decisão diante da realidade. Não é no âmbito do Direito que se deve travar a discussão acerca das questões como legitimidade e justiça.

A norma é válida não por ser justa, mas por atender a um determinado critério formal de criação, entendendo o legislador como infalível.

Friedrich Müller resume bem esse período:

Insistindo na mera positividade do direito, transfigurada longe da realidade da vida, o positivismo aceitou o preço da redução ou da perda da normatividade jurídica, cujas condições específicas bem como, genericamente, a peculiaridade do direito saíram do campo visual, à medida que o ideal metodológico de uma ciência natural que ainda não tinha começado a se questionar foi transferida acriticamente a prescrições jurídicas. Assim, o direito é compreendido equivocadamente como um ser que repousa em si, que só deve ser relacionado *ex post facto* com as relações da realidade histórica. A norma jurídica é compreendida equivocadamente como ordem, como juízo hipotético, como premissa formalizada segundo os princípios da lógica formal, como vontade materialmente vazia.²⁵³

Neoconstitucionalismo, constitucionalismo contemporâneo ou ainda pós-positivismo são expressões que servem para mostrar uma nova concepção jurídica.²⁵⁴ O neoconstitucionalismo apresenta a constitucionalização do ordenamento jurídico.

Paulo Schier afirma que o fenômeno da constitucionalização do direito decorre, entre diversos fatores do processo de substancialização das Constituições contemporâneas, o movimento de impregnação das normas infraconstitucionais por princípios e regras constitucionais. Nesse sentido não mais se admite uma compreensão do direito que não seja a compreensão constitucional.²⁵⁵ E assim, verifica-se claramente o Estado de legalidade.

E ainda o autor Paulo Schier menciona os fenômenos decorrentes desta visão legalista:

(i) maior presença da lei em detrimento da Constituição;(ii) maior presença do legislador em detrimento do juiz; (iii) maior participação das regras (principalmente de procedimentos) em detrimento dos princípios; (iv) mais subsunção e menos ponderação; (v) vinculação do Estado à Constituição

²⁵³ MULLER, Friedrich. **Metodologia do direito constitucional**. Trad. Peter Naumann. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.45.

²⁵⁴ SANCHIS, Luis Prieto. **Justicia Constitucional y derechos fundamentales**. Editora Trotta. 2003. 101-135

²⁵⁵ SCHIER, Paulo Ricardo. A Constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988. In: Clève, Clèmerson Merlin. (Org.). **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v.1.p. 50-51

como “limitação”; (vi) maior homogeneidade axiológica dos textos constitucionais e menos pluralismo (principalmente pela ideia da lei como consenso ou expressão de uma vontade geral; (vii) separação entre direito e moral; (viii) ênfase no procedimento e na forma, em detrimento da substância; e (ix) eixo teórico fundado na teoria do direito sob perspectiva do positivismo.²⁵⁶

Para Comanducci, os termos constitucionalismo e neoconstitucionalismo designam numa primeira acepção, uma teoria e/ou uma ideologia e/ou um método de analisar o direito. Em uma segunda acepção, designam a troca de alguns elementos estruturais de um sistema jurídico e político, que são descritos e explicados pelo neoconstitucionalismo como teoria, o que satisfazem os requisitos do neoconstitucionalismo como ideologia.²⁵⁷

Partindo de uma tipologia didática e dos três sentidos que Norberto Bobbio coloca do positivismo jurídico, Comanducci distingue três formas de neoconstitucionalismo: o neoconstitucionalismo teórico, o neoconstitucionalismo ideológico e o neoconstitucionalismo metodológico.

Assim, para o constitucionalista, o neoconstitucionalismo teórico, a Constituição teria uma imagem ‘invasora’, pela positivação de um catálogo de direitos fundamentais, pela presença de princípios e regras, assim como, pela presença na Constituição de princípios e regras.

No sentido ideológico, afirma a ideia da importância dos mecanismos institucionais de tutela dos direitos fundamentais e adota o modelo axiológico da Constituição como norma.

Ainda no sentido ideológico, Pietro Sanchis entende que o neoconstitucionalismo seria uma ideologia justificadora.

Para Écio Oto Ramos Duarte:

O primeiro, o Neoconstitucionalismo Teórico, aspira descrever os logros da constitucionalização e assume a defesa de que o modelo do sistema jurídico derivado desse processo está caracterizado, além de uma Constituição “invasora”, pela positivação de um catálogo de direitos fundamentais, pela onipresença na Constituição de princípios e regras, e por algumas peculiaridades da interpretação e da aplicação das normas constitucionais em relação à interpretação e da aplicação das normas constitucionais em relação à interpretação e à aplicação da lei. Por sua vez, a segunda forma de Neoconstitucionalismo, o Neoconstitucionalismo

²⁵⁶ SCHIER, Paulo Ricardo. **A Constitucionalização do** op. cit.

²⁵⁷ COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico.** Disponível em: www.upf.edu/filosofiadeldret/_pdf/coman. Acesso em: 06/10/2014.

ideológico, não se limita a “descrever os logros do processo de constitucionalização, senão que os valora positivamente e propugna a sua defesa e aplicação. Em particular, sublinha a importância dos mecanismos institucionais de tutela dos direitos fundamentais” e adota o modelo axiológico da Constituição como norma, pondo em evidência, dessa maneira, a defesa da radical especificidade da interpretação (e aplicação) constitucional em relação à lei. Por último, o Neoconstitucionalismo terminológico análogo, o positivismo metodológico – que distingue entre as funções de descrever o direito e valorar-prescrever o direito -, mantém que a identificação e/ou a justificação do direito deve ser realizada a partir da tese da conexão necessária entre direito e moral.²⁵⁸

Suzanna Pozzolo sustenta que o neoconstitucionalismo tem se tornado porta-voz das exigências de direito e moral, fundação, argumentação e justificação do direito e, também, das eleições políticas que estão por trás. A autora ainda apresenta as principais características do neoconstitucionalismo:

a) a adoção de uma noção específica de Constituição como norma; b) a defesa da tese segundo a qual o direito é composto (também) de princípios; c) a adoção de técnica interpretativa denominada “ponderação” ou “balanceamento”; d) a consignação de tarefas de integração à jurisprudência e de tarefas pragmáticas à Teoria do Direito.²⁵⁹

A referência do neoconstitucionalismo, portanto, é a constituição material que busca a efetivação do direito. E para Paulo Schier, nesta questão em estabelecer a legitimação substancial do direito, o jurista apresenta os seguintes fenômenos:

(i) maior presença da constituição em detrimento da lei; (ii) maior presença do juiz em detrimento do legislador; (iii) maior participação dos princípios em detrimento das regras; (iv) mais ponderação e menos subsunção; (v) vinculação do Estado à Constituição como “limitação”, mas também como “prestação” e legitimação material; (vi) maior heterogeneidade axiológica dos textos constitucionais e, logo, mais pluralismo; (vii) aproximação entre direito e moral; (viii) ênfase na substância, sem contudo, o abandono da forma, do procedimento; e finalmente, (ix) eixo teórico fundado na teoria da argumentação sob perspectiva do pós-positivismo.²⁶⁰

²⁵⁸ DUARTE, Écio Oto. POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição**. Ed. Landy, 2006. p. 25

²⁵⁹ POZZOLO, Susanna. **O neoconstitucionalismo como último desafio ao positivismo jurídico. A reconstrução neoconstitucionalista da teoria do direito: suas incompatibilidades com o positivismo jurídico e a descrição de um novo modelo**. Ed. Landy, 2010. p.79

²⁶⁰ SCHIER, Paulo Ricardo. **Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo**. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 06/10/2014.

Humberto Ávila aponta as principais mudanças do positivismo ao pós-positivismo, quais sejam:

princípio em vez de regras (ou mais princípios do que regras); ponderação no lugar de subsunção (ou mais ponderação do que subsunção); justiça particular em vez de justiça geral (ou mais análise individual e concreta do que geral e abstrata); Poder Judiciário em vez dos Poderes Legislativo ou Executivo (ou mais Poder Judiciário e menos Poderes Legislativo e executivo); Constituição em substituição à lei (ou maior, ou direta aplicação da Constituição em vez da lei).²⁶¹

Assim, verifica-se neste singelo comparativo apresentado de que as premissas do neoconstitucionalismo na verdade advém do constitucionalismo, porém, com uma visão aprimorada para se adaptar as próprias necessidades de respostas à sociedade, e considerando que o fato de praticamente todos os pressupostos do neoconstitucionalismo terem se desenvolvido no quadro do constitucionalismo não significa que, na perspectiva histórica, não se trata de momentos diferentes.²⁶²

Decorre que o fenômeno da constitucionalização do direito fixa a ideia de valorização da Constituição, portanto, o valor supremo. Antes, as ideias de constituições formais, justamente, não traziam esta valoração, ao contrário, o foco era a lei como agente central do sistema normativo, por isto o paradigma era o da legalidade e não o da constitucionalidade.

Desta forma, com a valoração da Constituição e no momento em que as constituições passaram a albergar princípios e direitos sociais com elevada carga axiológica trouxe a constitucionalização do direito. E, em decorrência deste movimento, desta visão, a legislação infraconstitucional passa a encontrar parâmetros constitucionais que permitem a análise de sua justiça material.²⁶³

A ideia expressada por uma ciência da legislação-positiva trazia uma concentração da produção jurídica em uma só instância constitucional, a instância legislativa. Seu significado traduzia em reduzir tudo o pertencia ao direito à lei.²⁶⁴

²⁶¹ AVILA, Humberto Bergmann. **“Neoconstitucionalismo”**: entre a Ciência do Direito e o Direito da Ciência. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>>. Acesso em: 07/08/2015.

²⁶² SCHIER, Paulo Ricardo. **Novos desafios** ... op.cit.

²⁶³ Idem. p. 52.

²⁶⁴ Ibidem.

Para Zagrebelsky a razão de ser possível um sistema fundado em regras está ligado ao fato de que, no Estado Liberal, havia um contexto político e cultural homogêneo e com situações sociais muito mais estáveis que as atuais, no qual o problema dos valores fundamentais estaria bem resolvido, razão pela qual a interpretação poderia resumir na busca do significado desejado pelo legislador.²⁶⁵

No modelo positivista, conforme Paulo Schier, viveu-se no Direito, por longos e longos anos, sob o quarto escuro e empoeirado do positivismo jurídico. E menciona o autor:

Sob a ditadura dos esquemas lógico-subsuntivos de interpretação, da separação quase absoluta entre direito e moral, da ideia do juiz neutro e passivo, da redução do direito a enunciados linguísticos, da repulsa aos fatos e à vida em relação a tudo que se dissesse jurídico, da separação metodológica e cognitiva entre sujeito e objeto de interpretação, da prevalência sempre inafastável das opções do legislador em detrimento das opções da constituição e da criatividade hermenêutica do juiz, da negação de normatividade aos princípios e, assim, em grande parte, à própria Constituição.²⁶⁶

Decorre assim o entendimento de que a partir da constitucionalização do direito, já no contexto do neoconstitucionalismo pós-positivismo, as constituições passam a albergar princípios e direitos sociais prestacionais dotados de elevada carga axiológica²⁶⁷, e em consequência a lei ganha parâmetros constitucionais que permitem a análise numa visão de justiça material.

Diante dessa realidade, o neoconstitucionalismo demonstrou a necessidade de uma interpretação normativa diferenciada, daí a racionalidade do direito vista sob outro panorama. A racionalidade do direito então exigiria do intérprete uma eleição normativa compatível com a realidade.

Decorre assim, a perspectiva de um sistema dotado de regras e de princípios, e numa leitura do conjunto, a Constituição é um sistema. E numa

²⁶⁵ SCHIER, Paulo Ricardo. **Novos desafios** ... op.cit

²⁶⁶ Idem.

²⁶⁷ SCHIER, Paulo Ricardo. Constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988. In: Cléve, Clèmerson Merlin (org.). **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 1.

leitura individual, dos elementos que o compõe, os diversos integrantes deste conjunto seriam regras e princípios.²⁶⁸

Assim, a Constituição ao albergar princípios e regras, e ainda princípios sociais, institui no sistema um parâmetro axiológico e ainda possibilita a adequação do mundo normativo à realidade social.

Para Sanchis o neoconstitucionalismo consubstanciado numa visão diferenciada da teoria do direito pode ser resumida em cinco pontos: mais princípios do que regras; mais ponderação que subsunção; onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, em lugar de espaços vazios em favor da opção legislativa ou regulamentadora; onipresença judicial em favor da autonomia do legislador ordinário e a coexistência de uma constelação plural de valores, as vezes tendencialmente contraditórias, em lugar da homogeneidade ideológica em torno de princípios coerentes entre si e em torno, sobretudo, das sucessões opções legislativas.²⁶⁹

Desta forma, decorre que o neoconstitucionalismo possibilita uma análise próxima do direito e moral, e em consequência a validade das normas e das decisões não dependem mais apenas de sua origem, mas também de sua adequação formal e substancial à Constituição.

O próprio sistema fornece fundamentos para diferentes decisões, técnicas interpretativas diversas podem conduzir a resultados incompatíveis. Isto é: nem sempre o sistema indicará uma solução única e indisputada e, nessas circunstâncias, não bastará demonstrar alguma conexão com o sistema jurídico; é necessário demonstrar a racionalidade propriamente dita da conexão escolhida.²⁷⁰

Assim, verifica-se que as diferenças entre constitucionalismo e neoconstitucionalismo decorrem na verdade de uma adaptação da realidade social em face do ordenamento do constitucionalismo ou positivismo.

²⁶⁸ SCHIER, Paulo Ricardo. **Direito Constitucional – anotações nucleares**, 4ª reimpressão, Curitiba: Juruá, 2004.

²⁶⁹ SANCHIS, Pietro. **Justicia ...** op. cit., p. 117.

²⁷⁰ BARCELOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 44.

O positivismo característico do Estado de Direito em tese disponibilizava uma segurança jurídica, vez que não havia espaço para decisões judiciais que não estivessem vinculadas ao disposto na lei.

A lei, no Estado de Direito, vigorava em todos os campos possíveis. Portanto, trazia uma ideia de igualdade e em tese respeito ao ordenamento jurídico.

O neoconstitucionalismo²⁷¹, por sua vez, em que pese não ser um modelo distinto do constitucionalismo, trouxe uma evolução ao analisar e desenvolver a constitucionalização do direito.

Com isso, a Constituição se tornou aberta a novos paradigmas, trazendo regras e princípios, e em especial, os princípios com força normativa, possibilitando através de outras teorias do direito, interpretações mais adequadas à realidade social.

Rodrigo Brandão leciona que “a normatividade de princípios vem sendo cada vez mais afirmada pela jurisprudência das Cortes Constitucionais ao redor do mundo, inclusive e notadamente do Supremo Tribunal Federal, e a proporcionalidade se destaca como o principal instrumento metodológico para a ponderação entre princípios jurídicos.”²⁷²

Ana Paula Barcellos entende que as decisões judiciais não são tomadas com base em uma subsunção simples ou facilmente perceptível, já que os critérios utilizados para definir a solução em cada caso não estão no texto jurídico. Em suma: com mais razão que a existente relativamente a todas as decisões judiciais, a legitimidade daquelas que se valem da técnica da ponderação depende fortemente de sua racionalidade e capacidade de justificação.²⁷³

Écio Duarte aduz que:

O neoconstitucionalismo exige dos operadores jurídicos cada vez mais a elaboração de juízos de adequação e juízos de justificação com natureza

²⁷¹ Cf. Paulo Gustavo Gonet Branco, “a compreensão da Constituição como técnica de proteção das liberdades é atributo do constitucionalismo moderno, que importa conhecer para que se possa discernir o próprio momento atual, a que muitos denominam *neoconstitucionalismo*.” Op. cit., p. 59.

²⁷² BRANDÃO, Rodrigo. Aplicação direta de princípios constitucionais, ativismo judicial e superação do dogma do “legislador negativo”. In: **Direitos fundamentais e Jurisdição Constitucional**. Organizadores Clèmerson Merlin Clève e Alexandre Freire. Editora Revista dos Tribunais. 2014. p. 58.

²⁷³ BARCELOS, Ana Paula de. **Ponderações** ... op. cit., p. 41.

ética ao lado das técnicas estritamente subsuntivas-jurídicas. Denunciando o equívoco da tese da discricionariedade judicial própria do positivismo jurídico clássico (é dizer, no sentido forte), a tese neoconstitucionalista do judicialismo ético-jurídico propugna que a dimensão de justiça pretendida pela aplicação judicial comporta a conjugação de elementos éticos aos elementos estritamente jurídicos, confluindo, portanto, à fixação da tese da conexão entre direito e moral.²⁷⁴

Daniel Sarmento ao discorrer sobre a constitucionalização do Direito suscita uma série de problemas, e aponta, por exemplo a questão de constitucionalizar um decisão, pois, a constitucionalização além de ser composta por normas vagas e abstratas, a irradiação destas normas pelo ordenamento, quando realizadas pelo Poder Judiciário sem critérios racionais e intersubjetivamente controláveis, pode comprometer valores muito caros ao Estado Democrático de Direito.²⁷⁵

É verdade que a legitimidade das decisões judiciais não decorre da sua aprovação popular, porém, a decisão judicial deve obediência à ordem jurídica.²⁷⁶

Assim, para não banalizarmos a postura do judiciário diante do chamamento de tantas questões a serem solucionadas, Daniel Sarmento aponta algumas balizas a serem observadas:

a) ao emprego de uma metodologia racional, intersubjetivamente controlável e transparente, não só para aperfeiçoar as decisões, como também para evitar que elas sejam vistas pela sociedade como fruto exclusivo dos caprichos e das predileções dos seus prolores; b) à democratização do próprio exercício da jurisdição constitucional, com a abertura do seu procedimento à participação efetiva de novos atores sociais, através de medidas de fortalecimento do papel dos amici curiae e a realização mais frequente de audiências públicas; c) à adoção, pelos juízes, de uma postura de moderação e de respeito diante das decisões adotadas pelos demais poderes, em razão de seu lastro democrático eleitoral.²⁷⁷

Desta forma, ao analisar a questão da compreensão do intérprete, traz a ideia basilar da pré-compreensão que acabam por refletir na hermenêutica constitucional, cabe ao intérprete da Constituição avaliar criticamente as suas pré-compreensões, e não tornar-se um refém delas, não se dirige apenas ao

²⁷⁴ DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição**. São Paulo: Landy, 2006.

²⁷⁵ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: Os dois lados da moeda. In: _____. **Livres e iguais: estudos de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 115

²⁷⁶ Idem, p. 136

²⁷⁷ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: Os dois lados ... op.cit., p. 138

Judiciário, mas a todos aqueles que participam da hermenêutica constitucional: juízes, legisladores, administradores e até cidadãos.²⁷⁸

Nos dizeres de Lenio Streck:

O Estado Democrático de Direito proporcionou uma nova configuração nas esferas de tensão dos Poderes do Estado, decorrente do novo papel assumido pelo Estado e pelo constitucionalismo, circunstância que reforça, sobretudo, o caráter hermenêutico do direito. Afinal, há um conjunto de elementos que identificam essa fase da história do direito e do Estado: textos constitucionais principiológicos, a previsão/determinação de efetivas transformações da sociedade (caráter compromissório e diretivo das Constituições) e as crescentes demandas sociais que buscam no Poder Judiciário a concretização de direitos tendo como base os diversos mecanismos de acesso à justiça.²⁷⁹

Assim, Luís Roberto Barroso preleciona que:

O neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados (i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.²⁸⁰

Decorre que a partir desta mudança em visualizar e aplicar o Direito, favoreceu um sentimento constitucional universal o que tem levado a defesa da efetividade dos direitos fundamentais e controle judicial das políticas públicas.²⁸¹

Portanto, ao trazer o tema proposto, necessariamente, busca-se a eficácia efetiva da Constituição como base a implantação de um Estado

²⁷⁸ SARMENTO, Daniel. Interpretação Constitucional, Pré-Compreensão e Capacidades Institucionais do Intérprete. In: **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**, SOUZA NETO, Claudio Pereira de; BINEMBOJN, Daniel Sarmiento (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 311-321.

²⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy**. Revista de Direito e Práxis, v. 4, 2013.

²⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. In: Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil, Ano 23, n. 82. 4º trimestre, p. 2005, p 109-157, p. 123.

²⁸¹ CUNHA, Dirley Jr. **Curso de Direito Constitucional**. Op.cit., p. 43.

Constitucional de Direto, superando a ideia de Estado Legislativo de Direito e abrir com isso uma análise de que como este paradigma reflete na interpretação jurídica e as consequências práticas, principalmente a racionalização do direito.

A partir daqui verifica-se a importância da jurisdição constitucional, pois, conjuga o sistema jurídico em torno da Constituição, transferindo o princípio da legalidade para a periferia, reconhecendo a força normativa da Constituição com eficácia jurídica dotada de supremacia material e intensa carga valorativa.²⁸²

Nos dizeres de Dirley Cunha Junior verifica-se que a noção da Constituição²⁸³ como norma jurídica fundamental exige uma leitura constitucional de todos os ramos da ciência jurídica.²⁸⁴

Ademais, preleciona José Adércio Leite Sampaio:

A jurisdição constitucional pressupõe e reforça, portanto, a Constituição como norma jurídica (dimensão jurídica) e a ordem como pluralismo de forças constitucionais (dimensão político-substancial), resultando, ao fim, num produto complexo que remove ao texto um passo à distância anterior, reconduz as forças sociais e políticas a um novo equilíbrio instável e mantém – reproduz – acesso o mito ou símbolo da unidade do povo.²⁸⁵

A Constituição não pode ignorar que a sociedade atual é plural e que o atendimento das necessidades vitais de todos é o objeto para a convivência livre e digna de todas as pessoas, e isto reconfigura o Estado que deve atentar-se além das funções tradicionais as de agente intervencionista e de prestador de serviços.²⁸⁶

Desta forma, sem adentrar no mérito da legitimidade do exercício da jurisdição constitucional, o foco deste trabalho se limita a analisar o papel da jurisdição constitucional e a efetividade dos direitos humanos nas relações privadas.

²⁸² Idem. p. 40.

²⁸³ GRONET BRANCO, Paulo Godoi. Ao contrário do que ocorre com as normas infraconstitucionais, a Constituição não retira o seu fundamento de validade de um diploma jurídico que lhe seja superior, mas se firma pela vontade das forças determinantes da sociedade, que a precede. Op.cit., p. 156.

²⁸⁴ CUNHA, Dirley Jr. Op.cit., p. 41.

²⁸⁵ SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional**, Ed.Del Rey. 2002. p. 19-20.

²⁸⁶ GRONET BRANCO, Paulo Godoi. Op. cit. p. 85.

Interessante ainda ressaltar a ideia de filtragem constitucional apontada por Paulo Schier que desenvolve a partir de uma lei existente sobre matéria anterior à Constituição de 1988.

Paulo Schier abre este tema com o fim de ilustrar como o poder judiciário diante de uma lei anterior a Carta Magna de 1988 deve pautar o seu posicionamento tendo como parâmetro princípios e regras:

que se faça uma leitura (ou releitura) da ordem infraconstitucional através daquela (da normatividade constitucional). Em outras palavras, os valores constitucionais primeiramente devem buscar realização, impondo-se mediante a ordem infraconstitucional.²⁸⁷

Depreende-se assim, que as leis infraconstitucionais devem ser lidas respeitando não só as normas constitucionais, mas, concatenadas com outros institutos jurídicos, tal qual a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

E, por fim, conclui este tópico com as palavras do jurista Marco Aurélio de Mello que traduz a realidade e reflete o porquê da importância do tema escolhido:

O Supremo vem fazendo a parte que lhe cabe. Não fossem as decisões paradigmáticas do Tribunal, a Constituição poderia ter falhado em alguns aspectos do propósito de consagrar a democracia e assegurar direitos fundamentais. Não menosprezo, com isso, a participação dos Poderes Executivo e Legislativo, no que há por comemorar. O desenvolvimento e a complementação do texto constitucional por meio dos órgãos políticos são condições da própria existência do projeto como um processo democrático. Apenas ressalto o papel de intérprete-guardião que o Tribunal desempenha. (...) Os direitos fundamentais são a parte mais importante do projeto constitucional de 1988, envolvidos os valores da liberdade, igualdade e dignidade, cuja concretização é a principal missão do Supremo Tribunal Federal. A interpretação constitucional tem se mostrado especialmente necessária para o sucesso dos propósitos basilares da Carta da República. (...) Sem interpretação voltada a afirmação das garantias-constitucionais e à realização concreta dos direitos fundamentais, não há Estado Democrático de Direito verdadeiro.²⁸⁸

Assim, vislumbra-se que a Constituição é e deve ser considerada pelos juízes como lei fundamental; e como a interpretação das leis é a função

²⁸⁷ SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional ...** op.cit., p. 103.

²⁸⁸ MELLO, Marco Aurélio. Prefácio. In: **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional**. Organizadores Clèmerson Merlin Clève e Alexandre Freire. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. p.39.

especial dos tribunais judiciários, a eles pertence determinar o sentido da Constituição, assim como de todos os outros atos do corpo legislativo.²⁸⁹

A nova Constituição traz não só um regime político marcadamente democrático, mas também é comprometida com os direitos fundamentais. Desta forma, ao buscar a efetividade dos direitos fundamentais e de outras normas constitucionais verifica-se que o Estado Social moderno, da sociedade de massas, traz ínsita a necessária função do juiz, a composição de conflitos.

Ressalta-se que em que pese os juízes sejam frequentemente convocados a compor conflitos e a interpretar a legislação, não significa que sejam legisladores, pelo menos sob o ponto de vista formal, pois, enquanto o processo jurisdicional se desenvolve em direta conexão com as partes envolvidas em casos concretos, portanto, de forma imparcial, o processo legislativo envolvem questões ainda abstratas.²⁹⁰

A Constituição como fonte máxima de produção de todo o ordenamento jurídico, além de ser o fundamento da validade das normas jurídicas, ela própria representa uma unidade normativa, assim, em eventual descumprimento de uma norma constitucional coloca em risco a própria unidade do texto magno.²⁹¹

Nos dizeres de Carlos Alexandre de Azevedo Campos os dois pontos cruciais da Constituição de 1988 são: i) a de uma Constituição longa e analítica e ii) os direitos fundamentais tratados como tema basilar. E a partir da conjunção destes dois pontos, que o autor chama de *constitucionalização abrangente e compromissória*²⁹², a nova Carta acabou criando “condições institucionais que têm permitido importantes questões políticas e sociais, tradicionalmente, deliberadas e resolvidas nas arenas políticas – Legislativo e

²⁸⁹ HAMILTON, Alexander, MADISON, James, JAY John. **O Federalista**, traduzido por Ricardo Rodrigues Gama, 2. ed. Campinas: Russell Editores, 2005.

²⁹⁰ CUNHA, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. Op.cit., p. 207-208.

²⁹¹ CUNHA, Dirley Júnior. **Curso de Direito** op.cit., p. 115.

²⁹² Cf. Carlos Alexandre de Azevedo Campos, Sendo que “Constitucionalização abrangente significa que muitas questões da vida política e social brasileira têm fundamento na ordem constitucional; devem ser solucionadas a partir da interpretação e aplicação da Constituição. De sua vez, constitucionalização compromissória quer dizer que a Carta não incorporou uma única ou uma filosofia política, moral ou social manifestamente superior que as demais, mas antes, que ela abriga direitos e interesses mesmo conflitante, que precisam ser harmonizados. Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. In: **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional**. Organizadores Clèmerson Merlin Clève e Alexandre Freire. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 231.

Executivo – sejam questionadas e decididas criativamente pelo Supremo Tribunal Federal.”²⁹³

Portanto, tem-se o controle constitucional das leis, por consequente a chamada jurisdição constitucional.

Nas palavras de Cláudio Pereira de Souza Neto:

Pode-se obter essa legitimação através de previsão constitucional dos órgãos de controle, sendo essa a forma tradicional de legitimação do judiciário. Para tanto, todavia, deve-se adotar um modelo positivista de aplicação das normas constitucionais, que considere o ato de aplicação como mera reprodução do conteúdo objetivado no texto constitucional.

...

No entanto, se considerarmos que a interpretação dos critérios constitucionais para limitação do princípio majoritário opera construtivamente, ainda assim persiste o problema, visto que um órgão criador de normatividade irá invalidar de normas produzidas por outro órgão criador de normatividade, mas que foi legitimado democraticamente, ou pelo voto popular da população.²⁹⁴

Lenio Luiz Streck assevera que enquanto a Constituição é o fundamento de validade (superior) do ordenamento e consubstanciadora da própria atividade político-estatal, a jurisdição constitucional passa a ser a condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito.²⁹⁵

Para Clèmerson Merlin Clève a Constituição deve ser vista não somente como um conjunto normativo residente no vértice da pirâmide jurídica:

Na verdade, se Constituição é isso, é também muito mais. Talvez possamos dizer que a Constituição hoje seja o centro, o centro em torno do qual giram várias ordens normativas fragmentadas, atraídas por uma gravidade, estraçalhadas, envolvendo inclusive um processo de inflação normativa. É exatamente essa gravidade que consegue fazer com que nós possamos compreender o papel da Constituição. Eu diria, portanto, que a Constituição, por um lado, ocupa o lugar do centro, dando unidade a um direito dilacerado, que haverá de ser construído pelo operador jurídico. Assim, a ordem deixa de ser algo natural e passa a ser construída pelo operador jurídico, pelo seu trabalho hermenêutico, pelo seu trabalho de aplicação, trabalhos que haverão de ser desenvolvidos certamente a partir da

²⁹³ CUNHA Dirley Júnior. Op.cit., p. 232.

²⁹⁴ SOUZA Neto, Cláudio Pereira de. **Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 47

²⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 14

Constituição. Portanto, Constituição, de alguma maneira, acaba por se apresentar como uma espécie de fio de ouro capaz de costurar os fragmentos do tecido dilacerado da ordem jurídica ou, se preferirem, da desordem jurídica, que haverá de se fazer ordem jurídica após o trabalho do profissional do direito.²⁹⁶

Neste diapasão, Celso Campilongo afirma que além de suas funções usuais, cabe ao Judiciário controlar a constitucionalidade e o caráter democrático das regulações sociais. Mas ainda: o juiz passa a integrar o circuito de negociação política.²⁹⁷

Assim, no tópico seguinte adentra de forma breve na questão de controle de constitucionalidade.

3.2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

André Ramos Tavares alerta para a fiscalização do cumprimento da Constituição que tem como pressuposto básico a ideia desta como conjunto normativo fundamental, e portanto, deve ser respeitada a rigidez constitucional.²⁹⁸

A ideia de controle constitucionalidade está ligada à supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também, à de rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais.²⁹⁹

Para Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, dentre outros doutrinadores, “no centro do debate atual sobre a jurisdição constitucional está

²⁹⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. O Controle de Constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais. In: **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Organizador José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 387

²⁹⁷ CAMPILONGO, Celso. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In: **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. (José Eduardo Faria – org.) São Paulo: Malheiros, 1994. p. 49

²⁹⁸ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito** ... op. cit., p. 266-267.

²⁹⁹ MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2003. p.223.

a discussão sobre o grau de interferência das cortes constitucionais no direito produzido pelo legislador democraticamente legitimado.”³⁰⁰

Estefânia Barboza afirma que:

A supremacia da Constituição e dos direitos fundamentais aparece como uma forma de realização da democracia, que ao mesmo tempo passa a ser limitada pelo constitucionalismo. Explica-se, busca-se deixar os direitos humanos a salvo de maiorias eventuais, retirando-os do debate deliberativo. Desse modo, há uma mudança nos papéis do Estado, especialmente nos países de tradição do *civil law*, que tinham no Parlamento sua máxima autoridade. A limitação das maiorias e do Legislativo só é possível por meio da previsão do *judicial review* (controle de constitucionalidade das leis) a ser realizado pelo Judiciário ou por um Tribunal Constitucional Independente. O Judiciário, assume, deste modo, papel importante na proteção, realização e especialmente na interpretação dos direitos humanos e fundamentais nessa nova era, fenômeno este a que se dá o nome de Revolução de Direitos Humanos.³⁰¹

Luiz Edson Fachin leciona que uma Constituição não nasce; se faz. E ainda, traz a reflexão de que “a ponte, edificada sob uma principiologia axiológica de caráter vinculante e sobre as águas que movimentam moinho da jurisdição constitucional especialmente no Supremo Tribunal Federal, beneplacitou a migração dos tradicionais direitos individuais albergados na codificação civil para a seara constitucionalizada dos direitos fundamentais.”³⁰²

A Constituição Federal de 1988 é o marco do trabalho e envolve uma série de transformações institucionais, políticas, sociais e jurídico-culturais, e, assim, também, percebe-se a questão do Poder Judiciário que deixou de ser um mero coadjuvante aos demais poderes. Ocorreu o início de uma

³⁰⁰ ALEXY, Robert. **Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito**. Organizadores Travessoni Gomes Trivisonno, Aziz Tuffi Saliba e Mônica Sette Lopes. São Paulo: Forense Universitária, 2014.

³⁰¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **A Revolução dos Direitos Humanos e a Expansão Judicial Review nos Estados Contemporâneos**. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/295>>. Acesso em: 21/08/2014.

³⁰² FACHIN, Luiz Edson. O Supremo Tribunal Federal e a Jurisdição Constitucional: da preservação a justificação material dos direitos. In: **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional**. Organizadores Clèmerson Meri Clève e Alexandre Freire. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. p. 687

participação mais ativa a formulação de políticas públicas e na condução do processo democrático brasileiro.³⁰³

Ademais, vale ressaltar que o “Estado é uma realidade instrumental. É uma máquina concebida pelo constituinte para buscar a plena efetividade, a plena concretização dos princípios, dos objetivos e dos direitos fundamentais.”³⁰⁴

E com isso, nos dizeres de Dirley da Cunha tem-se que “a Constituição ao traçar linhas de direção para o futuro, nasce o grande problema – talvez o maior de todos os problemas constitucionais – da eficácia e aplicabilidade das normas instituidoras dos direitos sociais, econômicos e culturais, a fim de que todas tenham força normativa suficiente para vincular todos os seus destinatários.”³⁰⁵

Desta forma, verifica-se que a Magna Carta de 1988 ampliou o sistema judicial de controle de constitucionalidade, mantendo a combinação dos métodos difuso e concentrado.

O controle difuso da constitucionalidade teve forte influência da Suprema Corte norte-americana³⁰⁶, inserido no Brasil pela primeira vez na Constituição de 1891 e mantido nas demais Constituições que se seguiram.

No sistema difuso, qualquer órgão do Poder Judiciário, diante de uma controvérsia judicial pode se manifestar quanto à constitucionalidade da conduta ou omissão estatal. O controle por via incidental tem por base a resolução de casos individuais, e em sendo assim, limita-se à aplicação de normas constitucionais, afastando-se do sentido constitucional dos dispositivos normativos. Assim, deve ser visualizado de que a garantia dos direitos fundamentais não só reafirma as condições do exercício das autonomias

³⁰³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. In: **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional**. Organizadores Clèmerson Merlin Clève e Alexandre Freire. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. p. 221-222

³⁰⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. cit. p. 388

³⁰⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op.cit. p.142

³⁰⁶ Cf. Dirley da Cunha Júnior, “o controle difuso de constitucionalidade teve origem no caso *Marbury v. Madison*, julgado pela Suprema Corte norte-americana em 1803, a partir da incontestável argumentação esgrimida pelo *Justice* John Marshall a respeito da supremacia da Constituição em face das leis em geral e da necessidade de garantir o texto constitucional por meio de um controle atribuído aos órgão do Poder Judiciário (*judicial review of legislation*).”. Op.cit.

pública e privada pelos cidadãos, como também, reforça a ideia dinâmica do processo de elaboração democrática do Direito.³⁰⁷

No sistema concentrado vigente timidamente a partir da Constituição de 1934, foi amplamente aperfeiçoado com a Constituição vigente e com isto “instaura-se no Supremo Tribunal Federal uma fiscalização abstrata das leis ou atos normativos do poder público em confronto com a Constituição”, assegurando a supremacia da Constituição.³⁰⁸

Assim, Dirley da Cunha Júnior, ao citar os autores Gilmar Ferreira Mendes e Clèmerson Merlin Clève traduz a importância do controle abstrato da constitucionalidade:

Segundo esses autores, se é certo que a Constituição exigiu a normatividade dos atos do poder público, para, só então, sujeitá-los ao crivo do controle abstrato de constitucionalidade, não menos certo é que a Carta Magna, não distinguiu entre leis formais de efeitos abstratos e de efeitos concretos, de modo que, cuidando-se de leis formais, todas elas expõem-se à fiscalização abstrata. Defendem os citados autores, portanto, que toda e qualquer norma sob a forma de lei – seja de efeitos abstratos ou de efeitos concretos – possa desafiar o controle abstrato através da Adin ou de outra ação direta.³⁰⁹

Desta forma, vislumbra-se a jurisdição constitucional e a efetividade ou ao menos a busca pela efetividade dos preceitos normativos quando colocados em pauta, em especial, nos casos concretos, assegurando a retaguarda que a sociedade disponibiliza para que a legislação imposta seja claramente aplicada.

Verifica-se assim, que ordenamento jurídico pátrio, bem como nos demais estados que optem pelo chamado Estado Democrático de Direito traz a pilastra básica de promessas de igualdade, de justiça social e de realização dos direitos fundamentais, e uma vez tendo albergado a internalização das convenções e tratados internacionais, demonstra a importância de uma leitura conjunta a fim de dar a efetividade almejada em resposta às conquistas sobre a proteção de direitos humanos.

³⁰⁷ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Devido Processo Legislativo e Controle Jurisdicional de Constitucionalidade no Brasil. In: **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Organizador José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.194

³⁰⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op.cit.p. 339

³⁰⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit.,p. 363.

Assim, diante do controle de constitucionalidade é possível a aplicação do direito de forma interligada em total respeito à Constituição Federal, e ainda parte da doutrina aponta o controle de convencionalidade que diz respeito à aplicação do direito internalizado, como os tratados internacionais e convenções, com a observância da Constituição Federal.

O estudo do caso concreto do depositário infiel nos casos da alienação fiduciária, objeto da pesquisa, nos remete a interpretação constitucional e a aplicação do direito pátrio considerando os tratados de direitos humanos.

Em sendo assim, conforme citado nos capítulos anteriores, a discussão gira em torno da aplicabilidade do artigo 5º e parágrafos da Constituição Federal e a interpretação dada pelos nossos tribunais.

Inicialmente vale destacar as palavras de Dirley da Cunha Júnior que ao discorrer sobre a interpretação constitucional nos ensina que hermenêutica e interpretação jurídica são fenômenos distintos, apesar de compartilharem da mesma preocupação, qual seja, a melhor compreensão do Direito.³¹⁰

Para Carlos Maximiliano, a hermenêutica é a “teoria científica da arte de interpretar”. “A Hermenêutica Jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito”.³¹¹

Dirley da Cunha Júnior afirma que “A hermenêutica, portanto, é o domínio da ciência jurídica que se ocupa em formular e sistematizar os princípios que subsidiarão a interpretação, enquanto a interpretação é atividade jurídica que se dispõe a determinar o sentido e o alcance dos enunciativos normativos.”³¹²

Assim, em que pese exista a diferenciação entre as expressões, tem-se que caminham juntas e orientam no sentido de uma interpretação não só à luz dos enunciados, mas também dos fatos em questão.

Interpretar é explicar e dar sentido ao vocábulo e trazer a realidade o alcance necessário da norma, de uma maneira lógica e conjunta.

A interpretação constitucional uma espécie da interpretação jurídica sustenta em seu bojo traços comuns da interpretação propriamente dita,

³¹⁰ Idem.

³¹¹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

³¹² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit.,p. 363.

porém, com a especificidade de ter por objeto a compreensão e aplicação das normas constitucionais, considerando, com as devidas ressalvas, o próprio instrumento jurídico em questão.

Ao fazermos uma interpretação constitucional, devemos considerar a Constituição Federal como um instrumento jurídico que abarca vários assuntos em um único texto, diferentemente, por exemplo, do direito civil. Assim, ao interpretamos uma norma constitucional carecemos considerar o texto na íntegra ou ainda, em se tratando de um determinado artigo, os parágrafos que lhe acompanham.

Gomes Canotilho salienta que “a interpretação das normas constitucionais é um conjunto de métodos, desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas (filosóficas, metodológicas, epistemológicas) diferentes mas, em geral, reciprocamente complementares”.³¹³

A interpretação das normas constitucionais considera uma atividade necessária vez que reflete não só sobre na ordem jurídica, mas sobre o cotidiano dos indivíduos.³¹⁴

Gilmar Mendes ainda afirma que “o trabalho de interpretar a Constituição, portanto, integra o esforço de aplicar uma norma constitucional, o que leva Konrad Hesse a concluir que “a interpretação constitucional é concretização.”³¹⁵

Aponta Leo Von Holthe que a premissa básica ao consideramos uma norma constitucional é que qualquer interpretação deverá considerar como todo o texto constitucional, privilegiando uma interpretação sistemática.

Desta forma, sem dar uma importância maior a qualquer das interpretações e métodos possíveis, demonstra a importância de uma interpretação sistemática no que diz respeito ao artigo 5º da Carta Magna, vez que ainda persiste uma grande divergência entre jurisprudência e doutrina acerca do *status* normativo dos tratados de direitos humanos, inclusive após a

³¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1084-1087.

³¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO. Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, . 2012. p. 91.

³¹⁵ Idem.

inclusão do parágrafo 3º no artigo 5º advindo da Emenda à Constituição nº 45/2004.

A Constituição Federal considera a premissa fundamental de que ao fazer a sua leitura e a sua interpretação, deve ser considerado o texto como um todo, assim como nos parágrafos do artigo 5º da Constituição Federal, privilegiando-se uma interpretação sistemática.³¹⁶

Nos dizeres de Carlos Maximiliano:

Consiste o **Processo Sistemático** em comparar o dispositivo sujeito exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto.

Não se presumem antinomias ou incompatibilidades nos repositórios jurídicos; se alguém alega a existência de disposições inconciliáveis, deve demonstrá-la até a evidência.

Supõe-se que o legislador, e também o escritor do Direito, exprimiram o seu pensamento com o necessário método, cautela, segurança; de sorte que haja unidade de pensamento, coerência de ideias; todas as expressões se combinem e harmonizem.

Militam as probabilidades lógicas no sentido de não existirem, **sobre o mesmo objeto**, disposições contraditórias ou entre si incompatíveis, em repositório, lei, tratado, ou sistema jurídico.³¹⁷ (grifado no original)

Dispõe o artigo 5º e §§ 1º, 2º e 3º da Constituição Federal:

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:

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Atos aprovados na forma deste parágrafo)

Em análise ao artigo 5º, verifica-se que os parágrafos 1º e 2º foram introduzidos no texto originário da Constituição Federal e o parágrafo 3º inserido somente em 2004, através da emenda à Constituição de nº 45/2004,

³¹⁶ HOLTHE, Leo Van. **Direito Constitucional**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 67 et seq.

³¹⁷ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 104-105.

assim, em que pese ter decorrido 17 (dezesete) anos da promulgação da Lei Maior, os parágrafos fazem uma correlação obrigatória ao próprio artigo 5º a que estão vinculados, ou seja, à matéria de direitos fundamentais.

Desta forma, a interpretação sistemática é talvez a mais correta, pois, albergaria uma visão conjunta destes dispositivos, sem criar qualquer entendimento no sentido de que alguns direitos humanos seriam sobrepostos por outro e vice-versa, indo assim de encontro com as próprias características dos direitos fundamentais apontadas pela doutrina tais como a vedação do retrocesso.

Depreende-se do parágrafo 1º que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais devem ter aplicação imediata. Em continuidade, o parágrafo 2º dispõe que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

O parágrafo 2º da Carta Magna, nos dizeres da doutrina, a chamada cláusula aberta, abriga os direitos fundamentais positivados, como também os direitos humanos previstos nas convenções ou tratados internacionais, desde que o Brasil seja parte.

Nos dizeres de André Ramos Tavares, “ao que tudo indica, a finalidade deste preceptivo era a de integrar o País no arcabouço internacional de direitos humanos”³¹⁸.

No entanto, o que se via na jurisprudência, em especial do Supremo Tribunal Federal, era de que os tratados firmados tratassem de direitos humanos ou não, teriam natureza infraconstitucional.

Nos dizeres de Francisco Rezek, transcrito por André Ramos Tavares, que ao criticar o Supremo Tribunal Federal em descaso com os tratados de direitos humanos afirma que:

alguém estava ali racionando como se a Convenção de São José da Costa Rica fosse um produto que por obra nefanda de alienígenas desabasse sobre nossas cabeças, à nossa revelia, como se aquilo não fosse um pleno exercício de legislação ordinária, como se pudesse o texto de São José valer para nós se o Congresso Nacional não o tivesse aprovado, e se o Presidente da República não o tivesse ratificado. Parece que não se sabe

³¹⁸ TAVARES, André Ramos. Op.cit., p. 559-560.

ainda, aqui ou ali, que o Direito Internacional Público não é uma imposição de criaturas exóticas a nossa brasilidade.³¹⁹

Inicialmente, o Supremo Tribunal Federal entendia que os tratados de direitos humanos teriam o *status* de lei ordinária. Com a promulgação da emenda à constituição de nº 45/2004, que incluiu o parágrafo 3º no art. 5º, trazendo como redação “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”, trouxe como consequência relevante a modificação no posicionamento inicial.

Há quatro correntes principais quanto ao *status* normativo dos tratados e convenções internacionais, conforme mencionado no recurso extraordinário nº 466.343-1: a) a vertente que reconhece a natureza supraconstitucional dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos³²⁰; b) o posicionamento que atribui caráter constitucional a esses diplomas internacionais³²¹; c) a tendência que reconhece o status de lei ordinária a esse tipo de documento internacional³²²; d) por fim, a interpretação que atribui caráter supralegal aos tratados e convenções sobre direitos humanos³²³.

Com esta visão do Supremo Tribunal Federal, André Ramos leciona que a teoria dos dois estatutos (supralegal e constitucional) dos tratados de direitos humanos merece revisão.³²⁴

Valério de Oliveira Mazzuoli leciona que:

³¹⁹ apud André Ramos Tavares. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 560.

³²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. **RE nº 466.343SP**, Cfr. MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. “O §2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Logo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 25-26.” Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso: 01/02/2015.

³²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. **RE nº 466.343SP**, Cfr. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, Brasília, nº 113-118, 1998. pp. 88-89; e PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 83. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 01/02/2015.

³²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. **RE nº 466.343SP**, Cfr.: RE nº 80.004/SE, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, DJ 29.12.1977.(disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>). Acesso em: 01/02/2015).

³²³ Art. 25 da Constituição da Alemanha; art. 55 da Constituição da França; art. 28 da Constituição da Grécia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 01/02/2015.

³²⁴ RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 3 et. seq.

todos os tratados internacionais de direitos humanos (reitere-se: todos) ratificados pelo Estado brasileiro e em vigor entre nós têm índole e nível de normas constitucionais, quer seja uma hierarquia somente material (o que ele chama de “status de norma constitucional”), quer seja tal hierarquia material e formal (que ele nomina de “equivalência de emenda constitucional”). Não importa o quorum de aprovação do tratado. Cuidando-se de documento relacionado com os direitos humanos, todos possuem, no mínimo, status constitucional (por força do art. 5.º, § 2.º, da CF).³²⁵

Emilio Peluso Neder Meyer em crítica ao entendimento do Supremo Tribunal Federal de que o Pacto de San José da Costa Rica teria caráter de norma “supralegal”, afirma a necessidade de ser considerado um “interconstitucionalismo” de Canotilho, ou o modo de “transconstitucionalismo”, pois, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem sido bastante seletiva.³²⁶

Desta forma, em razão das possíveis interpretações quanto à inserção do parágrafo 3º, artigo 5º da Carta Magna, ensina Ingo Wolfgang Sarlet que deverá haver uma interpretação sistemática dos parágrafos 2º, 3º do artigo 5º e o artigo 84, inciso VIII da Carta Magna, e em decorrência disso, a internalização dos tratados dos direitos humanos poderá se dar na condição de que os tratados são materialmente constitucionais (artigo 5º, parágrafo 2º da CF), ou na condição de material e formalmente constitucionais, como no caso do artigo 5º, parágrafo 3º CF.³²⁷

A análise da jurisdição constitucional e da efetividade dos direitos humanos a partir do artigo 5º e parágrafos 1º, 2º e 3º da Constituição Federal demonstra a racionalidade desta junção, pois, em que pese divergências doutrinárias e jurisprudenciais quanto à aplicabilidade da norma constitucional em relação aos tratados de direitos humanos, se são normas de aplicabilidade

³²⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das leis**. Volume 4. 2. ed. Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.12

³²⁶ MEYER, Emilio Peluso Neder. Uma teoria dos direitos fundamentais a partir da Constituição de 1988: As principais contribuições para a construção de uma metódica brasileira. In: **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional**. Organizadores Clèmerson Merlin Clève e Alexandre Freire. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 375.

³²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (orgs.) **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

imediate ou não, temos a importância desta reflexão, até para ponderamos a evolução jurisprudencial quanto ao entendimento jurisprudencial, notadamente do Supremo Tribunal Federal, para dar efetividade aos direitos humanos.

Nos dizeres de André Ramos Tavares, “ao que tudo indica, a finalidade deste preceptivo era a de integrar o País no arcabouço internacional de direitos humanos.”³²⁸

Inicialmente, o Supremo Tribunal tinha o entendimento de que os tratados firmados que tratassem de direitos humanos ou não, teriam natureza infraconstitucional, divergindo da doutrina majoritária que sempre defendeu o *status* normativo dos tratados de direitos humanos, como sendo de natureza constitucional, pois faziam parte do chamado bloco de constitucionalidade.

Neste ponto deve ser considerado o que a doutrina chama de controle de convencionalidade³²⁹, ou seja, ainda que haja uma necessária interpretação quanto aos instrumentos jurídicos em apreço, deve ser considerado os tratados de direitos humanos e a Constituição Federal.

A expressão “controle de convencionalidade” nasceu na França e teve seu desenvolvimento acirrado na Corte Interamericana de Direitos Humanos colocando em pauta o necessário controle de convencionalidade³³⁰ das normas jurídicas internas em face de um caso concreto.³³¹

Numa visão mais ampla do que o controle de constitucionalidade das leis que tem como parâmetro a Carta Magna, o controle de convencionalidade tem como paradigmas a Constituição Federal e os tratados ou convenções internacionais sobre direitos humanos ratificados.

³²⁸ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.36.

³²⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle...** op. cit., p.13.

³³⁰ Cf. Valério de Oliveira Mazzuoli, deve ser feita a ressalva que os autores que faziam referência à expressão “controle de convencionalidade”, versaram o assunto sob outro ângulo, notadamente o da responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos em razão de ato do Poder Legislativo. Nesse sentido, o controle de convencionalidade seria o método a impedir o Parlamento local de adotar uma lei que viole (mesmo que abstratamente) direitos humanos previstos em tratados internacionais já ratificados pelo Estado. Em outras palavras, seria a técnica legislativa pela qual o parlamento, tendo em conta um tratado de direitos humanos em vigor no país, deixaria de adotar uma lei com dito tratado conflitasse, a fim de não dar causa à responsabilidade internacional do Estado por ato do Poder Legislativo. Também já se empregou a expressão “controle de convencionalidade” para aferir a compatibilidade das normas locais diante das normas internacionais, não pela via judiciária *interna*, mas pelos mecanismos *internacionais* (unilaterais ou coletivos) de apuração do respeito por parte de um Estado de suas obrigações internacionais.” **O Controle de Convencionalidade** ... op. cit.,p. 34-35.

³³¹ Idem. p. 37.

Portanto, nos dizeres de Valério Mazzuoli, esse controle exercido pela Corte Interamericana quanto à Convenção Americana, merece também ser feito pelo Brasil tanto pela via difusa, quanto pela via concentrada de maneira a controlar a convencionalidade das normas domésticas.³³²

O Ministro Celso de Mello propôs exatamente esta postura do Poder Judiciário no *Habeas Corpus* nº 87585/TO:

Proponho que se reconheça natureza constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos submetendo, em consequência, as normas que integram o ordenamento positivo interno e que dispõem sobre a proteção dos direitos e garantias individuais e coletivos a um duplo controle de ordem jurídica: o controle de constitucionalidade e, também, o controle de convencionalidade, ambos incidindo sobre as regras jurídicas de caráter doméstico.³³³

Luís Roberto Barroso discorre que os conflitos de fontes interna e internacional podem ser resumido nos seguintes tópicos:

- a) O tratado celebrado na vigência de uma Constituição e que seja com ela incompatível, do ponto de vista formal (extrínseco) ou material (intrínseco), é inválido e se sujeita à declaração de inconstitucionalidade *incidentes tanto*, por qualquer órgão judicial competente, sendo tal decisão passível de revisão pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário. O tratado que se encontrar em vigor quando do advento de um novo texto constitucional originário ou derivado, será tido como ineficaz, se for com ele incompatível;
- b) Os tratados internacionais, em geral, são incorporados ao direito interno em nível de igualdade com a legislação ordinária. Inexistindo entre o tratado e a lei relação de hierarquia, sujeitam-se eles à regra geral de que a norma posterior prevalece sobre a anterior. A derrogação do tratado pela lei não exclui eventual responsabilidade internacional do Estado, se este não se vale do meio institucional próprio de extinção de um tratado, que é a denúncia;
- c) Os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos têm *status* diferenciado no ordenamento jurídico interno. Quando internalizados conforme o rito previsto no art. 5º, §3º, assumem hierarquia de emenda constitucional, de modo que se sobrepõem a legislação ordinária e constituem parâmetro para o controle de convencionalidade; quando internalizados conforme o rito ordinário, assumem hierarquia supralegal, acarretando a paralisação de eficácia da legislação interna que a ele se contraponha.³³⁴

³³² Idem. p. 14.

³³³ apud Valério de Oliveira Mazzuoli. **O Controle** ... op. cit. 17

³³⁴ BARROSO, Luís Roberto. Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre direito. In: **O controle de convencionalidade**. Organizadores:... op.cit., p. 179-180.

Desta forma, o que se nota é que a efetividade dos direitos humanos encontra mais ainda acobertada com as constantes interpretações jurisprudenciais e a compatibilidade vertical das leis tendo como paradigmas a Constituição Federal e os tratados internacionais, interligando os tratados de direitos humanos a nossa legislação interna de forma a fortalecer a inserção do Brasil, como Estado Democrático de Direito.

No dizeres de Flávia Piovesan, “esse esforço se conjuga com o objetivo de compor uma imagem mais positiva do Estado brasileiro no contexto internacional, como país respeitador e garantidor dos direitos humanos”.³³⁵

Para Marcelo Figueiredo o maior interesse nesta questão de direitos humanos e contexto das normas, é saber se efetivamente há ou não um diálogo³³⁶ interjurisdicional entre Tribunais nacionais e internacionais no Brasil.
337

Neste ponto deve ser ressalvada a necessária compatibilidade entre o direito interno e os tratados de direitos humanos ‘incorporados’ no ordenamento pátrio.

Há, portanto, o controle de convencionalidade tanto pela via difusa ou pela via concentrada. Insta, no entanto, enfatizar conforma Valério de Oliveira Mazzuoli de que o controle de convencionalidade difuso existe entre nós desde a promulgação da Constituição em 05.10.88 e o controle abstrato passou a ser considerado após a promulgação da Emenda Constitucional n°45/2004 com a inserção do §3° ao artigo 5°.

Assim, conforme mencionado anteriormente, há quatro posições doutrinárias quanto ao *status* dos tratados de direitos humanos. No entanto, acatada qualquer das correntes doutrinárias, os tratados de direitos humanos

³³⁵ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. Editora Saraiva. 5ª edição. 2012, p.32.

³³⁶ em sentido contrário. Apud Marcelo Figueiredo faz menção a Magnus Killander de que quando se fala em diálogo na verdade tem-se: “o diálogo judicial existente entre tribunais regionais é, em certa medida, um monólogo. A Comissão Africana tem amplamente citado a Corte Européia. No entanto, a única oportunidade em que a Comissão Africana foi citada pela Corte Européia foi para se referir a uma declaração conjunta sobre liberdade de expressão adotada por Relatores Especiais sobre Liberdade de Expressão da ONU, da OEA, da OSCE e da Comissão Africana (European Court of Human Rights, *Stoll vs. Switzerland*, 2007, §39)”. . Diálogo interjurisdicional entre tribunais nacionais e internacionais no Brasil. In: *Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional*. Organizadores Clèmerson Merin Clève e Alexandre Freire. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 724..

³³⁷ FIGUEIREDO, Marcelo. **Diálogo interjurisprudencial** ...op. cit., p. 715.

sofrem o controle de compatibilidade com a Constituição Federal tal como as demais leis.

Valério de Oliveira Mazzuoli como sendo o primeiro autor brasileiro a utilizar as expressões “controle difuso de convencionalidade”, “controle concentrado de convencionalidade” e “controle de supralegalidade” nos ensina que “se os tratados de direitos humanos forem incorporados com *nível* constitucional, serão paradigma do controle *difuso* de convencionalidade; se incorporados com *equivalência* de emenda constitucional, serão paradigma do controle *concentrado* de convencionalidade (para além do controle *difuso*); e se incorporados com *status* supralegal, serão paradigma de controle de *supralegalidade* (é o caso dos tratados *comuns* no Brasil).”³³⁸

Assim, no tópico seguinte é possível verificar no caso concreto as consequências das decisões judiciais, as devidas interpretações e a evolução no entendimento jurisprudencial, em especial do Supremo Tribunal Federal.

3.3 SÍNTESE DAS TEORIAS APRESENTADAS APLICADAS AO ESTUDO DO CASO CONCRETO DO DEPOSITÁRIO INFIEL

O estudo de caso do depositário infiel, objeto do Recurso Extraordinário nº 466.343-1- SP, busca sintetizar as ideias trabalhadas nos capítulos anteriores e demonstrar o papel da jurisdição constitucional interligado aos reflexos da internalização dos tratados de direitos humanos.

Demonstra que a ideia inicial de limitação ao poder estatal se sobrepôs e que os direitos de garantias fundamentais advindos dos tratados de direitos humanos refletem também nas relações privadas conforme apontado no capítulo 1.

Depreende-se assim, que a questão da eficácia dos tratados de direitos humanos não diverge das demais normas previstas no ordenamento pátrio, pois, “necessariamente deve haver uma relação direta entre o intérprete e a

³³⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle** ...op.cit., p. 84.

norma constitucional a fim de evitar o fracionamento do sistema, insistindo na unidade do ordenamento e na supremacia da Constituição.”³³⁹

Carlos Bezerra Leite ensina que a eficácia da norma jurídica pode ter mais de um sentido. De um lado temos a chamada eficácia social, situação em que a norma está sendo cumprida de forma espontânea e num outro vértice a eficácia jurídica, que diz respeito ao exame da aptidão de dada norma para produzir efeitos jurídicos.³⁴⁰

Desta forma, os tratados e convenções de direitos humanos ainda que nos remeta a questão da divergência jurisprudencial e doutrinária apontada quanto ao *status* normativo, o caso concreto da prisão civil do devedor fiduciante nos casos de alienação fiduciária, deixa evidente de como os tratados de direitos humanos, após serem internalizados, “tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante”³⁴¹.

O caso em tela diz respeito ao Recurso Extraordinário nº 466.343-1, interposto pelo Banco Bradesco, contra o acórdão do Tribunal do Estado de São Paulo, o qual havia negado provimento ao Recurso de Apelação nº 791031-0/7, deixando de impor cominação de prisão civil ao devedor fiduciante, tendo dentre várias questões, se a figura do devedor fiduciante ao ser equiparada como depositário infiel estaria entre as exceções de prisão civil admitidas na Lei Maior.

A celeuma foi intensa, pois, a Constituição Federal somente prevê duas hipóteses de prisão civil: a do devedor de alimentos e a do depositário infiel, sendo que o devedor fiduciante ao ser equiparado ao depositário infiel por lei ordinária, teve contra si a imputação de todas as responsabilidades e obrigações inerentes ao depositário infiel.

A discussão travada no Recurso Extraordinário foi de grande valia, pois ao apreciar a questão da inconstitucionalidade da prisão civil em face do devedor fiduciante, o Supremo Tribunal Federal trouxe a baila o Pacto de San

³³⁹ FACHIN, Melina Giardi. Problematizando a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: ainda e sempre sobre a constitucionalização do Direito Civil. In: **Diálogos sobre direito civil**. Organizadores: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. Rio de Janeiro: Renovar.,2008. Vol. II. p. 213.

³⁴⁰ BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: Ltr, 2010. p. 109.

³⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 466.343 –SP**. (Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>. Acesso em: 10/02/2015)

José, ou seja, um caso concreto em que restou evidente a aplicação interna de um tratado de direito humano, demonstrando que uma vez inseridos no ordenamento pátrio, ainda que não sejam propriamente “incorporados”, tem eficácia jurídica sob pena de esvaziarmos a observância obrigatória da Carta Magna.

Verifica-se no caso concreto trazido no Recurso Extraordinário nº466.343-1 – SP, o Supremo Tribunal Federal, ao justificar a impossibilidade de prisão civil do devedor-fiduciante trouxe além da tese de que a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (artigo, 5º, inciso LXVII) não foi revogada pela ratificação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto San José da Costa Rica (art.7º, 7), mas sim teve a sua eficácia paralisada, apresentou os argumentos do princípio³⁴² da proporcionalidade, da noção de propriedade e em especial, o chamado controle de convencionalidade.

Neste tópico, portanto, verifica-se a importância na análise dos argumentos apontados no voto do relator Ministro Cezar Peluso no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343-1 proposto junto ao Supremo Tribunal Federal, dentre eles, o princípio da proporcionalidade, e, embora doutrinariamente haja uma discussão quanto a ser princípio ou regra³⁴³, ou

³⁴² Robert Alexy faz a seguinte explanação: o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua classificação não depender somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. ALEXY, Robert, **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.90-91

³⁴³ Cf. José Marcelo Barreto Pimenta, “salienta que muitos autores não fazem distinção entre proporcionalidade e razoabilidade (Luis Roberto Barroso, Gilmar Ferreira Mendes) enquanto outros preferem a distinção (Humberto Ávila, Helenilson Cunha Pontes, Wilson Antônio Steinmetz, George Marmelstein). Sem embargo das opiniões em contrário, adotamos neste trabalho, por questões pragmáticas, a identidade dos princípios mencionados, por ser esta a orientação do STF³⁴³. Confirma-se, a respeito, o julgamento da ADIn 1.063/DF, rel. Min. Celso de Mello³⁴³. PIMENTA, José Marcelo Barreiro. **Garantia dos direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/1142/895>>. Acesso em: 18.10.2015)

ainda se proporcionalidade e razoabilidade são sinônimos, o posicionamento de Suzana de Vidal Toledo Barros esclarece que:

a expressão proporcionalidade tem um sentido literal limitado, pois a representação mental que lhe corresponde é a de equilíbrio: há nela, a ideia implícita de relação harmônica entre duas grandezas. Mas a proporcionalidade em sentido amplo é mais do que isso, pois envolve também considerações sobre a adequação entre meios e fins e a utilidade de um ato para a proteção de um determinado direito. A sua utilização esbarra no inconveniente de ter-se de distinguir a proporcionalidade em sentido estrito da proporcionalidade tomada em sentido lato e que designa o princípio constitucional.³⁴⁴

Inocência Mártires Coelho ao discorrer sobre o princípio da proporcionalidade constitucional leciona que:

No âmbito do direito constitucional, que o acolheu e reforçou, a ponto de impô-lo à obediência não apenas das autoridades administrativas, mas também de juízes e legisladores, esse princípio acabou se tornando consubstancial à própria ideia de Estado de Direito pela sua íntima ligação com os direitos fundamentais, dependência se manifesta especialmente nas colisões entre bens ou valores igualmente protegidos pela constituição, conflitos que só se resolvem de modo justo ou equilibrado fazendo-se apelo ao subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito*, o qual é indissociável da ponderação de bens e, ao lado da adequação e da necessidade, compõe a proporcionalidade em sentido amplo.³⁴⁵

Dirceu da Cunha Júnior ainda ressalta que o princípio da proporcionalidade possui uma tríplice exigência, ou ainda, três subprincípios, o princípio da adequação (*Geeignetheit*), o princípio da necessidade (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) o princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Parte da ideia de que o princípio da adequação deve manter relação direta com as medidas adotadas pela Administração Pública para atingir os objetivos; o princípio da necessidade preconiza que os meios a serem utilizados devem ser realizados com menos sacrifícios ou limitações aos administrados e, por fim, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito deve servir de equilíbrio entre o motivo que ensejou a atuação da Administração e a providencia por ela tomada na consecução dos fins

³⁴⁴ BARROS, Suzana de Vidal Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Editora e Livraria Brasília Jurídica, 2000, p. 73

³⁴⁵ apud Dirley da Cunha Júnior. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 55.

visados³⁴⁶, ou seja, “um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há também de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador”.³⁴⁷

O princípio da proporcionalidade demonstra a realidade de como o Estado, seja o Estado-juiz ou Estado-legislativo, enfim, de que há limitações também em face dele, e o princípio da proporcionalidade significa que o Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente na consecução dos seus objetivos.³⁴⁸

Robert Alexy afirma que a natureza dos princípios como comandos de otimização, sendo inclusive um reconhecimento internacional cada vez maior na prática e na teoria da jurisdição constitucional.³⁴⁹ Ainda, o autor faz o diferencial entre princípios materiais e formais, equivalendo os princípios materiais como objeto de otimização de determinados conteúdos, como por exemplo, a vida, a proteção do meio ambiente e os princípios formais são justamente as decisões judiciais, independentemente de seus conteúdos. Assim, com isso, os princípios formais necessitam que a autoridade de normas expandidas esteja em conformidade com o ordenamento jurídico.³⁵⁰

Ainda ensina Alexy que “o postulado da proporcionalidade em sentido estrito pode ser formulado como uma lei de ponderação cuja fórmula mais voltada para os direitos fundamentais diz: quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção.”³⁵¹

Outro ponto que merece destaque é a questão da eficácia paralisante, ou ainda, a eficácia suspensiva de efeito paralisante, expressado no acórdão pelo Supremo Tribunal Federal em que iniciou o desenvolvimento desta figura

³⁴⁶ Idem. p. 56.

³⁴⁷ MENDES, Gilmar. A supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e a prisão civil do depositário infiel no Brasil. In: **Controle de Convencionalidade - Um Panorama latino-americano**. Organizadores Luiz Guilherme Marinoni e Valério de Oliveira Mazzuoli. Editora Gazeta Jurídica, 2013. ... op. cit., p. 239.

³⁴⁸ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 1997. p.56.

³⁴⁹ ALEXY, Robert. **Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito**. São Paulo: Forense Universitária, 2014. p.7.

³⁵⁰ Idem, p. 13.

³⁵¹ apud Gilmar Mendes. **A supralegalidade** ... op. cit. 240.

jurídica, equalizando assim o entendimento de que os tratados de direitos humanos teriam caráter supralegal.

Luiz Marinoni discorre que ao entender o caráter de supralegalidade do direito internacional dos direitos humanos, buscou-se na Constituição Federal como referencia primária, contudo sem conferir aos tratados de direitos humanos a hierarquia de norma constitucional, ou seja, os tratados não poderiam afrontar a Carta Magna, mas teriam lugar diferenciado no ordenamento jurídico, ou seja, enquanto equiparados à legislação ordinária seria “subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana”³⁵².

Desta forma, o efeito paralisante consigna que qualquer lei posterior em sentido contrário a convenções ou tratados internacionais já ratificados, não teriam o condão de revogá-los, ou seja, qualquer legislação infraconstitucional deve estar em consonância não só com a Constituição Federal mas também com os tratados de direitos humanos, existindo assim dois parâmetros de controle e dois programas de validação do direito ordinário.³⁵³

O entendimento de Luiz Flávio Gomes complementa o exposto, pois, afirma da necessidade das leis ordinárias estarem compatíveis com o ordenamento, respeitando a dupla compatibilidade vertical, ou seja, a lei para ser válida, deve ser compatível com a Constituição brasileira e com os tratados de direitos humanos, do contrário, a norma superior irradia uma espécie de “eficácia paralisante” da norma inferior.³⁵⁴

Eduardo Appio ressalta o modelo adotado no país que é de matriz Kelseniana, portanto, qualquer lei ou ato normativo deve necessariamente ser

³⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). In: **O Controle de Constitucionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. Coordenadores: Luiz Guilherme Marinoni, Valério de Oliveira Mazzuoli. Gazeta Jurídica Editora e Livraria Ltda- Me, 2013. p. 58.

³⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Controle** ...op. cit. 66

³⁵⁴ GOMES, Luiz Flávio. **Controle de convencionalidade: STF revolucionou nossa pirâmide jurídica**.

Disponível

em:

<<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1242742038174218181901.pdf>>. Acesso em: 18/10/2015.

compatível formal e material com a Constituição Federal para o fim de ser obter uma decisão válida e garantir a estabilidade da Constituição.³⁵⁵

Ao fazer a menção de decisão válida, Eduardo Appio reforça a ideia lançada por Ronald Dworkin de que “numa democracia, as pessoas têm, pelo menos, um forte direito moral *prima facie* a que os tribunais imponham os direitos que o legislativo aprovou”, e com isto, leciona o autor que os juízes devem observância a lei de forma que haja compatibilidade a interpretação dada a lei e os ditames da Carta Magna, e ainda acrescenta que a interpretação judicial quando esteja envolvida com direitos humanos deve ainda observância aos tratados e convenções internacionais que tratam do tema.³⁵⁶

O caráter supralegal dado aos tratados de direitos humanos não abre espaço para a interposição de recurso extraordinário junto ao Supremo Tribunal Federal, assim como não é possível a interposição de recurso especial junto ao Superior Tribunal de Justiça, mas, diante deste estudo de caso do depositário infiel tem-se justamente através do recurso extraordinário a constatação da violação de um tratado de direito humano em face do ordenamento pátrio.³⁵⁷

Em resumo, o recurso teve como objeto de discussão a prisão civil do devedor fiduciário nos casos de alienação fiduciária diante, portanto, de uma relação jurídica entre particulares na qual restou consubstanciada uma leitura globalizada dos direitos humanos.

Dispõe o art. 5º, LXVII, da CRFB, no rol dos direitos individuais da pessoa humana: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.³⁵⁸

A Constituição Federal ainda que de forma clara disponha somente duas hipóteses de prisão civil por dívida, por vários anos, em razão da

³⁵⁵ APPIO, Eduardo. Os juízes e o controle de convencionalidade no Brasil. In: **Controle de convencionalidade**. Organizadores:... op.cit., p. 182.

³⁵⁶ Idem. p. 188-199.

³⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Controle** ... op. cit. p. 67

³⁵⁸ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18.10.2015.

equiparação da figura de devedor-fiduciante a do depositário, ampliou a possibilidade da prisão civil além do que instituiu o poder originário.

Verificou-se por muito tempo, o entendimento de que era possível a prisão civil do depositário infiel, pois estaria embasada legalmente, vez que o legislador ordinário a partir do Decreto-Lei 911/69 havia criado a figura de depósito por equiparação, incluindo, portanto, o depositário infiel nos contratos de alienação fiduciária.

Katiane da Silva Oliveira traz a seguinte explanação:

A constituição ao estabelecer como exceção a hipótese de prisão do depositário infiel considerou a noção de depósito como a tradicionalmente construída. Entendimento em sentido contrário dizimaria o caráter de garantia da vedação a prisão civil. Se a constituição estipulou duas hipóteses taxativas e exaustivas em que cabe a prisão civil não é possível que a legislação infraconstitucional altere o alcance dessas exceções ampliando-o. Não se concebe que a mera aposição do nome “depósito” a situações que não veiculam o elemento nuclear desse instituto, com o objetivo de estender-lhe mecanismos de tutela que a constituição excepcionalmente havia deferido em caráter excepcional.³⁵⁹

A polêmica construção jurisprudencial do STF que aceitava a tese de equiparação do devedor-fiduciante a do depositário infiel estava subsidiada em uma figura de depósito por equiparação.

Assim, cabe aqui um parêntese para discorrer sobre o porquê da utilização do recurso extraordinário e o conceito ainda que sucinto de alienação fiduciária e do contrato de depósito genuíno.

O recurso extraordinário é um recurso excepcional previsto no artigo 102 da Lei Maior que tem o condão de justamente apreciar “as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição e d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal”.

Através do Recurso Extraordinário em questão foi levado ao Supremo Tribunal Federal a questão da inconstitucionalidade da equiparação do devedor

³⁵⁹ 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.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8585>. Acesso em: 10/02/2015.

fiduciante a figura do depositário infiel por lei ordinária, o que de forma contundente deliberou-se que a prisão não só do devedor fiduciante, por considerar inconstitucional a equiparação por lei ordinária, foi firmado o entendimento de que não caberia prisão civil de qualquer espécie de depositário, trazendo um claro diálogo entre jurisdições interna e internacional, fortalecendo o disposto no artigo 5º da Constituição Federal, “mediante a incorporação da normatividade, principiologia e jurisprudência protetiva internacional em matéria de direitos humanos”³⁶⁰.

Em razão do caso em tela, Flávia Piovesan nos mostra a realidade do impacto dos tratados de direitos humanos:

O julgado proferido em dezembro de 2008 constitui uma decisão paradigmática, tendo a força catalizadora de impactar a jurisprudência nacional, a fim de assegurar aos tratados de direitos humanos um regime privilegiado no sistema jurídico brasileiro, propiciando a incorporação de parâmetro protetivos internacionais no âmbito doméstico e o advento do controle da convencionalidade das leis.³⁶¹

O ministro Gilmar Mendes ao enfatizar o caráter supralegal dos tratados e convenções de direitos humanos leciona que “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 10.406/2002), que reproduz disposição idêntica ao art. 1287 do Código Civil de 1916.”³⁶²

Vale frisar que a figura do depositário no Código Civil³⁶³ prevista nos artigos 627 e seguintes prevê a figura do depositário voluntário e do depositário necessário conforme exposto no capítulo 2.

No entanto, ainda que o RESP trazido na discussão diga a respeito da prisão civil do devedor-fiduciante, a impossibilidade da prisão civil, em razão dos tratados de direitos humanos, também alberga a prisão do depositário

³⁶⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o diálogo entre jurisdições**. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 19 – jan/jun. 2012.

³⁶¹ Idem.

³⁶² MENDES, Gilmar Mendes. **A supralegalidade** ... op. cit., p. 233.

³⁶³ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 17/10/2015.

genuíno ante o entendimento do Supremo Tribunal Federal quando editou a súmula vinculante nº 25.

O contrato de depósito engloba as hipóteses em que alguém, “por força de imposição legal ou de contrato, recebe objeto móvel alheio para guardá-lo, até que o depositante o reclame, e não nos casos de depósitos atípicos instituídos por equiparação visando apenas reforçar as garantias em favor dos credores”.³⁶⁴

Desta forma, o devedor-fiduciante não é depositário, pois “a ele não se atribui o dever de custódia do bem, muito menos o dever de restituí-lo quando exigido. Ao depositário a coisa é dada com a obrigação formal de devolvê-la, obrigação esta, que inexistente no caso da alienação fiduciária que se constitui mera garantia de mútuo.”³⁶⁵

Ainda que o tópico enfatize o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal, ao fazer uma nova leitura e interpretação quanto à prisão civil nos casos de alienação fiduciária, insta apontar que o Superior Tribunal de Justiça em 1999 (REsp., 149.518-GO, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. em 05.05.1999) já entendia incabível a prisão.³⁶⁶

Outrossim, ao trazer a pesquisa em tela demonstra a realidade do direito e da sociedade em constante evolução e olhares diferenciados, pois, o Supremo Tribunal Federal alterou após vários julgados o seu próprio posicionamento, inclusive, alargando o entendimento de que não cabe prisão civil em relação a qualquer modalidade de depósito. A edição da súmula vinculante nº 25 consta: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”.

Ademais, vale mencionar que a súmula vinculante teve como precedentes:

"Se não existem maiores controvérsias sobre a legitimidade constitucional da prisão civil do devedor de alimentos, assim não ocorre em relação à prisão do depositário infiel. **As legislações mais avançadas em matérias de direitos humanos proibem expressamente qualquer tipo de prisão civil decorrente do descumprimento de obrigações contratuais,**

³⁶⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle da convencionalidade** ... op.,cit., p. 36.

³⁶⁵ Idem. p. 62

³⁶⁶ BRASIL Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 149.518-GO**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=199700672255&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 18/10/2015.

excepcionando apenas o caso do alimentante inadimplente. O art. 7º (n.º 7) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos 'Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, dispõe desta forma: 'Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.' **Com a adesão do Brasil a essa convenção, assim como ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, sem qualquer reserva, ambos no ano de 1992, iniciou-se um amplo debate sobre a possibilidade de revogação, por tais diplomas internacionais, da parte final do inciso LXVII do art. 5º da Constituição brasileira de 1988, especificamente, da expressão 'depositário infiel', e, por consequência, de toda a legislação infraconstitucional que nele possui fundamento direto ou indireto. (...) Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.** 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 (...) deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria (...). Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. (...) Enfim, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à 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." **RE 466.343, Voto do Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento em 3.12.2008, DJe de 5.6.2009.**³⁶⁷ (grifado)

"Direito Processual. *Habeas Corpus*. Prisão civil do depositário infiel. Pacto de São José da Costa Rica. Alteração de orientação da jurisprudência do STF. Concessão da ordem. 1. A matéria em julgamento neste *habeas corpus* envolve a temática da (in)admissibilidade da prisão civil do depositário infiel no ordenamento jurídico brasileiro no período posterior ao ingresso do Pacto de São José da Costa Rica no direito nacional. 2. Há o caráter especial do Pacto Internacional dos Direitos Civis Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ratificados, sem reserva, pelo Brasil, no ano de 1992. A esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. 3. Na atualidade a única hipótese de prisão civil, no Direito brasileiro, é a do devedor de alimentos. O art. 5º, §2º, da Carta Magna, expressamente estabeleceu que os direitos e garantias expressos no caput do mesmo dispositivo não excluem outros decorrentes do regime dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. O Pacto de São José da Costa Rica, entendido como um tratado internacional em matéria de direitos humanos, expressamente, só admite, no seu bojo, a possibilidade

367

de prisão civil do devedor de alimentos e, conseqüentemente, não admite mais a possibilidade de prisão civil do depositário infiel. 4. Habeas corpus concedido." **HC 95.967, Relatora Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, julgamento em 11.11.2008, DJe de 28.11.2008.**³⁶⁸

Interessante ressalva que o enunciado da súmula vinculante n^o 25 foi objeto recente de propositura para sua alteração, porém, a revisão foi rejeitada sob o entendimento de que somente seria possível se fosse demonstrada a superação da jurisprudência do STF no trato da matéria, além de uma alteração legislativa, bem como a alteração no contexto político, social ou econômico, senão vejamos:

O Plenário rejeitou proposta de revisão do teor do Enunciado 25 da Súmula Vinculante ("É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito"). No caso, a proponente — Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho - Anamatra — postulava que constasse da redação do enunciado em questão ressalva que permitisse a prisão civil do depositário judiciário infiel, no âmbito geral ou, pelo menos, na Justiça do Trabalho. A Corte asseverou que, para admitir-se a revisão ou o cancelamento de súmula vinculante, seria necessário demonstrar: a) a evidente superação da jurisprudência do STF no trato da matéria; b) a alteração legislativa quanto ao tema; ou, ainda, c) a modificação substantiva de contexto político, econômico ou social. A proponente, porém, não teria evidenciado, de modo convincente, nenhum dos aludidos pressupostos de admissão. Por fim, o mero descontentamento ou divergência quanto ao conteúdo de verbete vinculante não propiciaria a reabertura das discussões que lhe originaram a edição e cujos fundamentos já teriam sido debatidos à exaustão pelo STF.PSV 54/DF, 24.9.2015. (PSV-54)³⁶⁹

O Ministro Cesar Peluso ao elucidar à questão da alteração do entendimento do Supremo Tribunal Federal reafirmou que o direito não é estático, ao contrário, deve acompanhar a evolução da sociedade:

Deixo acentuado, também, que a evolução jurisprudencial sempre foi uma marca de qualquer jurisdição de perfil constitucional. A afirmação da mutação constitucional não implica o reconhecimento, por parte da Corte, de erro ou equívoco interpretativo do texto constitucional em julgados pretéritos. Ela reconhece e reafirma, ao contrário, a necessidade da contínua e paulatina adaptação dos sentidos possíveis da letra da

³⁶⁸ Idem.

³⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo n^o 800. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo.htm>>. Acesso em: 11.10.2015). Informativo n^o 800. Ressalta-se ainda, nesta questão que a súmula 619 do STF que tratava da prisão civil do depositário judiciário infiel foi revogada em 2008 diante do novo entendimento firmado no RESP n^o 466.343-1.

Constituição aos câmbios observados numa sociedade que, como a atual, está marcada pela complexidade e pelo pluralismo.³⁷⁰

Portanto, não diferentemente dos entendimentos supramencionados, o que se depreende do Recurso Extraordinário nº 466.343 proposto junto ao Supremo Tribunal Federal é uma leitura globalizada dos direitos humanos, buscando fundamentos jurídicos inclusive no tratado internacional que o Brasil ratificou.

Inicialmente, a fundamentação do voto do relator Ministro Cezar Peluso apresentou o artigo 5º, LXVII da Constituição Federal, “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”, ou seja, entendeu que poderia haver prisão civil do depositário infiel, mas não do devedor de alienação fiduciária, já que esta obrigação não poderia ser equiparada a depósito.

Trouxe ainda a questão que no ano de 1992, por intermédio do Decreto n. 678/1992, entrou em vigor no Brasil a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica em seu art. 7º, dispõe em seu item 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.”

E ainda, complementou essa garantia fundamental, ao trazer o artigo 11, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que dispõe “ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual”³⁷¹, firmou o entendimento de que os tratados de direitos humanos teriam a natureza constitucional.³⁷²

O Ministro Gilmar Mendes ao se posicionar no julgamento do recurso extraordinário trouxe a aplicabilidade dos tratados internacionais em face da prisão do depositário infiel, bem como apreciou as várias correntes doutrinárias

³⁷⁰ Idem.

³⁷¹ BRASIL. **Decreto nº 678**: promulgado em 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 18/10/2015.

³⁷² Posicionamento defendido pelos Ministros Cezar Peluso, Eros Grau, Ellen Gracie e Celso de Mello)

quanto ao *status* dos tratados de direitos humanos, concluindo pelo caráter supralegal³⁷³ dos tratados.³⁷⁴

Desta forma, visualiza-se que os referidos tratados, ambos ratificados pelo Brasil em 1992, que ao contrário da Constituição Federal brasileira, preveem a proibição da prisão civil por dívida, com apenas uma exceção (devedor de alimentos), excluindo a hipótese do depositário infiel.

Sérgio Cruz Arenhart ressalta a análise pontual de Eduardo Talamini em relação aos Pactos mencionados de que tratam sobre a matéria de forma mais severa que a própria Constituição, afinal, os pactos permitem qualquer prisão civil, salvo a do devedor de alimentos. No entanto, elucida o autor que a inserção destes pactos no ordenamento não há qualquer incompatibilidade com a Carta Magna, vez que ao contrário do que possa parecer, a regra posta nos pactos vem justamente a reafirmar a garantia constitucional, ou seja, só caberá prisão civil em face do devedor de alimentos.³⁷⁵

Vale ressaltar os posicionamentos de Gilmar Mendes e Valério Mazzuoli quanto ao depósito previsto no art. 5º, inciso LXVII da Constituição, restringe-se a clássica ideal de o devedor receber a guarda de determinado bem, incumbindo-se de devolvê-la em razão de uma obrigação contratual ou legal, assim, no contrato de alienação fiduciária não haveria um depósito no sentido constitucional do termo, apenas o depósito por equiparação que não incidiria, portanto, a prisão civil.³⁷⁶

Decorre daí que, conforme mencionado anteriormente, embora existam divergências na jurisprudência e na doutrina quanto ao *status* normativo dos

³⁷³ Posicionamento seguido pelos Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Carmen Lúcia e Aires Britto). E ainda, Sérgio Cruz Arenhart faz uma crítica severa quanto ao entendimento de supralegalidade firmado pelo Supremo Tribunal Federal, “talvez por isso fosse aconselhável a adoção de outro entendimento pelo Supremo Tribunal Federal. Melhor seria concluir que normas sobre direitos humanos, têm, independentemente de sua origem ou do regime de sua aprovação, força constitucional, à luz do que prevê o art. 5º, § 2º, da CR, que já autorizava essa orientação. (...) Ora, se tais direitos não são excluídos do texto constitucional, é porque a Constituição atual entendeu por incluí-los como garantias fundamentais, de modo que os tratados (e as normas de direito interno) que tratem de direitos humanos (ou, de forma geral, sobre direitos fundamentais) não de ser entendidos como normas constitucionais). ARENHART, Sérgio Cruz. ARENHART, Sérgio Cruz. O Supremo Tribunal Federal e a prisão Civil. In: **Controle de convencionalidade...** op.cit. p. 293.

³⁷⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. **O Supremo** ... op. cit. p. 288.

³⁷⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. O Supremo Tribunal Federal e a prisão Civil. In: **Controle de convencionalidade.** Op.cit., p. 268-269.

³⁷⁶ MENDES, Gilmar. **A supralegalidade** ... op. cit., p. 252.

tratados³⁷⁷, o entendimento no Recurso Extraordinário em pauta, abarcou a tese de que a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (artigo, 5º, inciso LXVII) não foi revogada pela ratificação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto San José da Costa Rica (art.7º, 7), no entanto, teve a sua eficácia paralisada, neste caso a eficácia foi direta ou indireta.

Portanto, ainda que a discussão quanto ao *status* normativo dos tratados de direitos humanos perdure, verifica-se no caso concreto que os tratados de direitos humanos geram efeitos tanto no âmbito das relações entre particulares e Estados, como também nas relações privadas, eficácia horizontal demonstrando que a partir da Constituição de Federal de 1988, marco inicial do período de democratização, como a internalização dos direitos humanos reflete no ordenamento pátrio, inclusive trazendo a reinserção do País no contexto internacional.

Flávia Piovesan elucida os argumentos de Julie Allard e Antonio Garapon (os juízes na Mundialização), “o comércio entre os juízes vai-se intensificando, impelidos por um sentimento ou consciência crescente de um patrimônio democrático ou civilizacional comum. Os juízes afirmam-se como agentes de primeiro plano na mundialização do direito em uma sociedade de tribunais.”³⁷⁸

Nos dizeres de Marcelo Figueiredo, o fato é que o STF ao julgar e expõe este novo entendimento no RE 466.343/SP, inovou ao trazer que os tratados de direitos humanos recepcionados antes da EC 45/2004 têm caráter supralegal e infraconstitucional e complementa dizendo que ao decidir ainda

³⁷⁷ Cfr. Marcelo Figueiredo comenta que: “ De fato, se compararmos a tese tradicional antes da Emenda com a atual houve um avanço inegável. A nova posição majoritária do STF teve como principais defensores os Ministros Gilmar Ferreira Mendes que, retomando a visão do Ministro Sepúlveda Pertence (hoje aposentado), em seu voto proferido no HC 79.785-RJ, sustentou que os tratados internacionais de direitos humanos, que não forem aprovados pelo Congresso Nacional no rito especial do art. 5º, § 3º, da CF, têm natureza supralegal: abaixo da Constituição, mas acima de toda e qualquer lei. Na mesma ocasião, formaram nova maioria os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandovski, Carmem Lúcia e Menezes Direito (falecido). Essa nova corrente majoritária admite, contudo, que tais tratados tenham status constitucional desde que aprovados pelo Congresso por meio do rito especial do citado §3º. Ficaram vencidos parcialmente, no tema do status normativo dos tratados dos direitos humanos, os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Eros Roberto Graus e Ellen Gracie. Estes últimos sustentavam a hierarquia constitucional de todos os tratados de direitos humanos aprovados ou não pelo rito especial do art. 5º, § 3º. Op. cit., p. 717.

³⁷⁸ apud Flávia Piovesan, **Direitos Humanos e o diálogo entre jurisdições**. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 19 – jan/jun. 2012 p. 92-93.

que no caso específico, o depositário infiel traz claramente o diálogo possível entre o STF e outras Cortes ou Tribunais internacionais.³⁷⁹

Neste mesmo sentido Valério de Oliveira Mazzuoli apregoa que “o avanço da jurisprudência brasileira no que tange à aplicação do *diálogo das fontes* e do princípio internacional *pro homine*”³⁸⁰ demonstra a realidade do direito em constante harmonia com as próprias conquistas da sociedade e a força expansiva dos direitos humanos e com isto, “possibilita-se a criação de um Estado Constitucional e Humanista do Direito em que *todo* o direito doméstico guarde total compatibilidade tanto com a Constituição quanto com os tratados de direitos humanos ratificados pelo Estado”³⁸¹ e com isto a certeza de que o direito acompanha a evolução das próprias necessidades da sociedade.

³⁷⁹ FIGUEIREDO, Marcelo. Op. cit. p. 716-717.

³⁸⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle** ... op. cit., p. 40.

³⁸¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle** ... op.cit., p. 41.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema proposto nesta dissertação teve como fim precípua demonstrar a importância de uma leitura do direito interno com o direito internacional, em especial, a interferência dos direitos humanos nas relações jurídicas privadas.

Diferentemente, portanto, da tradicional visão de que os direitos humanos visam proteger relações entre o Estado e os particulares.

Para isso definiu como marco teórico a Constituição Federal de 1988, Constituição Cidadã, em razão da importância na redemocratização do País, com a abertura do sistema jurídico ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos. Visualiza-se ainda, a interação da democracia e dos direitos fundamentais, demonstrando a interdependência entre os institutos.

Os direitos humanos internacionalizados alcançam a realidade atual de que os direitos humanos não só interessam ao próprio Estado, mas incluem uma preocupação internacional e necessária, com a consequente leitura globalizada que reflete de forma positiva na inserção do Estado no plano internacional, como também nas relações entre particulares e Estado e nas relações privadas.

A Constituição brasileira de 1988 possibilitou a abertura do nosso sistema jurídico ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, quando, no § 2.º do seu art. 5.º, fez constar que: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a Carta Magna previu brilhantemente o artigo 5º, parágrafo 2º, a República Federativa do Brasil seja parte”.

A Magna Carta, marco histórico da mudança do Estado Legalista de Direito para um Estado Constitucional de Direito, demonstrou a inserção dos direitos humanos no ordenamento jurídico, revelando dentre outras questões, a integração de normas internacionais protetivas dos direitos humanos.

Assim, verifica-se que a Constituição Federal traz a preocupação inicial em proteger os direitos humanos fundamentais em seu artigo 4º, quando alberga o Princípio da Prevalência dos Direitos Fundamentais, e assim, tem-se o homem como destinatário desta valoração.

A leitura globalizada dos direitos humanos fundamentais traz ínsita a ideia de conquistas dos direitos humanos e mais, a afirmação de que estamos diante de um Estado Democrático de Direito e que dentre vários caminhos em busca da efetividade dos direitos humanos, tem-se o poder judiciário.

O poder judiciário nos casos concretos ao visualizar o ordenamento interno compatível com as convenções e tratados de direitos humanos faz com que sejam efetivados os direitos humanos já conquistados.

Portanto, diante dos elementos apresentados, vislumbra-se que houve uma mudança estrutural no ordenamento jurídico. Antes, o Estado de Direito lastreado numa ideia puramente legalista, o chamado positivismo jurídico, tinha como pilastra fundamental a lei.

A mudança do cenário histórico-institucional do Poder Legislativo conduziu ao questionamento de quanto deve o Estado adequar a sua capacidade em ordenar a vida social e política, demonstrando que o Estado legislativo de direito, numa concepção positivista de direito, já era insuficiente para dar a eficácia do direito como limite ao poder.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, vislumbrou-se o avanço do direito constitucional, com a constitucionalização de direitos; a incorporação de princípios no ordenamento normativo; a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

E como consequência acarretou a ideia da argumentação e ao controle da racionalidade das decisões proferidas, mediante ponderação nos casos em que necessitam de uma solução razoável e possível, os casos difíceis.

A racionalidade nas decisões judiciais fortalece a necessidade de uma legitimidade vinculada ao próprio sistema normativo, evitando qualquer incompatibilidade.

Desta forma, a Constituição Federal de 1988 ao trazer valores morais e políticos, buscou-se trazer a eficácia efetiva da Constituição, serve de base a implantação de um Estado Constitucional de Direito, com a possibilidade de uma análise de que como este paradigma reflete na interpretação jurídica e as consequências práticas, principalmente a racionalização do direito.

Essa concepção constitucionalista na verdade, remete e fortalece a ideia de que os direitos humanos devem ser observados não só pelos poderes

instituídos, mas também qualquer outro eventual obrigado, tornando evidente a eficácia desses direitos tanto no plano vertical, nas relações entre particulares e Estado, como também no plano horizontal, nas relações entre particulares.

Desta forma, traz a realidade hoje vivenciada de que os direitos humanos, numa conquista histórica, antes em face somente da esfera estatal, hoje, tais direitos são instrumentos de uso de particulares também em face de particulares.

Portanto, a noção de eficácia vertical e de eficácia horizontal de direitos humanos, acarreta uma das benesses mais importantes para a sociedade como um todo ao firmar o próprio Estado Democrático de Direito em que vivemos.

Assim, conforme demonstrado, a tese trazida quanto à importância de uma interpretação sistemática do artigo 5º e parágrafos, faz com que se ressalte a questão basilar do tema que é a proteção dos direitos humanos observando não só a historicidade dos direitos humanos, mas também as conquistas obtidas a partir de uma visão globalizada e protetiva.

Desta forma, ainda que possa perdurar a questão quanto ao *status* normativo dos tratados de direitos humanos, verifica-se que a jurisprudência, em especial do Supremo Tribunal Federal, constrói-se a medida das necessidades e evolução de determinada sociedade, uma construção ao longo dos anos, com a demonstração clara de que há a efetivação dos direitos humanos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert, **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito**. São Paulo: Forense Universitária. 2014.

ARENDDT, Hanna. **Origens do Totalitarismo**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_arendt_origens_totalitarismo.pdf>. Acesso em: 11/12/2015

ARENHART, Sérgio Cruz. O Supremo Tribunal Federal e a prisão Civil. In: **Controle de convencionalidade. Um panorama latino**. Org. Luiz Guilherme Marinoni e Valério Mazzuoli. Editora Gazeta Jurídica. 2014.

AVILA, Humberto Bergmann. **“Neoconstitucionalismo”:** entre a Ciência do Direito e o Direito da Ciência. Disponível em: www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf- Acesso em: 07/08/2015.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. MENDES, Ubirajara Carlos Mendes. **O Judiciário como portal de respostas obrigatórias: reflexos da potencialização dos princípios**. (Disponível em: <<http://www.revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/download/562434>. Acesso em: 19/08/2014)

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **A Revolução dos Direitos Humanos e a Expansão Judicial Review nos Estados Contemporâneos**. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/295>>. Acesso em: 21/08/2014.

_____. **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva. 2014.

BARCELOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar. 2005.

BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos humanos: paradoxo da civilização**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BARROS, Suzana de Vidal Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Editora e Livraria Brasília Jurídica, 2000

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. In: **Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil**, Ano 23, n. 82. 4º trimestre, p. 2005, p 109-157, p. 123

BARROZO, Luís Carlos. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro, 2006

BARZOTTO, Luis Fernando. **A democracia na Constituição**. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: Ltr, 2010.

_____. **Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais na relação de emprego**. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-033-artigo_Carlos_Henrique_Bezerra_Leite_%28Eficacia_Horizontal_dos_Direitos_Fundamentais_na_relacao_de_Emprego%29.pdf>. Acesso em: 09/02/2015.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Apresentação Tércio Sampaio Ferraz Júnior; Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6. ed. Editora UnB, 1995.

_____. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 7. ed. Elsevier Editora Ltda, 2004.

BORSOI, Marta. **A alienação fiduciária em garantia no direito brasileiro**. Disponível em: <revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/download/678/504>. Acesso em: 14/01/2016.

BORTOLOTI, José Carlos Kraemer, FLORES, Nilton Cesar. **Direito e(m) alteridade: o individualismo exacerbado e a abstração dos direitos humanos**. Disponível em : <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/518/386> - Acesso em: 29/05/2015

BRANCO, Paulo Gustavo Gronet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo, 2007.

BRANDÃO, Rodrigo. **Aplicação direta de princípios constitucionais, ativismo judicial e superação do dogma do “legislador negativo”**. In: Direitos fundamentais e Jurisdição Constitucional. Organizadores Clèmerson Merlin Clève e Alexandre Freire. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto nº 678**: promulgado em 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 18.10.2015.

_____. **Lei n. 3.071**, de 1º de Janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 07/01/2016.

_____. **Lei nº 4.728**, de 14 de julho de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4728.htm> Acesso em: 08/01/2016.

_____. **Lei nº 10.406**, de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 07/01/2016.

BRASIL Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 149.518-GO**. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=199700672255&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 18/10/2015

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. AI 403828 AgR / MS – Mato Grosso do Sul. **AG.REG.NO Agravo de instrumento**. <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AI+403828+AgR+%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 16/01/2016.

_____. **Habeas Corpus nº 70625 / SP - SÃO PAULO**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28hab+eas+corpus+70625%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 07/01/2016.

_____. **Habeas Corpus nº 74490/MG**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28hab+eas+corpus+74490%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 07/01/2016.

_____. **Habeas Corpus nº 73044/SP**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28hc+73044%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em:07/01/2016.

_____. **Habeas Corpus nº 72183/SP**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+72183%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 07/01/2016.

_____. **Habeas Corpus** nº 81319 / GO - Goiás. Relator(a): Min. Celso de Mello. Julgamento: 24/04/2002 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação DJ 19-08-2005. RJSP v. 53, n. 335, 2005, p. 136-137

_____. **Habeas Corpus** nº 91361 / SP – São Paulo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+91361+sp%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 16/01/2016.

_____. **Recurso Extraordinário** nº **212549/GO** - Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28re+212549%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 07/01/2016.

_____. **Recurso Extraordinário** nº **206086/SP**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28re+206086%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 07/01/2016.

_____. **Recurso Extraordinário** nº **299627/MG**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28re+299627%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 07.01.2016.

_____. **Recurso Extraordinário** nº **253071/GO**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28re+253071%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 07/01/2016.

_____. **Recurso Extraordinário** nº **466343/SP**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1268>>. Acesso em 10/02/2015.

_____. Informativo nº 800. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo.htm>>. Acesso em: 11/10/2015.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. In: **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional**. Organizadores Clèmerson Merlin Clève e Alexandre Freire. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CAMPILONGO, Celso. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In: **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. (José Eduardo Faria – org.) São Paulo: Malheiros, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998

CAVALCANTE FILHO. João Trindade. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. (disponível em:

http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf. Acesso em: 10/02/2015)

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O Controle de Constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais**. In: Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais. Organizador José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey. 2003.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. 18. Edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico**. Disponível em: <www.upf.edu/filosofiadeldret/_pdf/coman>. Acesso em: 06/10/2014

COSTA, Ana Poyal. **La eficacia de los derechos humanos frente a terceros**. Disponível em: <<http://e-spacio.unde.es/fez/eserv/bibliuned:Derechopolitico-19910340742587D7/PDF>>. Acesso em: 15/11/2015.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5. Ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

DALARI, Dalmo. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DUARTE, Écio Oto. POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição**. Ed.Landy, 2006

FACHIN, Luiz Edson. **Mídia e Poder Judiciário; entre transparência e coerência – ideias para um ensaio preliminar**. Disponível em: <www.revistas.usp.br/revusp/article/download/87819/90741>. Acesso em: 14/01/2016.

_____. Notas para um ensaio sobre a posição jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil após a reforma constitucional. In: **Teoria crítica dos direitos humanos**. Coordenadores: Carol Proner e Oscar Correias. Belo Horizonte: Fórum, 2011

_____. O Supremo Tribunal Federal e a Jurisdição Constitucional: da preservação a justificação material dos direitos. In: **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional**. Organizadores Clèmerson Meri Clève e Alexandre Freire. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FACHIN, Melina Girardi. **Direitos Humanos e Desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

_____. **Fundamentos dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. O Supremo Tribunal Federal e a Jurisdição Constitucional: da preservação a justificação material dos direitos. In: **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional**. Organizadores Clèmerson Meri Clève e Alexandre Freire. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

_____.Problematizando a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: atual e sempre sobre a constitucionalização do Direito Civil. In: **Diálogos sobre direito civil**. Organizadores Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, vol. II.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves, MEIRA de, Renan Sales. **Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. Diálogos Contemporâneos**. Salvador: Juspodivm, 2013.

FERNANDES, Elizabeth Alves. **Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. Diálogos Contemporâneos**. Salvador: Juspodivm, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado del derecho. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo.(s)** cit. p.13-30. apud Paulo Schier. Constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988, In: Clève, Clèmerson Merlin. (Org.). Direito Constitucional Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v.1.p. 50.

FIGUEIRERO, Marcelo. **Diálogo interjurisdicional entre tribunais nacionais e internacionais**. In: **Direitos fundamentais e Jurisdição Constitucional**. Organizadores Clèmerson Merlin Clève e Alexandre Freire. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FREIRE, Alexandre. **Eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares: conceito, teorias e análise jurisprudencial**. In: Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional. Organizadores: Clèmerson Merli Clève e Alexandre Freire. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 1997.

GODIM, Thais de Arruda. **Alienação fiduciária na prática**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=658>. Acesso em: 15/01/2016.

GOMES, Eduardo Biacchi. **Direitos fundamentais e o depositário infiel Evolução jurisprudencial**. Brasília a. 47 n. 186 abr./jun. 2010. Disponível em:< <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/198673>>. Acesso em: 15/01/2016.

GOMES, Luiz Flávio. **Controle de convencionalidade: STF revolucionou nossa pirâmide jurídica**.

Disponível em:

<<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1242742038174218181901.pdf>>. Acesso em: 18/10/2015.

HAMILTON, Alexander, MADISON, James, JAY John. **O Federalista**, traduzido por Ricardo Rodrigues Gama, 2 ed. Campinas: Russell Editores, 2005.

HERRERA FLORES, Joaquín. Premisas de una teoría crítica del derecho. In: **Teoria Crítica dos Direitos Humanos**. Coordenadores: Carol Proner e Oscar Correias. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HINKELAMMMERT, Franz. Uma porta bem fechada não é a que tem muitas fechaduras, mas sim aquela que pode ser aberta (TRADUÇÃO LIVRE). *Lo indispensable es inútil – sobre la ética de la convivencia*. In: **Teoria Crítica dos Direitos Humanos**. Coordenadores Carol Proner, Oscar Correias: Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HOLTHE, Leo Van. **Direito Constitucional**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

LEMOS, Walter Gustavo da Silva. **Cabimento da prisão civil nos contratos de alienação fiduciária**. Disponível em: <<https://jus.com.br/955298-walter-gustavo-da-silva-lemos/publicacoes>>. Acesso em: 15/01/2016.

MALUF, Said. **Teoria Geral do Estado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Do controle da insuficiência de tutela normativa aos direitos fundamentais processuais**. In: Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional. Organizadores Clèmerson Merin Clève e Alexandre Freire. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). In: **O Controle de Constitucionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. Coordenadores: Luiz Guilherme Marinoni, Valério de Oliveira Mazzuoli. Gazeta Jurídica Editora e Livraria Ltda- Me, 2013.

MAXIMILIANO. Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das leis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Prisão Civil por Dívida e o Pacto de San José da Costa Rica**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos: dois fundamentos irreconciliáveis**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaITvJustica/portaITvJusticaNoticia/anexo/Artigo__Soberania_e_Direitos_Humanos__Valerio_Mazzuoli.pdf. Acesso em: 15/01/2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO. Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. A suprallegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e a prisão civil do depositário infiel no Brasil. **In: Controle De Convencionalidade - Um Panorama latino-Americano**. Organizadores Luiz Guilherme Marinoni e Valério de Oliveira Mazzuoli. Editora Gazeta Jurídica, 2013.

MENEZES, Cláudia Cardoso de. **Breves Considerações Sobre a Alienação Fiduciária de Bens Imóveis**. Disponível em: <http://www.emerj.rj.gov.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/16/direitosreais_25.pdf>. Acesso em 14/01/2016.

MEYER, Emilio Peluso Neder. Uma teoria dos direitos fundamentais a partir da Constituição de 1988: As principais contribuições para a construção de uma metódica brasileira. **In: Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional**. Organizadores Clèmerson Merlin Clève e Alexandre Freire. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MELLO, Marco Aurélio. Prefácio. **In: Direitos fundamentais e Jurisdição Constitucional**. Organizadores Clèmerson Merlin Clève e Alexandre Freire. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO. **Habeas Corpus** nº 613.862/4 – SP. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/habeas_corpus/jurisprudencias/juris_acordaos/aliena%C3%A7%C3%A3o%20fid.htm>. Acesso em 15/01/2015.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**. Editora Atlas, 2003.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MULLER, Friedrich. **Metodologia do direito constitucional**. Trad. Peter Naumann. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

NEGRATO, Gustavo Scudeler. **Alienação fiduciária em garantia de bem imóvel: uma análise comparada**. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp135996.pdf>>. Acesso em 14/01/2016.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias. **Alienação fiduciária em garantia: reflexões sobre a (in)suficiência do cenário normativo e jurisprudencial atual**. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-132-alienacao-fiduciaria-em-garantia-reflexoes-sobre-a-in-suficiencia-do-cenario-normativo-e-jurisprudencial-atual>>. Acesso em 08/01/2016.

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.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8585>. Acesso em: 10/02/2015.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Devido Processo Legislativo e Controle Jurisdicional de Constitucionalidade no Brasil. In: **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Organizador José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PIMENTA, José Marcelo Barreiro. **Garantia dos direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade.** Disponível em: <www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/1142/895>. Acesso em: 18/10/2015.

PIOVESAN, Flávia. A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas. BALDI, César Augusto (org.). In: **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 12. ed. São Paulo Saraiva. 2011, 12ª edição. .

_____. **Direitos Humanos e o diálogo entre jurisdições**. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 19 – jan/jun.

_____. **Temas de Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

POZZOLO, Susanna. **O neoconstitucionalismo como último desafio ao positivismo jurídico. A reconstrução neoconstitucionalista da teoria do direito: suas incompatibilidades com o positivismo jurídico e a descrição de um novo modelo**. Ed. Landy, 2010.

PRONER, Carol. *Reinventando Los Derechos Humanos*: El legado de Joaquín Herrera Flores. In: **Teoria Crítica dos Direitos Humanos**. Coordenadores Carol Proner, Oscar Correias. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

RAMINA, Larissa. **O Direito e a ordem internacional no século XXI: complexidades e reflexões na contemporaneidade**. Coleção Direito Internacional Multifacetado. Volume I. No prelo

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROCHA D'Angeli, Wagner. **50 anos de Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.dedihc.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=15>>. Acesso em: 06/06/2015.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANCHIS, Luis Prieto. **Justicia Constitucional y derechos fundamentales**. Editora Trotta, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Por uma concepção multicultural de direitos humanos**. Revista Crítica de Ciências Sociais nº 48, junho 1997. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF>. Acesso em 06/11/2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel. GOMES Fábio Rodrigues. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho**. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/.../ba6d2078-7c20-49ab-b5c6-e08d2d9cd0e8>>. Acesso em 15/11/2015.

SARMENTO, Daniel. A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentação de uma teoria. In: **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Organizador José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In.: BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Ubiquidade Constitucional: Os dois lados da moeda. In: _____. **Livres e iguais: estudos de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. Interpretação Constitucional, Pré-Compreensão e Capacidades Institucionais do Intérprete. In: **vinte Anos da Constituição Federal de 1988**, SOUZA NETO, Claudio Pereira de; BINEMBOJN, Daniel Sarmento (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SCHIER, Paulo Ricardo. A Constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988. In: **Clève, Clèmerson Merlin**. (Org.). Direito Constitucional Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v.1.

_____. **Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo**. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 06/10/2014.

_____. **Direito Constitucional – anotações nucleares**. 4ª reimpressão, Curitiba: Juruá, 2004.

SILVA, Aurélia Carla Queiroga da. BONFICÁCIO, Artur Cortez. (Disponível em: http://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/485/460). Acesso em: 25/05/2015.

SILVA, José Afonso da. **A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia**, in: Revista de Direito Administrativo, vl. 212, 1998.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

SOARES, Mário Lúcio. Processo Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais. In: **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Organizador José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. Em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA, Erineth Gonçalves. **A impossibilidade da prisão civil do devedor fiduciante no contrato de alienação fiduciária em garantia**. Disponível em: <<http://www.uva.br/sites/all/themes/uva/files/pdf/a-impossibilidade-da-prisao-do-devedor-fiduciante-no-contrato-de-alienacao-fiduciaria-em-garantia.pdf>>. Acesso em: 14/01/2016.

SOUZA, Isabel Cristina Baptista de. **Da alienação fiduciária em garantia**. Disponível em: <<http://www.revistajurisfib.com.br/artigos/1395777665.pdf>>. Acesso em: 14/01/2016.

SOUZA Neto, Cláudio Pereira de. **Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy**. Revista de Direito e Práxis, v. 4, 2013.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

TEPEDINO, Gustavo. **Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil**. In: Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos**. Arquivos do Ministério da Justiça. Brasília, v. 46, n. 182, jul/dez 1993

_____. **Os indivíduos como sujeitos de direito internacional**. No prelo

_____. **Dilemas e desafios da proteção internacional dos direitos humanos no limiar do século XXI**. Revista Brasileira de Política Internacional, Brasília, v. 40, n. 1, jan/jun. 1997. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-73291997000100007&script=sci_arttext. Acesso em: 15/06/2015.

_____. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Editor Sergio Antonio Fabris. 1ª edição. 1997, Vol.1

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil – contratos em espécie**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 100.

VILLÁN DURÁN, Carlos. **Curso de Derecho Internacional de los derechos humanos**. Madrid: Trotta, 2002.

WOLKNER, Antonio Carlos. BATISTA, Anne Carolinne. **Direitos humanos e processos de lutas na perspectiva da interculturalidade**. In: Teoria crítica dos direitos humanos. Organizadores: Carol Proner; Oscar. Correias. Editora Fórum. 2011

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Editora Trotta. 7ªed. 2007.