

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

**DOS TRATADOS INTERNACIONAIS E SUA INCORPORAÇÃO NO DIREITO
INTERNO: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA APLICAÇÃO DOS
TRATADOS INTERNACIONAIS NAS DECISÕES DA SUPREMA
CORTE BRASILEIRA**

Gabriela Silveira Bueno dos Santos

Orientador: Prof. Dr. Caio Gracco Pinheiro Dias

Ribeirão Preto
2017

Gabriela Silveira Bueno dos Santos

**DOS TRATADOS INTERNACIONAIS E SUA INCORPORAÇÃO NO DIREITO
INTERNO: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA APLICAÇÃO DOS TRATADOS
INTERNACIONAIS NAS DECISÕES DA SUPREMA CORTE BRASILEIRA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Departamento de Direito Público da Faculdade de
Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São
Paulo para a obtenção de título de Bacharel em
Direito.

Área de Concentração: Direito Internacional Público

Orientador: Prof. Dr. Caio Gracco Pinheiro Dias

Ribeirão Preto
2017

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca
e Seção Técnica de Informática da FDRP/USP,
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

D237t

Dos Santos , Gabriela Silveira Bueno
DOS TRATADOS INTERNACIONAIS E SUA INCORPORAÇÃO
NO DIREITO INTERNO: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA
APLICAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NAS DECISÕES
DA SUPREMA CORTE BRASILEIRA / Gabriela Silveira Bueno
Dos Santos ; orientador Caio Gracco Pinheiro Dias. -- Ribeirão Preto,
2017.
100 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação - Departamento de
Direito Público) -- Faculdade de Direito de Ribeirão Preto,
Universidade de São Paulo, 2017.

1. TRATADOS INTERNACIONAIS. 2. CONFLITOS DE
NORMAS. 3. TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS
HUMANOS. 4. DIREITO DO CONSUMIDOR. 5. CONVENÇÃO DE
VARSÓVIA. I. Dias, Caio Gracco Pinheiro, orient. II. Título

Autora: SANTOS, Gabriela Silveira Bueno dos

Título: DOS TRATADOS INTERNACIONAIS E SUA INCORPORAÇÃO NO DIREITO INTERNO: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA APLICAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NAS DECISÕES DAS SUPREMACORTE BRASILEIRA

Monografia apresentada à Faculdade de Direito de
Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr.: _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr.: _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr.: _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço imensamente aos meus pais por nunca terem medidos esforços para proporcionar o melhor a mim e a minha irmã. Por sempre me apoiarem e me incentivarem a realizar meus sonhos, por todo o amor e carinho, por todas as alegrias e esforços diários e por sempre terem acreditado em mim. “Obrigada” nunca será suficiente para expressar o quanto eu sou grata por ter vocês como pais! Espero um dia poder retribuir tudo que fizeram e ainda fazem por mim.

Ao meu companheiro e parceiro de todos os momentos, Rodrigo, por todo amor, amizade, companheirismo, por sempre estar do meu lado, com o braço estendido para qualquer situação, sempre me apoiando, me incentivando a correr atrás daquilo que acredito.

À toda minha família, que sempre esteve presente nos momentos mais importantes, dando apoio nos momentos difíceis e celebrando comigo os momentos felizes. pelo apoio e pela presença nas horas felizes e nas horas tristes.

Às pessoas incríveis e grandes amigos que tive a oportunidade e honra de conhecer durante esses anos de estudo da faculdade. Vocês todos foram a minha família fora de casa, me proporcionaram as melhores lembranças dessa fase universitária, estiveram comigo em todos os momentos, seja comemorando ou enfrentando os obstáculos juntos. Vocês foram um dos melhores presentes que a FDRP me deu e pretendo leva-los comigo para sempre, aonde quer que nós estejamos.

O suporte de todas essas pessoas foi fundamental para que hoje eu estivesse aqui, concluindo mais uma etapa importante da minha vida.

Sou grata ao professor Caio, por todo auxílio, orientação e dedicação que me foram dados e que me permitiram escrever esse trabalho. Muito obrigada por todos os seus ensinamentos, todas as discussões e conselhos, que foram muito importantes para mim.

Não poderia deixar de agradecer a todos os professores da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, os quais foram fundamentais em minha trajetória pela instituição e verdadeiros exemplos de comprometimento com um ensino de qualidade. Todos contribuíram não só em nossa vida acadêmica, mas também profissional, repassando com maestria aos alunos todos seus conhecimentos e experiências. À Faculdade de Direito de Ribeirão Preto e todos os seus funcionários e servidores, por ter me proporcionado cinco maravilhosos anos.

RESUMO

O presente trabalho se propõe a analisar de que modo ocorre a internacionalização e aplicação das normas internacionais, por meio dos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, a partir da análise de duas decisões da Suprema Corte brasileira. Ora, considerando-se que o Judiciário tem a função de garantir direitos, no que diz respeito à efetividade das normas constitucionais e internacionais, resta saber se estas últimas têm possibilitado a provocação do STF para tutela de interesse individual, coletivo ou público e se as decisões proferidas têm assegurado e ampliado o exercício do direito. Assim, o trabalho pretende realizar um diagnóstico jurisprudencial, identificando, em duas temáticas específicas – tutela dos direitos humanos e a tutela do direito do consumidor no que tange a responsabilização das transportadoras aéreas - o modo como os tratados internacionais estão sendo efetivamente aplicados nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, o objetivo central da pesquisa é analisar quais os principais argumentos e justificativas que estão sendo utilizadas pelos magistrados, na Corte Superior, no que tange a efetividade da aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos em relação às justificativas dadas na temática dos Tratados que tutelam o Direito do Consumidor, no caso, a aplicação do Tratado de Varsóvia/ Montreal, quanto a responsabilidade civil das transportadoras aéreas. Assim, estabelecer uma relação em que, apesar de ambos tratados existirem no ordenamento jurídico, como eles se distinguem no plano da eficácia, isto é, de que maneira é dada efetividade à essas normas internacionais e sob quais fundamentos, tendo a vista a temática abordada por cada um deles.

Palavras-chave: Tratados Internacionais. Conflito de normas. Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Direito do Consumidor. Convenção de Varsóvia. RE 466343. RE 636331.

ABSTRACT

The present work intends to analyze how the internationalization and application of international norms, through the international treaties to which Brazil is a signatory, takes place, based on the analysis of two decisions of the Brazilian Supreme Court. Considering that the Judiciary has the function of guaranteeing rights, with regard to the effectiveness of constitutional and international norms, it remains to be seen whether the latter have made it possible to challenge the Supreme Court for individual, collective or public interest, and if the decisions have ensured and extended the exercise of the right. Thus, the work intends to carry out a jurisprudential diagnosis, identifying, in two specific themes - the protection of human rights and the protection of consumer rights with regard to the responsibility of air carriers - the way in which international treaties are effectively applied in the decisions of the Supreme Court of Justice. In this sense, the principal objective of the research is to analyze the main arguments and justifications that are being used by magistrates in the Superior Court regarding the effectiveness of the application of the International Human Rights Treaties in relation to the justifications given in the Treaties that protects Consumer Law, in this case, the application of the Warsaw/Montreal Treaty, as regards civil liability of air carriers. Thus, to establish a relationship in which, although both treaties exist in the legal order, how they are distinguished in the efficacy sphere, that is, in what way it is given effect to these international norms and under what grounds, taking into consideration the subject addressed for each of them.

Keywords: International Treaties. Conflict of norms. International Human Rights Treaties. Consumer Law. Warsaw Convention. RE 466343. RE 636331.

LISTA DE ABREVIATURAS

CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CF	Constituição Federal
CV	Convenção de Varsóvia
EC	Emenda Constitucional
IDC	Incidente de Deslocamento de Competência
HC	Habeas Corpus
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal
TPI	Tribunal Penal Internacional

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
 CAPÍTULO 1 - DIREITO INTERNACIONAL x DIREITO INTERNO.....	14
1.1. O Direito Internacional e sua relação com o direito interno.....	14
<i>1.1.1 Breve Histórico: teorias clássicas.....</i>	<i>14</i>
1.2. Novas Perspectivas da relação entre o Direito Interno e o Direito Internacional: Pluralismo de ordens jurídicas, Transconstitucionalização do Direito e transnormatividade.....	19
1.3. A posição do ordenamento jurídico brasileiro	29
<i>1.3.1 O tratamento da questão Internacional pela Constituição de 1988.....</i>	<i>29</i>
<i>1.3.2 Compromisso do Estado Brasileiro com o Direito Internacional (Emenda Constitucional No 45/2004).....</i>	<i>32</i>
 CAPÍTULO 2 – TRATADOS INTERNACIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	34
2.1 O conceito de tratado e seus atributos.....	34
2.2 Incorporação dos tratados no direito brasileiro.....	36
2.3 Incorporação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.....	38
2.4 A doutrina brasileira e o enquadramento da prática nacional entre o monismo e o dualismo quanto à incorporação do direito internacional	41
2.5 Hierarquia dos tratados no direito brasileiro.....	43
<i>2.5.1 Hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos.....</i>	<i>43</i>
<i>2.5.2 Hierarquia dos demais tratados internacionais.....</i>	<i>44</i>
<i>2.5.3 Conflitos entre normas internas e Tratados Internacionais</i>	<i>45</i>
2.6 Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil	45

CAPÍTULO 3 – A JURISDIÇÃO INTERNA BRASILEIRA E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: ANÁLISE DA DECISÃO REFERENTE AO JULGAMENTO DO RE 466.343 – A PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA DO DEPOSITÁRIO INFIEL 48

3. 1. Análise dos votos no RE 466.343 a respeito dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos: a Construção Decisória	49
<i>3.1.1 Voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes.....</i>	<i>49</i>
<i>3.1.2 Voto do Ministro Celso de Mello</i>	<i>56</i>
3.2 Conclusão: Natureza dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos para o STF	63

CAPÍTULO 4 – ANÁLISE DO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 636331 PELO STF: CONVENÇÕES DE VARSÓVIA E DE MONTREAL X APLICAÇÃO DO CDC NA RESPONSABILIZAÇÃO DAS COMPANHIAS AÉREAS EM CASOS DE EXTRAVIO DE BAGAGEM 65

4.1 A Proteção do Consumidor como Direito Fundamental previsto na Constituição Federal.....	66
4.2 Sobre o julgamento do RE 636331 pelo STF que tratou da indenização por extravio de bagagem em voo internacional.....	67
<i>4.2.1 Argumentos que sustentaram a tese de aplicação das Convenções de Varsóvia e Montreal em detrimento do CDC</i>	<i>69</i>
<i>4.2.2 Argumentos que sustentaram a prevalência do Código de Defesa do Consumidor em relação às Convenções Internacionais</i>	<i>77</i>
<i>4.2.3 Considerações Finais a respeito da decisão.....</i>	<i>80</i>
4.3 A Convenção de Varsóvia x Código de Defesa do Consumidor.....	81

CAPÍTULO 5 – ANÁLISE COMPARATIVA DOS JULGAMENTOS DO RE 466343 (SUPRALEGALIDADE DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS) E DO RE 636331 (APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO DE VARSÓVIA x CDC) 87

5. 1. Análise Comparativa	88
<i>5.1.1 Quanto ao caráter especial dos tratados</i>	<i>88</i>
<i>5.1.2 Quanto à posição hierárquica das normativas em questão dentro do ordenamento jurídico brasileiro.....</i>	<i>88</i>
<i>5.1.3 Quanto aos princípios e valores que nortearam a discussão</i>	<i>89</i>
<i>5.1.4 Quanto aos direitos que estão em conflito</i>	<i>89</i>

<i>5.1.5 Quanto aos critérios utilizados para a solução da antinomia</i>	<i>89</i>
<i>5.1.6 Quanto às consequências das decisões</i>	<i>90</i>
5.2 Tabela Comparativa	91
5.3 Considerações Finais.....	92
CONCLUSÃO	95
REFERÊNCIAS	97

INTRODUÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso se propõe a analisar de que modo os Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil estão sendo aplicados pelo Poder Judiciário, por meio de um estudo jurisprudencial da efetiva incidência e aplicação dos Tratados nas decisões da Suprema Corte brasileira.

Dentro desta temática, delimitou-se o estudo para os casos de Tratados que tutelam direitos humanos e fundamentais e um recente caso, que tem provocado grande repercussão, quanto à responsabilidade das transportadoras aéreas em relação ao extravio de bagagens, no âmbito do direito do consumidor, trazendo o conflito entre o Código de Defesa do Consumidor e os Tratados de Varsóvia e Montreal.

A escolha de tal abordagem envolve o fato de que um importante indicativo do comprometimento dos Estados com o cumprimento de normas internacionais, no âmbito interno, é a atuação dos tribunais, isto é, a partir de uma análise da atividade das Cortes é possível verificar como as normas internacionais estão sendo aplicadas.

No entanto, a aplicação e efetividade dos regramentos internacionais encontram constantemente obstáculos na soberania nacional e nas normas de direito interno (DENZA, 2010, p. 413). Da relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno, busca-se determinar a posição hierárquica que cada um deles ocupa frente à solução de conflitos.

A determinação dessa posição envolve um estudo da doutrina brasileira e da maneira como a prática nacional entre o monismo e dualismo. Contudo, existe uma hesitação da doutrina na aplicação de tais rótulos, de modo que o conteúdo prático da concepção teórica resta pouco definido. A complexidade que caracteriza as relações entre o direito interno e o Direito Internacional e os entendimentos dados pelas autoridades brasileiras impossibilitam um enquadramento redutor e afastam as teorias clássicas do monismo e dualismo. (LUPI, 2009, p. 43)

Nesse cenário, serão exploradas algumas das novas perspectivas de análise dessa interação entre direito interno e internacional, como o pluralismo jurídico e teorias do Transconstitucionalismo do Direito e da Transnormatividade.

Tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 não dispõe a relação existente entre o direito pátrio e as normas internacionais, bem como há divergência doutrinária desse tema, tal debate acaba por se concentrar, principalmente, na jurisprudência (AMARAL JR, 2012, p. 548).

Que as normas internacionais são recepcionadas pelo direito interno está expresso no texto constitucional, no entanto, essa previsão não garante a aplicação dessas normas em caso de conflito com normas nacionais, bem como não determina o modo pelo qual elas serão interpretadas, sendo necessário recorrer ao judiciário para compreender como esse processo ocorre de fato.

Neste sentido, é de suma importância que os próprios regramentos nacionais atuem para possibilitar que as normas internacionais sejam eficazes. Assim, um dos indicativos mais diretos do comprometimento do Estado para com as normas internacionais é a atuação dos tribunais. É por meio da jurisprudência que é possível verificar o status de que gozam os tratados internacionais no ordenamento jurídico de cada Estado.

Assim, considerando que uma análise qualitativa da jurisprudência de todo o judiciário brasileiro é inviável em um estudo restrito, a escolha de limitar a pesquisa à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), justifica-se pelas funções desse tribunal no ordenamento jurídico brasileiro, que é, principalmente, o julgamento sobre questões constitucionais. Desse modo, de acordo com a divisão de atribuições dada pela Constituição Federal, o STF tem sua atuação restrita ao exame da compatibilidade entre tratados e a Constituição (AMARAL JR, 2012, p. 553).

Ora, considerando-se que o Judiciário tem a função de garantir direitos, no que diz respeito à efetividade das normas constitucionais e internacionais, resta saber se estas últimas têm possibilitado a provocação do STF para tutela de interesse individual, coletivo ou público e se as decisões proferidas têm assegurado e ampliado o exercício do direito. Assim, o trabalho pretende realizar um diagnóstico jurisprudencial, identificando, em duas temáticas específicas– tutela dos direitos humanos e a tutela do direito do consumidor no que tange a responsabilização das transportadoras aéreas - o modo como os tratados internacionais estão sendo efetivamente aplicados nas decisões do Supremo Tribunal Federal.

Desse modo, ao analisar a jurisprudência dessa Corte quanto à aplicação de Tratados Internacionais referentes aos Direitos Humanos e os Tratados de Varsóvia e Montreal, que dispõem sobre relações de consumo, é possível observar a argumentação utilizada pelo STF justificando a prevalência ou não desses tratados e em que medida tais normas internacionais são importantes para o Estado brasileiro.

Por esses motivos, justifica-se a necessidade de estudo voltado ao enfrentamento da aplicação dos tratados internacionais incorporados pelo ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que apenas o fato deles terem sido recepcionados pelo direito interno não revela o modo como essas normas estão sendo efetivamente aplicadas.

Nesse sentido, o objetivo central da pesquisa é analisar quais os principais argumentos e justificativas que estão sendo utilizadas pelos magistrados, no STF, no que tange à aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, constatando-os com as justificativas dadas pelo Tribunal quando os casos versam sobre o Direito do Consumidor, em específico, no que toca à aplicação dos Tratados de Montreal e Varsóvia, quanto à responsabilidade civil das transportadoras aéreas, também sob uma perspectiva de tutela dos direitos humanos. Assim, estabelecer uma relação em que, apesar de ambos tratados existirem no ordenamento jurídico, como eles se distinguem quanto à sua aplicabilidade, isto é, de que maneira é dada efetividade a essas normas internacionais e sob quais fundamentos, tendo em vista a temática abordada por cada uma delas.

Desse modo, para que tal análise possa ser realizada, alguns aspectos fundamentais ao entendimento do assunto serão abordados primeiramente. Assim, o capítulo inicial do trabalho se propõe a entender o conflito entre o direito interno e o direito internacional, trazendo as perspectivas clássicas doutrinárias, bem como as novas teorias que buscam explicar esse embate no cenário moderno e de crescente globalização. O capítulo seguinte, por sua vez, aborda o tema dos tratados e convenções internacionais, tendo em vista o modo pelo qual as normas jurídicas de direito internacional são incorporadas no ordenamento jurídico pátrio.

Após essa primeira parte de apresentação de pontos teóricos pertinentes ao estudo em

questão, o terceiro capítulo buscou analisar o posicionamento do STF na aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário, a partir da análise dos votos do julgamento do RE 466343, que consolidou o atual entendimento da Suprema Corte quanto à aplicação das normas internacionais de direitos humanos.

No capítulo seguinte, do mesmo modo que o anterior, o objetivo foi analisar o posicionamento do STF quanto à aplicação dos Tratados de Montreal e Varsóvia, considerando o conflito com o Código de Defesa do Consumidor, no que tange a responsabilidade civil das transportadoras aéreas, identificando os principais argumentos utilizados pelos ministros.

Por fim, o último capítulo se propõe a fazer uma comparação entre os fundamentos utilizados nos tribunais para aplicação e efetividade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos em relação ao Tratado de Montreal, analisando em que medida tais temáticas se sobrepõem ou não, influenciando na garantia das tutelas pretendidas. A questão a ser discutida consiste em esclarecer por que o STF adotou posicionamentos distintos nesses casos, tendo em vista o entendimento de que a tutela do direito do consumidor também se enquadra no rol de direitos fundamentais do indivíduo.

Desse modo, a partir da análise do posicionamento jurisprudencial quanto a essa temática buscou-se verificar, como se dá a atuação da Suprema Corte na promoção da força normativa dos Tratados Internacionais e, ainda, avaliar o grau de eficiência das decisões para efetivação da tutela de direitos individuais.

CAPÍTULO 1 - DIREITO INTERNACIONAL X DIREITO INTERNO

1.1.O Direito Internacional e sua relação com o direito interno

O tema a ser tratado neste capítulo decorre de uma série de problemas práticos e doutrinários frente à necessidade de delimitação do relacionamento dos ordenamentos jurídicos internos e internacional. Resta-se fundamental compreender como ocorre o diálogo entre as normas internas e externas para que, na prática, esclareçam-se as questões relativas aos conflitos e hierarquia de normas e o modo pelo qual elas estão sendo efetivamente aplicadas em âmbito nacional.

O objetivo é traçar um breve panorama histórico a fim de que se compreenda como se deu a relação entre o Direito Interno e o Direito Internacional, desde as teorias clássicas (monista e dualista), até as novas perspectivas de análise dessa interação, pluralismo jurídico e teorias do Transconstitucionalismo do Direito e da Transnormatividade. Por fim, tal estudo será pertinente para que se contextualizem quais as posições e soluções o sistema jurídico brasileiro tem adotado em relação ao tratamento do Direito Internacional perante o ordenamento jurídico nacional, à luz da nova ordem constitucional e do posicionamento da doutrina e da jurisprudência pátria.

1.1.1 Breve Histórico: teorias clássicas

Historicamente, não há como se discutir a interação que ocorre entre o direito interno de cada Estado e o Direito Internacional sem que se analisem as teorias clássicas: monismo e dualismo. Tais teorias buscam explicar a relação entre os dois ordenamentos jurídicos e possibilitam um melhor entendimento de como o Direito Internacional vem sendo introduzido e absorvido pelo Direito Interno. Assim, apesar das mudanças sofridas na sociedade internacional, o estudo dessas teorias é um importante referencial na compreensão e estabelecimento das normas de direito internacional nos ordenamentos jurídicos estatais, servindo como base doutrinária para os potenciais conflitos existentes entre esses ordenamentos. (MENEZES, 2007, p. 135)

Inicialmente, quando surgiu na doutrina essa matéria, pouca atenção foi dada à temática, tendo em vista que a agenda das relações internacionais naquele tempo não se

apresentava com grandes questionamentos. A maior preocupação doutrinária só veio a ocorrer, portanto, na medida em que o Direito Internacional passou a interagir com as normas jurídicas de planos nacionais e ter maiores repercussões no ordenamento interno dos Estados. (MENEZES, 2007, p. 136)

As teorias clássicas adotadas pelo Direito Internacional, que analisam o modo como o direito interno se relaciona com o direito externo, são as teorias monista e dualista.

O relacionamento entre os ordenamentos jurídicos internos e internacionais foi primeiramente enfrentado sistematicamente nos estudos de Carl Heinrich Triepel, na obra *Volkerrecht und Landesrecht* (Direito Internacional e Direito do Estado), de 1899. Triepel foi o responsável pela construção da teoria dualista, que foi seguida por demais estudiosos como Oppenheim, Strupp e Anzilotti, que incorporaram novos elementos a teoria, cada um à sua forma. (MAZZUOLI, 2000, p. 2)

Na perspectiva dualista de Triepel, o direito interno e o direito internacional são sistemas jurídicos diversos e autônomos, de ordens jurídicas completamente independentes, mas ainda sim igualmente válidos. Isto é, em razão dessa separação quanto à aplicação, não há que se falar em conflito entre essas ordens jurídicas. (TRIEPEL apud MAZZUOLI, 2000, p.2)

A distinção entre uma diversidade de sujeitos, fontes e campos de atuação do Direito Interno e Internacional seriam os elementos que justificam a separação entre esses dois ordenamentos jurídicos. Quanto à multiplicidade de fontes, nessa concepção, a fonte do Direito Internacional se dá por meio da vontade coletiva de vários Estados em comum acordo, enquanto o Direito Interno tem como fonte a vontade imperativa do Estado sobre os particulares. Em relação ao campo de atuação, o Direito Internacional visa à regulação das relações entre Estados soberanos no plano internacional, por meio de um esquema de coordenação, já o Direito interno é destinado a regular as relações no âmbito interno dos Estados, entre seus indivíduos, sob um sistema de subordinação. Por fim, o Direito Internacional tem o Estado como seu sujeito e o Direito Interno, por sua vez, tem o indivíduo. (TRIEPEL, 1923)

Assim, utilizando essas diferenças entre os ordenamentos como base para sua teoria, Triepel sustenta o dualismo, a partir de duas ordens jurídicas independentes e autônomas, com

seus conteúdos e fontes próprios. Nesse sentido, segundo Triepel, o conflito entre normas de direito interno e internacional seria inexistente, assim como a ideia de hierarquia entre elas, tendo em vista que derivam de fontes distintas e, consequentemente, são resultados de vontades distintas. No Direito Interno, as fontes normativas derivam da vontade do poder legislativo e constitucional, enquanto no Direito Internacional, as fontes são resultado da união de vontades de todos os Estados. (TRIEPEL, 1923)

A questão está, portanto, no entendimento de como essas normas de caráter internacional passariam a vigorar no âmbito doméstico dos Estados soberanos. Nesse sentido, a teoria de Triepel defende que essa recepção do direito internacional se dá somente quando ele for transformado ou recodificado em direito interno, conforme explica Wagner Menezes:

“Portanto, para que uma norma internacional penetre na esfera interna do Estado, representado por seus limites territoriais, que são a dimensão geográfica de sua soberania, e possa operar juridicamente, produzindo plena eficácia, com a possibilidade de ser invocável ou oponível pelos indivíduos, como direito líquido certo e exigível, é necessária a ratificação da norma internacional e sua devida incorporação no sistema interno. O Direito Internacional só terá validade no plano externo para o Estado, em caso, por exemplo, de responsabilidade internacional por descumprimento de uma norma como sujeito do Direito Internacional.”(MENEZES, 2007, p.137)

Com o surgimento de novos instrumentos jurídicos do Direito Internacional, no entre guerras, criou-se o cenário propício para o desenvolvimento de uma nova teoria, que se opõe diretamente ao dualismo: o monismo.

O monismo teve como seu principal precursor Hans Kelsen, que sustentava não haver uma separação completa entre as ordens jurídicas internas e internacional. Nesse sentido, algumas inconsistências da teoria dualista foram apontadas por Kelsen, servindo de instrumentos para constituir sua tese.

Algumas críticas foram tecidas por Kelsen quanto à teoria dualista, trazendo alguns questionamentos como: a) os indivíduos também possuem direitos e deveres outorgados diretamente pela ordem internacional e por isso também são sujeitos internacionais; b) o voluntarismo não é suficiente para explicar a obrigatoriedade do costume internacional e o direito não é produto da vontade dos estados; c) a distinção entre as ordens, entre coordenação e subordinação, não é de natureza, mas sim de estrutura; d) o direito internacional costumeiro

não depende de transformação ou incorporação, tendo em vista que ele já é aplicado por Tribunais Nacionais. (MELLO, 2004, p. 122)

Os monistas defendem que tanto a ordem jurídica nacional, quanto a internacional, compõe um único sistema jurídico, pois têm a mesma norma fundamental¹, não havendo uma distinção, conforme o dualismo, mas apenas uma relação hierárquica entre os ordenamentos (MENEZES, 2007, p.137). Assim, essa teoria comporta duas vertentes: uma que prevê a primazia do Direito Internacional (monismo internacionalista) e a outra a do Direito Interno (monismo nacionalista).

A corrente que defende a supremacia do Direito Interno tem como origem o pensamento hegeliano no qual o Estado, por ter uma soberania absoluta, não se submete a nenhum sistema jurídico que não seja proveniente da sua própria vontade. Nesse sentido, o DI fundamenta-se no direito interno, sendo apenas uma vertente interna aplicada pelo Estado em esfera externa. Essa concepção teve como adeptos Wenzel, Verdross, Decenièrre-Ferrandière, Georges Bordeau, entre outros. (MELLO, 2004, p 124)

As críticas a essa teoria residem no fato dela negar o DI como um direito autônomo, independente, reduzindo-o a um simples direito estatal. Assim, tal aceção não está de acordo com a prática internacional em que, privilegiando a continuidade e permanência do Estado, tratados celebrados em vigência de normas constitucionais que foram alteradas, ainda sim devem ser respeitados, não ocorrendo, em virtude dessa alteração, sua caducidade. (MELLO, 2004, p. 124)

A segunda vertente da teoria monista, que se rege pela primazia do Direito Internacional, foi desenvolvida por Kelsen e os demais pensadores da escola de Viena (Verdross, Kunz, etc.). Sua argumentação, nesse sentido, consistiu em defender o direito internacional como uma ordem jurídica superior à soberania estatal. Na formulação da Teoria Pura do Direito, Kelsen estabeleceu a sua famosa pirâmide de normas, na qual a origem e a obrigatoriedade de uma norma derivam de outra norma que lhe é imediatamente superior. A

¹ A concepção Kelsiniana de norma fundamental entende que “O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma. Uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior. (...) Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum de validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum (...) É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa. KELSEN, p. 216-217

norma origem dessa pirâmide é uma hipótese a ser escolhida por cada jurista (daí o motivo da teoria receber o nome, nessa primeira fase, de teoria da livre escolha até passar a ser chamada de “Grundnorm”) e foi considerada uma norma de DI: a norma costumeira conhecida por “*pacta sunt servanda*”. (ZANIOLO, 2014, p. 79)²

Desse modo, parte-se da não existência de diferenças significativas entre as duas ordens jurídicas, mas admite-se a possibilidade de conflitos entre elas. Segundo Celso de Mello, “o importante é a predominância do DI; que ocorre na prática internacional, como se pode demonstrar com duas hipóteses: a) uma lei contrária ao DI dá ao Estado prejudicado o direito de iniciar um “processo” de responsabilidade internacional; b) uma norma internacional contrária a lei interna não dá ao Estado direito análogo ao da hipótese anterior.” (MELLO, 2004, p. 124)

Estudar as correntes doutrinárias clássicas que propõem uma explicação para os conflitos entre ordenamentos jurídicos internos e o ordenamento jurídico internacional é fundamental para que se trate a questão da hierarquia entre as normas e para que se compreenda o modo como cada Estado irá atuar na presença do Direito Internacional.

Entretanto, o contexto social, econômico e político em que essas teorias se desenvolveram é bem distinto do contexto atual. Desse modo, tais perspectivas teóricas não são mais capazes de explicar, no cenário atual, os novos conflitos e questões problemáticas decorrentes do relacionamento entre as normas internas e internacionais, tornando-se necessário a análise de novas perspectivas teóricas que envolvem essa dicotomia. Sobre essa perspectiva, leciona Ricardo Victalino de Oliveira:

“A compreensão dos fenômenos ligados à interação entre ordem jurídica nacional e sistema normativo internacional requer o emprego de recursos que ultrapassam as concepções teóricas do monismo e do dualismo. Isso porque, segundo explica MIREILLE DELMAS-MARTY, nas relações entre o Direito Interno e o Direito Internacional, o monismo, ao supor uma ordem jurídica global à qual todas as outras estariam subordinadas, reflete um quadro utópico que dificilmente poderá se concretizar. O dualismo, por sua vez, propugnando a existência de ordens jurídicas separadas e independentes, apegando-se, inversamente, a uma ideia de separação radical entre as normativas nacional e exterior, o que impede que todos os fenômenos que acompanham internacionalização do Direito possam ser integrados ao raciocínio jurídico necessário para explicar a complexidade do tema em apreço.” (OLIVEIRA, 2014, p. 57)

² Nesse sentido, o *pacta sunt servanda* é em si uma regra costumeira, mas quando dotada de um conteúdo, a norma hipotética fundamental configura-se como “*consuetudine est servanda*”, se tornando o pressuposto de validade/obrigatoriedade da regra que estabelece a validade/obrigatoriedade dos tratados internacionais.

Assim, no próximo tópico serão tratadas abordagens doutrinárias que buscam explicar como os Estados estão se relacionando com o Direito Internacional em meio ao contexto contemporâneo, em que a sociedade está estruturada de maneira globalizada.

1.2.Novas Perspectivas da relação entre o Direito Interno e o Direito Internacional:

Pluralismo de ordens jurídicas, Transconstitucionalização do Direito e transnormatividade

A sociedade contemporânea tem passado por uma série de mudanças estruturais que vem alterando o modo como o direito interno se relaciona com o direito internacional. Fatores de caráter político, econômico, tecnológico e científico, que caracterizam o processo de globalização, atuam cada vez mais no sentido de promover uma maior interação de agentes públicos e privados em esfera global, abrangendo os mais diversos campos da sociedade.

Em meio esse cenário, o Direito Internacional também sofreu modificações, tendo em vista a necessidade de atender as novas demandas estabelecidas por essa nova configuração da sociedade internacional. Conforme discorre Wagner Menezes:

(...) Nesse contexto, particularmente, o Direito Internacional, exsurge, de maneira geral, como meio hábil e apropriado para solucionar – ou ao menos delinear uma solução – para os problemas apresentados por essa revolução globalizante, que leva a uma inter-relação constante entre povos, empresas e Estados, e que, por isso, ganha impulso e destaque no cenário atual, abarcando um maior número de competências e temas, ocupando por assim dizer, um espaço próprio na vasta gama de ramificações do direito como ciência. (MENEZES, 2007, p. 134)

Simultaneamente, o Direito Interno tem se preocupado cada vez mais com questões internacionais, havendo trocas normativas e uma maior relação com o Direito Internacional, que repercute diretamente no âmbito dos Estados, na vida dos indivíduos e empresas.

Foi um conjunto de fatores que levou a uma penetração do Direito Internacional em esferas de competência do Direito Interno, influenciando cada vez mais a produção normativa de acordo com os parâmetros previstos no âmbito internacional. Desse conjunto, é possível

apontar: aumento de foros e organizações internacionais, que intensificaram a atuação como legisladores universais; sistematização de uma democracia horizontal implementada pela ONU; multilateralismo estatal para a tomada de decisões; fluxos comerciais transnacionais; estabelecimento de uma agenda internacional abrangendo temas universais; norma de direitos humanos sendo interpretadas como direito universal; novos canais políticos e ideológicos que reestruturaram as relações internacionais entre os Estados. (MENEZES, 2007, p. 142)

Tais mudanças, proporcionadas pela globalização, exigem novas formas de conceber a relação entre o direito doméstico e o internacional, proporcionando novos entendimentos que se distinguem da dicotomia clássica monista-dualista e se adaptam a real realidade do sistema jurídico. Quanto a isso, explica Ricardo Victalino de Oliveira:

“O inigualável entrosamento entre os sujeitos do Direito Internacional alcançado e a própria multiplicação daqueles que detêm subjetividade para atuar no âmbito exterior, em especial com o aparecimento de variadas organizações internacionais, propiciaram maior sintonia entre os Estados em direção às práticas coordenadas e cooperativas na consecução de seus interesses nacionais e transnacionais. Por consequência, ocorreu o incremento significativo na produção da normativa internacional, o que foi acompanhado da ampliação dos escopos tutelados por essa ordem jurídica, do afrouxamento de sua ligação com o consentimento estatal como único fundamento de validade e existência e, ainda, do reforço dos mecanismos de aplicação compulsória de suas prescrições. A necessidade de execução interna da maior parte dos comandos jurídicos criados externamente expôs a habilidade e as deficiências de cada sistema constitucional em lidar com esses novos paradigmas, servindo ainda para explicitar a inaptidão das teorias monista e dualista para o enfrentamento da matéria.”(OLIVEIRA, 2014, p.55)

A transcendência do debate baseado nas teorias clássicas passa, portanto, pelo reconhecimento de um sistema caracterizado pela pluralidade das ordens jurídicas. Essa configuração plural deriva justamente da expansão, qualitativa e quantitativa, do Direito Internacional, a partir do fortalecimento de procedimentos internacionais de interpretação e cumprimento das normas e da ocupação de temáticas antes reservadas às normas de direito interno, passando a abranger, inclusive, todos os seus ramos. (RAMOS, 2011, p.2).

A abordagem pluralista também tem como origem as alterações sofridas pelo Direito Constitucional, que ao se abrir cada vez mais ao Direito Internacional, tem provocado profundas mudanças na essência do Constitucionalismo contemporâneo. De acordo com André de Carvalho Ramos (2011, p.2), apesar do Direito Constitucional ter convivido com o Direito Internacional há séculos, existem fatores recentes que justificam o porquê das

consequências associadas à pluralidade das ordens jurídicas terem se intensificado.

Nessa nova edificação da ordem mundial, os Estados, sentindo-se pressionados pelos novos desafios transnacionais da globalização, permitiram que houvesse essa expansão quantitativa do Direito Internacional, mas, ao mesmo tempo, movidos por um sentimento de desconfiança e pelo receio de falsos comprometimentos, exigiram procedimentos internacionais capazes de assegurar a correta interpretação e implementação das normas produzidas. Assim, surgiram mecanismos cuja função é de garantir a plena efetividade e desenvolvimento das normas internacionais, a partir de um processo intenso de interpretação judicial. (RAMOS, 2011, p.6)

Desse modo, um dos fatores apontados é a constitucionalização do Direito Internacional, que se deu em decorrência da criação de inúmeros tribunais internacionais e órgãos de atividades judiciais que apresentam interpretações imparciais e efetivam o dever de cumprimento das normativas internacionais. Nesse sentido, conforme leciona Walter Claudius Rothenburg (2010), o Direito Constitucional, ao se vincular juridicamente com o Direito Internacional, projeta-se para uma dimensão supraestatal (constitucionalismo global).

Outro elemento destacado por André de Carvalho Ramos (2011, p.4) é o fenômeno do neoconstitucionalismo, o qual conferiu uma nova abordagem para o Direito Constitucional e impulsionou a pluralidade das ordens no âmbito interno. Tal fenômeno, visando uma interpretação constitucional a partir de princípios e de um ativismo judicial, permite que a Constituição esteja aberta para receber as normas internacionais como alternativa aos desafios enfrentados pelo Estado domesticamente. Por consequência, essa abertura poderá acarretar, no âmbito interno do Estado, em dissonâncias ou harmonia interpretativas.

Nesse sentido, Marcelo Torelly (2016) é outro autor que chama atenção para o mesmo fenômeno, discorrendo sobre as mudanças estruturais do espaço transnacional, caracterizando três etapas principais da trajetória do Direito Internacional rumo à governança global: “período assembleísta, outro executivo, chegando ao atual, de judicialização transnacional com ampla fragmentação normativa e o surgimento de regimes auto-continentes com pretensões constitucionais”. Segundo o autor, podemos identificar novas formas de regulação transnacionais, que influem diretamente no modo como o direito internacional vem sendo aplicado, de modo a romper com o conceito de Direito Internacional articulado no início do

século XIX.

O primeiro momento, configurando o chamado assembleísmo global, estabeleceu a ideia de soberania e de igualdade formal entre os estados (aproximadamente até 1950). Nesse contexto, o Direito Internacional seria aquele que regula as relações entre Estados. No entanto, ao tentar estabelecer uma analogia entre o direito interno e o Direito Internacional, esse último passava por uma dificuldade maior de legitimação, tendo em vista que não possui um mecanismo capaz de dar legitimidade a ele (como ocorre com o direito interno, a partir do poder constituinte).

O problema enfrentado nesse período era relativo às fontes desse Direito Internacional: “diferentes decisões judiciais conduzirão a diferentes manejos e reconhecimento de fontes, com distintas teorias justificando ou excluindo determinados conteúdos do escopo do Direito Internacional, mas sempre tendo como referência a existência ou não de uma obrigação interestatal.”. (TORELLY, 2016, p. 24)

Em relação ao estilo de governança, preocupa-se em como se daria a relação do direito internacional com o direito doméstico, especialmente nos casos de conflito entre as ordens jurídicas. E foi nessa seara em que foram situadas as teorias monista e dualista, a fim de explicar se o direito interno e o internacional pertencem a uma mesma realidade jurídica ou não e qual prevaleceria hierarquicamente. O dualismo seria uma resposta com tendência à contradição, uma vez que algo poderia ser direito e não-direito, ao mesmo tempo, impedindo a realização do ideal de perfeição do Direito. Já uma resposta monista, acaba impondo a necessidade de alguma forma de solução hierárquica para o conflito. (TORELLY, 2016, p. 25)

Ao analisar as organizações internacionais é possível verificar as transformações estruturais do direito internacional rumo à governança global. O desenvolvimento das instituições, bem como de suas capacidades normativas, levam a necessidade de hierarquização das entre a dicotomia interno/externo.

Em uma segunda fase, chamada por Torelly de “período executivo” (inicia-se no pós-guerra, até o final dos anos 1980), o foco tornou-se a ação executiva em detrimento de uma política legislativa, revelando um novo modelo de governança e gestão executiva,

representado pela ONU e sua sistematização a partir do Conselho de Segurança. Além da Organização das Nações Unidas, uma instituição internacional central, surgiram novas organizações periféricas cuja competência é tratar de problemas específicos, como o FMI e o Banco Mundial, a Organização Mundial da Saúde, por exemplo.

A preocupação passou a se concentrar na administração e gerenciamento de políticas, a partir de uma abordagem funcionalista, e não mais em como ocorriam os processos deliberativos e a codificação do Direito Internacional. Nesse sentido, não se buscou positivar uma ordem universal, mas sim utilizar o Direito Internacional como mecanismo para a construção de uma ordem global ideologicamente orientada.

Assim, tendo em vista o entendimento do Direito Internacional como mecanismo de governança da sociedade mundial, consolidou-se predominantemente um modelo funcionalista. O Direito Internacional é visto a partir de uma relação funcional entre regras e forças sociais, que ao sistematizar as regras jurídicas, considerando a teoria funcionalista, ultrapassará um entendimento científico da matéria que o positivismo foi apenas capaz de descrever e sistematizar. (TORELLY, 2016 p. 26).

Por consequência, configurou-se um modelo diverso do que seria o Direito Internacional, que a princípio é tido como balanceador de poderes nas relações internacionais. No entanto, no modelo funcionalista, o Direito Internacional está atrelado a um balanço de poder estático, que configura um determinado consenso de interesses dentro de uma comunidade ou a uma demanda frente às configurações de poder daquele momento.

Ao mesmo tempo, essa perspectiva relaciona a validade do Direito Internacional com a sua capacidade efetiva de sanção. Nesse sentido, a positivação em um instrumento legal, como um tratado internacional, não garante que determinada regra seja válida. Do mesmo modo, existem regras de Direito Internacional que são válidas, mas não foram promulgadas em um instrumento normativo. Assim, defende-se o pressuposto de que para que determinada regra, independentemente de sua natureza, tenha sua validade, deve haver algum tipo de sanção caso essa regra seja violada, que provoque alguma reação desfavorável ao violador, pois apenas dessa maneira ela seria respeitada. (TORELLY, 2016, p. 27)

Por fim, outro aspecto decorrente do funcionalismo seria a possibilidade de dividir o

Direito Internacional em duas classes, sendo que uma delas abrangeria as normas que revelam os interesses permanentes dos Estados, que são mais estáveis, enquanto a outra englobaria as normas momentâneas, passageiras, que não requerem uma prática reiterada. Ao mesmo tempo, outra consequência desse modelo seria uma indistinção entre Direito e Política na sociedade global, tendo em vista que interesses políticos e as relações entre os Estados também compõem o quadro de múltiplas fontes que garantem a validade do Direito Internacional. Nesse cenário, o modelo interpretativo da *Civil Law* e o positivismo apresentam-se ultrapassados por não acompanharem a dinâmica e forças das relações internacionais, tornando-se incompatíveis com os processos efetivos de governança e tomada de decisão.

Identifica-se, portanto, que há uma mudança de foco do Direito Internacional, saindo de um eixo deliberativo e de instituições que fazem e aplicam o Direito, para um eixo executivo, em que a tomada de decisões está diretamente relacionada com a dinâmica das forças de poder nas relações internacionais. Simultaneamente, a atenção volta-se para o “problema jurídico” e não mais para o “Direito” em si, de modo que o processo de tomada de decisão é que determinará o que realmente o Direito é. (TORELLY, 2016, p.9)

Uma instituição totalizante e abrangente, por sua vez, torna-se incapaz de enfrentar a complexidade e variedade de demandas colocadas ao Direito Internacional. Assim, como decorrência dessa governança global, multiplicam-se as instituições decisórias, encarregadas de trabalhar com problemas específicos, abandonando um modelo de construção de um “estado global” e estabelecendo um mecanismo de gestão, a fim de equilibrar as forças e os interesses divergentes.

O terceiro momento apontado por Marcelo Torelly (2016) é o da fragmentação, de regimes jurídicos auto-continentes e novas abordagens constitucionais. Ao final da guerra fria, o que prevalece é a concepção de uma globalização sem Estado, a partir de uma autorregulação feita pelas forças econômicas e sociais. O fenômeno da globalização proporcionou, por um lado, uma uniformização de padrões sociais e, por outro, gerou uma crescente fragmentação a partir de esferas e estruturas específicas de ação (fenômeno de diferenciação e especialização funcional da sociedade mundial: a fragmentação social implicou em uma especialização funcional de setores do direito, que possuem suas próprias normativas a fim de regular suas atividades específicas).

Essa proliferação de organizações e agências implicou em problemas de superposição de autoridade jurídica e política, ao mesmo tempo em que o crescimento de regimes legais independentes de um Direito Internacional geral, bem como a transferência de poder para atores não-estatais, contribuíram para a consolidação desses novos regimes especializados e auto-continentes. Assim, o Estado passou a ter uma função de facilitador de sistemas autorregulados e não mais de um legislador.

Autores como Gunther Teubner (apud TORELLY, 2016, p. 12), passam a enxergar nesses novos regimes especializados “fragmentos constitucionais” de um direito mundial, de modo que tais regimes não somente criam regras especiais para cada campo do direito, mas também são capazes de produzir suas próprias normas processuais, de reconhecer regras e sanções jurídicas (ideia de que os regimes transnacionais são fragmentos de um direito constitucional societal).

O debate sobre a fragmentação e pluralismo do Direito Internacional leva ao entendimento, segundo Torelly, de que a solução dos conflitos entre os diferentes regimes está associada à estruturação de mecanismos e aos processos de influência recíproca entre os atores principais desses regimes (e não mais associada a propostas que hierarquizam as diferentes fontes normativas).

Nesse sentido, tornam-se muito relevantes os espaços institucionais capazes de possibilitar a interação e comunicação entre regimes diferentes, conectando racionalidades e produzindo decisões vinculantes. Assim, o Direito Internacional estaria atualmente em um “Momento de judicialização transnacional” (fim da guerra fria e dissolução da URSS, até o presente).

Nessa fase, a governança global incorpora uma perspectiva técnica e fragmentária. O Direito, visto como um instrumento de resolução de conflitos, neutro e imparcial, seria capaz de promover uma maior racionalidade e eficiência na regulação dos temas globais. Assim, o Direito Internacional, regendo-se sobre os valores de governança neoliberal, seria um mediador institucional.

O papel das cortes como produtoras jurídicas, a partir de decisões judiciais, mostrou-se muito mais eficiente para as partes litigantes, que anteriormente deveriam aguardar as

políticas públicas nos modelos de governança legislativo e executivo.

O entendimento que caracteriza essa nova fase de governança não se baseia na ideia de que uma norma deva ser rigorosamente respeitada para que o Direito esteja sendo aplicado (a aplicação do Direito não está adstrita na perspectiva de “tudo ou nada”). Considera-se, no entanto, que o fato de haver uma multiplicidade de atores governamentais e não governamentais, seja a partir de regramentos domésticos ou tribunais supranacionais, transnacionais, internacionais, de modo geral, permite uma maior observância do Direito Internacional, independentemente de ele ter sido implementado no ordenamento jurídico doméstico ou não.

Uma perspectiva judicial, a partir de uma ponderação de princípios e equacionamento de interesses, visando soluções neutras e eficientes, é o que passa a predominar. O papel das cortes como mediadoras torna-se algo fundamental, compondo o processo deliberativo substantivo, tendo em vista que o próprio Direito a ser aplicado na resolução de um conflito também é algo controverso. A ampliação do papel dessas instituições de capacidade decisória, conforme Torelly, “da perspectiva do direito doméstico, implica um desafio à identidade constitucional” (TORELLY, 2016, p. 38). “No processo de resolução de conflitos, as cortes e órgãos análogos definem o que é e o que não é Direito, revisam decisões administrativas e políticas públicas, enumeram e restringem direitos.”

Essa terceira fase não recorre apenas à abordagem funcionalista da fase anterior, mas também a uma ideia de neutralidade do Direito para a resolução de conflitos. Como mencionado, o Direito Internacional passa a ser produzido por uma multiplicidade de atores, sejam eles públicos ou privados, individuais ou coletivos, a partir da solução de litígios. Nesse sentido, um sistema que era eminentemente de caráter público, liderado por Estados soberanos, passa a ter entes privados, naturais ou jurídicos, como parte desse modelo de governança.

Conforme Harold Koh (apud TORELLY, 2016, p. 36), o processo jurídico transnacional é o que ocorre a partir de atores públicos e privados, ao interagirem de diversas maneiras, criando, aplicando, interpretando ou internalizando regras de direito transnacional. Tal processo se configura em decorrência do declínio das forças estatais, de uma reorganização do sistema jurídico e da emergência de uma ordem global plural e fragmentada.

O conceito de normatividade, por sua vez, está associado à capacidade de influência das normas em meio a um cenário global. A interação entre diferentes Estados, a fim de participarem de processos transnacionais econômicos ou políticos, exige uma observância, ainda que mínima, do Direito Internacional.

Não há que se falar que esse processo é doméstico ou internacional, público ou privado, uma vez que qualquer agente litigante pode incitar uma causa. Ele não está restrito a nenhuma dessas categorias estáticas, pois é algo dinâmico, que visa à resolução de problemas, que pode se dar de diferentes formas.

“Assim, a mudança de estilo do Direito Internacional rumo a um modelo mais judicial não implica na eliminação dos valores e interesses associados com as esferas pública e privada, mas produz um rearranjo relevante na maneira como direitos são enumerados e efetivados e, mais ainda, nos modos de mobilização para produção de mudanças jurídicas e políticas.” (TORELLY, 2016, p. 39)

A teoria da transnormatividade também se encaixa perfeitamente no contexto social descrito, buscando explicar como se dá a relação entre o Direito Interno e o Direito Internacional no cenário contemporâneo, levando em consideração os impactos causados pela globalização no direito interno dos países e como corre a formação de um direito transnacional.

Essa concepção considera que o relacionamento entre o direito internacional e o direito interno decorre de situações transnacionais, envolvendo múltiplos sujeitos e produzindo um complexo de normas que regulam esses casos, transcendendo fronteiras nacionais, questões de direito público e privado e as demais normas. Assim, essa relação transnormativa permite que as normas jurídicas locais e globais penetrem um mesmo espaço de soberania e competência normativa. (MENEZES, 2007, p. 140-141)

Neste contexto, fronteiras geográficas, jurídicas, filosóficas, sociológicas são ultrapassadas, constituindo-se um único espaço global normativo, abrangendo as mais diversas normas jurídicas. “A divisão radical dos dois ordenamentos defendida pelos dualistas, já não é mais sustentável, pois cada vez mais o Direito Internacional abarca temas de Direito Interno, não existindo mais uma distinção entre ambos.” (MENEZES, 2007, p. 140)

O processo de atravessar fronteiras e penetrar nos ordenamentos nacionais, ao mesmo tempo em que podem ser modeladas em foros internacionais e reproduzidas pelos Estados, faz com que as normas internacionais modifiquem o relacionamento entre o Direito Internacional e o Direito Interno, se aproximando cada vez mais de uma dimensão transnormativa. (MENEZES, 2007, p. 141)

O pluralismo jurídico ocorre, sobretudo, devido a uma interpenetração dos direitos e da fragmentação das soberanias, absorvendo mecanismos de regulação alternativos e não estatais. Os Estados passam a recorrer a organismos e organizações internacionais para discutir problemas internos, se utilizando cada vez mais das normas de caráter internacional.

“Assiste-se assim, à standartização de direitos elementares que são absorvidos pelos Estados. Surgem a partir de discussões dos Estados em Organismos internacionais e também por instrumentos jurídicos de transposição normativa e acabam sendo absorvidos pelos ordenamentos jurídicos internos como um direito estatal, uma norma nacional inserta nos mais variados ramos do direito.” (MENEZES, 2007, p. 142)

Assim, tendo em vista a análise realizada, temos o transconstitucionalismo como indicador do fato de que as questões que vem surgindo poderão, cada vez mais, envolver diversas instâncias, sejam elas estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais (arbitrais), ou instituições jurídicas locais nacionais, visando à solução de problemas tipicamente constitucionais. A ideia de transconstitucionalismo é introduzida como alternativa às perspectivas hierárquicas como o monismo e o dualismo. (NEVES, 2014, p.2)

Nesse contexto, a identidade normativa entre os mandamentos de direito interno e internacional, somada ao aumento da tutela de determinados bens jurídicos, que antes se restringia ao âmbito do Direito doméstico, impõem a necessidade de estabelecer permanentes diálogos entre os sistemas normativos em questão. (OLIVEIRA, 2014, p. 3)

Portanto, observa-se um “processo de internacionalização de toda vida jurídica” (MELLO, 2001, p. 113), em que os novos paradigmas do Direito Interno, influenciados pelo crescente exercício da ordem internacional em termos de produção normativa, não podem mais ser esquecidas pelos Estados e indivíduos, “sob a pena de pecar pela ignorância, seja através da subtração de direitos, seja pela possibilidade de não exercício deles” ou ainda pelo fato de os operadores do direito não saberem interpretar o real sentido normativo e teológico

dos dispositivos inseridos no ordenamento jurídico brasileiro. (MENEZES, 2007, p 141).

De fato, por existirem cada vez mais ordenamentos jurídicos nacionais com estruturas aptas a reconhecer a importância das normas de Direito Internacional, constrói-se um ambiente doméstico no qual os órgãos estatais se apresentam dispostos e obrigados a observar as normas internacionais, uma vez que o Direito Internacional é fundamental para a concretização da própria Constituição. (OLIVEIRA, 2014, p. 3)

Por fim, restam-se evidente que as formas de relacionamento do Direito Internacional com o Direito interno sofrem constantes alterações. O Dualismo e Monismo são teorias típicas de um contexto em que a globalização ainda não tinha se acelerado e a governança global era encaminhada segundo um modelo assembleísta. Nesse sentido, a reconfiguração desse cenário internacional tornou anacrônicas as concepções teóricas clássicas. Não obstante, a atual configuração dos esquemas de governança global impõe novos modelos de articulação entre direito internacional e o direito doméstico, dos quais a doutrina precisa acompanhar.

Diante da amplitude das matérias abordadas nos instrumentos internacionais, a ocorrência de conflitos entre as normas externas e as normas nacionais é muito provável. Assim, resta-se necessário definir quais serão as dimensões da norma jurídica internacional no ordenamento interno e de que forma essas ordens normativas irão dialogar.

1.3.A posição do ordenamento jurídico brasileiro

Dada essa contextualização doutrinária quanto à relação existente entre o Direito Internacional e o Direito Interno, é possível que melhor se compreenda como essa relação tem sido estabelecida no caso do ordenamento jurídico brasileiro. Com essa finalidade, será abordado o modo pelo qual o Direito Internacional é tratado na Constituição Federal de 1988 e quais são os compromissos assumidos pelo Brasil relativos à incorporação e cumprimento das normas jurídicas internacionais em âmbito doméstico.

1.3.1 O tratamento da questão Internacional pela Constituição de 1988

Conforme exposto no tópico anterior, tendo em vista os múltiplos fatores que obrigam o Estado nacional a repensar o conceito de soberania, como resposta as demandas da globalização e ao aumento de produção normativa, a abertura ao Direito Internacional passa a ser uma importante característica da sociedade constitucional contemporânea. Tal fenômeno

implica diretamente na elaboração das Constituições e enseja novas possibilidades de interpretação de normas já editadas. (OLIVEIRA, 2014, p 79)

Desse modo, a preocupação com a abertura ao Direito Internacional e as relações exteriores pode ser identificada a partir da análise de alguns dispositivos estabelecidos pela Constituição de 1988. Assim, será feita uma análise sucinta de como se deu a normatização da relação entre a ordem interna e externa, tendo em vista os principais dispositivos, dentre outro no ordenamento, que tratam da questão: os artigos. 4º e 5º, §§ 1º e 2º da Carta Magna brasileira.

O primeiro aspecto a ser mencionado consiste na positivação dos princípios constitucionais que regem as relações internacionais. Quanto a isso, temos o art.4º como instrumento normativo que mais simboliza essa abertura ao Direito Internacional, sistematizando paradigmas que regem as relações exteriores:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

- I - independência nacional;
- II - prevalência dos direitos humanos;
- III - autodeterminação dos povos;
- IV - não-intervenção;
- V - igualdade entre os Estados;
- VI - defesa da paz;
- VII - solução pacífica dos conflitos;
- VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;
- IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
- X - concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Tal dispositivo é o responsável por estabelecer que o Brasil busque soluções pacíficas em casos controversos, tanto em âmbito interno quanto internacional, inovando ao adotar princípios que guiarão as condutas do Estado e que causam algum impacto internacional. Os princípios que regem as relações internacionais são fundamentais no direcionamento do Estado para incorporar e aplicar fontes do Direito Internacional, celebrar tratados internacionais e também servirem como base de interpretação para os juízes, quando forem aplicar o direito interno. (MOREIRA, 2012, p. 92)

“Inegavelmente, tais princípios tornam não recepcionadas quaisquer normas que com eles sejam incompatíveis, servem de parâmetro para controle de constitucionalidade, de vetores na condução das políticas exteriores do Estado, e, por fim, tão importante quanto os aspectos anteriores, norteiam a interpretação dos

operadores do Direito no que tange a elaboração e aplicação de dispositivos constitucionais ou normas infraconstitucionais que possam refletir no âmbito do sistema jurídico internacional” (MOREIRA 2012, p. 95)

Assim, resta-se demonstrada uma preocupação evidente do constituinte originário, no sentido de impedir obstáculos “à adoção pelo Brasil dos mandamentos de matriz internacional responsáveis por assegurar a coexistência e a cooperação entre soberanias e por orientar o surgimento de regras comuns para a convivência harmônica entre os povos”. (OLIVEIRA, 2014, p 82)

Outro elemento a ser apontado refere-se ao parágrafo único deste mesmo dispositivo, o qual se justifica para contextualizar os esforços governamentais, em âmbito interno, no incentivo ao processo de criação, ao desenvolvimento de órgãos e normativas e a integração no âmbito do Mercosul.

O art. 5º § 2º da CF/88, por sua vez, dispõe 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”.

Essa norma constitucional tem por objetivo basilar permitir que sejam incorporados à declaração constitucional outros direitos e garantias fundamentais não previstos de forma expressa na legislação constitucional. Assim, por efeito, amplia-se o catalogo nacional dos direitos fundamentais de modo a integrar a ordem constitucional interna à internacional e a suprir as exigências contemporâneas de uma comunidade internacional fundada em Estados mais interdependentes. (ZANIOLO, 2014, p. 72)

Tal dispositivo retoma a polêmica monismo/dualismo mais uma vez, pois deixa em aberto o modo pelo qual as normas de direito internacional serão incorporadas ao direito interno e qual seria sua hierarquia normativa. Essa discussão será feita no próximo capítulo, após uma análise do procedimento pelo qual as normativas internacionais são incorporadas no ordenamento jurídico brasileiro.

O art. 5º § 1º da CF/88, apesar de não fazer menção diretamente às normativas de direito internacional, também é um dispositivo fundamental para compreender a recepção e aplicabilidade dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, uma vez que ele prevê que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação

imediate”. Tal dispositivo será melhor analisado no capítulo seguinte.

1.3.2 Compromisso do Estado Brasileiro com o Direito Internacional (Emenda Constitucional No 45/2004)

Apesar da Carta Magna brasileira já ter estabelecido, como visto anteriormente, uma série de dispositivos visando melhor integrar a incorporação do Direito Internacional no ordenamento jurídico pátrio, algumas reformas foram necessárias no intuito dar conta dos desafios resultantes da evolução do processo de internacionalização do direito.

É nesse cenário de idealização de fórmulas e arranjos jurídicos que se ajustem à crescente abertura do Estado para o Direito Internacional que a Emenda Constitucional No 45/2004 foi criada. Tal reforma adicionou à Constituição de 1988 os §§ 3º e 4º ao art. 5º e o § 5º ao art. 109.

A introdução desses dispositivos consolidou outros mecanismos que reforçam o compromisso da União perante a comunidade internacional, isto é, de modo a reafirmar sua responsabilidade, no plano externo, pelos casos de violação das obrigações internacionais referentes às matérias que o Brasil se comprometeu juridicamente quanto ao seu cumprimento.

No que tange a discussão do presente trabalho, dentre as reformas apresentadas pela EC 45, caberá analisar, especificamente, as três disposições mencionadas pertinentes ao relacionamento entre a Constituição e o Direito Internacional Público. A primeira delas, a que reconheceu a jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação o país tenha manifestado adesão; a segunda, que previu o instituto do incidente de deslocamento de competência de processos da justiça estadual para a justiça federal como mecanismo para garantir o cumprimento, no âmbito interno, dos tratados internacionais de direitos humanos; e a terceira, consistindo na introdução do §3º do art. 5º referente aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, que será objeto de estudo do próximo capítulo.

A primeira alteração foi a introdução do §4º do art. 5º, submetendo o Brasil ao Tribunal Penal Internacional. O Tribunal possui caráter permanente e independente, no âmbito do sistema das Nações Unidas, sendo competente para exercer jurisdição quanto os crimes de maior gravidade que afetam a comunidade internacional, como por exemplo, genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e agressão. Assim, exerce jurisdição

complementar às jurisdições penais nacionais.

Quanto à competência temporal, os crimes julgados serão somente aqueles que forem cometidos após a entrada em vigor do estatuto do Tribunal, não cabendo para o julgamento de crimes cometidos anteriormente, como aduz o parágrafo 1º do art. 11 do Estatuto de Roma. Ao mesmo tempo, o Tribunal só terá competência para julgar os crimes após a assinatura do Estado ao tratado do Tribunal.

Desse modo, o Brasil assinou o Tratado em junho de 2002, se comprometendo à submissão a jurisdição do Tribunal Penal Internacional por força do art. 5º, parágrafos 2º e 4º, da Constituição brasileira. Assim, o Brasil, por se vincular inteiramente à jurisdição do TPI, as normas do seu Tratado, têm força de norma constitucional e não podem ser revogadas por nenhuma outra lei ou Emenda Constitucional

A segunda alteração, por sua vez, introduziu o Incidente de Deslocamento de Competência, no âmbito do Judiciário:

Art. 109. [...] § 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

O IDC é instrumento processual que em situações claras de graves violações aos direitos humanos, sob o risco de responsabilização internacional, possibilita o deslocamento de processo ou inquérito do âmbito estadual para o âmbito federal. Assim, com os requisitos demonstrados, o procurador-Geral da República não deve omitir-se de ajuizá-lo, sob o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, que não condiz com a leniência do Juiz natural.

Portanto, trata-se de mais um mecanismo inserido na CF/88 em que se preza pela garantia e respeito das obrigações provenientes dos tratados de direitos humanos do qual o Brasil é parte, permitindo assegurar, por mais uma via, que o Estado brasileiro cumpra suas obrigações internacionais, especialmente no que tange a tutela dos direitos humanos.

A última alteração, dada pela introdução do §3º do art. 5º será discutida no capítulo 2, no item a respeito da incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos.

CAPÍTULO 2 – TRATADOS INTERNACIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Como visto no capítulo anterior, o cenário internacional marcado pela globalização e as novas estruturas adquiridas pelo Direito Interno e o Direito Internacional passam a conferir espaço fundamental aos tratados celebrados. A importância desses mecanismos normativos se deve ao fato de que eles possibilitam arranjos internacionais e esferas de influência, para os Estados e sujeitos do Direito Internacional, configurando novas estruturas de poder no cenário internacional.

Em relação ao âmbito interno, conforme exposto, as Constituições têm buscado cada vez mais incorporar as normas de direito internacional, sendo os tratados suas principais fontes, possibilitando aos Estados assumir compromissos com outros membros da sociedade internacional. Assim, é neste contexto que se torna pertinente um estudo da opção brasileira de incorporação dos tratados internacionais, analisando se ocorre a necessidade de um procedimento formal de incorporação do Direito Internacional criado por meio dos tratados ou se ela se dá de forma imediata a partir da celebração do instrumento internacional.

“O Direito Internacional é uma realidade impressionante no Brasil do século XXI. Do ponto de vista da produção normativa, o Brasil aderiu a centenas de tratados nos mais diversos planos (universal, regional) e temas (gerais, setoriais), bem como tem acatado inúmeros diplomas normativos de soft law. A cada ano, novas demandas são traduzidas em textos internacionais e o Brasil é um dos países mais receptivos a essa produção normativa.” (RAMOS, 2011, p.1)

O entendimento de como os tratados internacionais são incorporados ao ordenamento jurídico pátrio é fundamental para que se compreenda em que medida esses tratados estão sendo cumpridos, tendo em vista a posição hierárquica que eles assumem no contexto normativo brasileiro.

Para que haja uma melhor compreensão desse processo, requer-se, primeiramente, a análise de algumas questões referentes aos tratados internacionais.

2.1 O conceito de tratado e seus atributos

Os Tratados internacionais são considerados hoje a principal fonte do direito internacional, não somente porque possibilitam uma segurança e estabilidade para as relações internacionais, mas ainda porque, sendo decorrência da vontade livre e conjugada das nações, tornam o direito internacional mais representativo e autêntico. (MAZZUOLI, 2004, p. 20).

Por definição os tratados são acordos realizados entre sujeitos de direito internacional, que se submetem a esse direito, destinados a nele produzir efeitos jurídicos. Assim, a formação de um tratado requer que os signatários sejam sujeitos de Direito Internacional. Quanto a isso, leciona Celso D. de Albuquerque Mello (MELLO, 2004, p.214) que os dotados de capacidade para celebrar tratados são os Estados, as organizações internacionais, os beligerantes e a Santa Sé.

Desse modo, os tratados internacionais constituem o instrumento principal de que dispõem os sujeitos do direito internacional para criação de normas jurídicas, para definição de direitos e obrigações e para constituição de instituições, de mecanismos de solução de controvérsias e de controle dos comportamentos.

O conceito de tratado internacional é entendido pelo Itamaraty como um acordo internacional, bilateral ou multilateral, independente de sua finalidade, assinado por um Estado ou uma organização internacional, que assumem obrigações e adquirem direitos perante outros no âmbito do direito internacional. (ITAMARATY, 2017)

A Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados, por sua vez, dispõe em seu art. 2º § 1º, letra a que: “*tratado significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica*”. Essa conceituação acrescenta na definição de tratado diversos elementos formais que, em boa hora, a complementam. Assim, a Convenção reconhece o termo tratado como um vocábulo genérico e amplo, significando acordo internacional, independentemente de sua denominação particular.

“O tratado é a exteriorização da vontade concordante de dois ou mais Estados. Se, a princípio, destinava-se a regular, apenas, as relações interestatais, hoje, sua finalidade

específica, muitas vezes, é, justamente, regular as relações individuais no âmbito interno de cada Estado co-contratante, isto é, estabelecer uma legislação uniforme a respeito de determinado assunto, uniforme, ainda que só em relação aos dois co-contratantes, se não se tratar de ato multilateral.” (FRAGA, 2004, p.3)

Pela expressão tratados internacionais depreende-se, conforme unanimidade da doutrina, um conjunto de instrumentos internacionais diversos, constituindo um gênero do qual as convenções e os pactos são espécies. Portanto, a depender de seu conteúdo concreto e finalidade, podem ser rotulados de formas diferentes. (ZANIOLO, 2014, p. 64)

A configuração de um tratado pressupõe um concurso de vontades entre as partes concordantes, que não necessariamente deva ocorrer de forma concomitante, isto é, um tratado pode nascer de uma declaração unilateral de vontade de uma parte, seguida da aceitação da outra, ou ainda, de uma declaração coletiva que tenha sido levada para aceitações unilaterais posteriores. (ZANIOLO, 2014, p. 65)

2.2 Incorporação dos tratados no direito brasileiro

O processo de recepção dos tratados ou convenções internacionais é disciplinado pela Constituição Federal e é caracterizado, essencialmente, pelas seguintes etapas: a) negociação e assinatura pelo Poder Executivo; b) aprovação pelo Congresso Nacional, mediante decreto-legislativo; c) ratificação pelo Chefe do Executivo; d) promulgação pelo Presidente da República mediante decreto em ordem a viabilizar a produção de efeitos básicos essenciais à sua vigência doméstica (publicação no diário oficial e executoriedade do ato de direito internacional público que passa então a vincular e a obrigar no plano do direito interno).

Conforme se depreende do art. 84 da CF/1988, a representação do Brasil nas relações internacionais se faz pelo Presidente, a quem incumbe negociar e assinar tratados. Somente após a negociação e assinatura do tratado pelo Presidente é que caberá ao Congresso Nacional apreciar as obrigações a serem contraídas.³

³ A Constituição Federal de 1988 prescreve, no artigo 84, que “compete privativamente ao Presidente da República: (...) VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”. Ainda, o artigo 21 estabelece como sendo competência da União: “manter relações com Estados estrangeiros e participar de Organizações Internacionais”, sendo o Presidente da República o competente para agir em nome do Estado em suas relações internacionais.

A análise do Congresso Nacional é então o próximo passo e está regulado pelo art. 49, I, da CF/1988. O dispositivo em questão diz que o parlamento “resolve definitivamente” sobre a aprovação de tratados.⁴

Ao aprovar o tratado assinado pelo Executivo, o Congresso exprime seu assentimento para a conclusão do ato internacional, exteriorizando sua concordância com a matéria nele disposta. Esse procedimento é muito semelhante ao de tramitação das leis, distinguindo-se apenas por não comportar emendas e por ser promulgada pelo Presidente do Senado, sem se submeter à sanção ou ao veto do Presidente da República. (FRAGA, 2004, p.3)

Desse modo, corrobora-se a colaboração entre o Poder Legislativo e o Executivo, sendo que tal intervenção se opera, sobretudo, em sua função fiscalizadora sobre os atos do Executivo. Ao mesmo tempo, apesar da necessidade de autorizar a ratificação, essa aprovação não envolve uma atividade legislativa no sentido de gerar uma norma interna ou transformar o tratado em direito nacional a ser aplicado pelo tribunal. Tais efeitos só são obtidos quando ocorre a promulgação, passando o tratado a vigorar na ordem interna. No entanto, o consentimento do Congresso Nacional constitui etapa sem a qual o processo de incorporação da norma internacional não seria válido em âmbito interno, mas não torna o Estado menos obrigado internacionalmente.

“Tudo quanto não pode o Presidente da República é manifestar o consentimento definitivo, em relação ao tratado, sem o abono do Congresso Nacional. Este abono, porém, não o obriga a ratificação. Isto significa, noutras palavras, que a vontade nacional, afirmativa quanto à assunção de um compromisso externo, assenta sobre a vontade conjugada dos dois poderes políticos. A vontade singular de qualquer deles é necessária, porém não suficiente.” (REZEK, 2008, p. 64)

Após essa etapa, se o Congresso negar aprovação ao texto, o Presidente da República ficará impedido de concluir o acordo e, por consequência, ratifica-lo. Caso seja concedida a aprovação, devolve-se o processo ao Chefe do Executivo, que não fica obrigado à sua ratificação. A palavra final caberá ao Presidente da República que tem a possibilidade de

Segundo o Itamaraty, “No Brasil, estão autorizados a assinar acordos internacionais apenas o Presidente da República, o Ministro das Relações Exteriores e os Embaixadores chefes de missões diplomáticas do Brasil no exterior. Além disso, outras autoridades podem assinar tratados, desde que tenham uma Carta de Plenos Poderes, assinada pelo Presidente da República e referendada pelo Ministro das Relações Exteriores”. (ITAMARATY, 2017)

⁴ O artigo 49 prevê que “é da competência exclusiva do Congresso Nacional: I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”.

ratificar ou não o instrumento internacional, bem como poderá definir o momento e a conveniência da sua efetivação.

Se o Executivo ratificar o documento, o processo se conclui com a promulgação do tratado pelo Presidente da República, por meio de decreto publicado no Diário Oficial da União, configurando um ato é irretratável.

Assim, os tratados internacionais ratificados pelo Brasil, para serem incorporados ao ordenamento jurídico e gerarem efeitos internamente, devem ser promulgados através de decreto publicado no Diário Oficial. Somente a partir de tal ato é possível sua aplicação no direito brasileiro, isto é, o teor do tratado passa a ser obrigatório no território nacional e obriga o Brasil perante os demais Estados Partes (se o tratado já estiver em vigência também para eles).

A promulgação do tratado, para o âmbito interno, configura uma simples formalidade que não atribui juridicidade ou eficácia às normas pactuadas no tratado. A juridicidade das normas do tratado só virá a ocorrer por meio da aprovação congressional e a eficácia, por meio da ratificação. Por fim, o próprio decreto legislativo que aprova o tratado é publicado oficialmente no Diário Oficial da União, sendo publicado o texto aprovado em caráter oficial no Diário do Senado Federal.

Diante do exposto, verifica-se que o procedimento de incorporação dos tratados e convenções internacionais no ordenamento jurídico pátrio está submetido diretamente ao que dispõe, a respeito do assunto, a Lei Maior. A obrigatoriedade de aplicação da norma convencional na ordem interna não depende exclusivamente da ordem jurídica internacional uma vez que decorre diretamente dos comandos constitucionais, atribuindo-se ao Direito Interno um amplo domínio de intervenção. (ZANIOLO, 2014, p. 68)

2.3 Incorporação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos

Diferentemente do procedimento descrito acima, nos casos em que os tratados e convenções internacionais dispõem a respeito de direitos humanos, a Constituição Federal prevê um rito específico para que eles sejam incorporados ao direito interno.

Conforme dispõe o artigo 5º, §§ 1º e 2º da CF/88 e, do § 3º deste mesmo artigo 5º, trazido pela Emenda Constitucional n. 45/2004, sustenta-se o entendimento de que não seria necessário um ato normativo nacional para incorporar os documentos internacionais relativos aos direitos humanos. Assim, tendo em vista tais dispositivos, verifica-se a adoção, por parte da Constituição brasileira, de um sistema jurídico misto, diferenciando a incorporação dos tratados internacionais de Direitos Humanos em relação aos demais tratados internacionais.

Mencionados brevemente na primeira parte deste trabalho, os §§ 1º e 2º do art. 5º da CF/88 dispõem:

§ 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.

E o § 3º deste mesmo artigo prescreve:

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.

Da leitura dos §§ 1º e 2º, verifica-se a tendência do constitucionalismo contemporâneo e depreende-se que os tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico pátrio têm nível constitucional e aplicação imediata, não podendo ser revogados por lei ordinária posterior e não exigindo-se um procedimento formal para que sejam recepcionados pelo sistema jurídico nacional.

Valério de Oliveira Mazzuoli (2013, p. 868) interpreta o §2º do art. 5º da seguinte maneira: “se a Constituição estabelece que os direitos e garantias nela elencados “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais “em que a República Federativa do Brasil seja parte”, é porque ela própria está a autorizar que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil “se incluem” no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem”.

Nesse sentido, a Constituição de 1988 atribui a condição de fonte constitucional de

proteção aos direitos humanos aos tratados internacionais de DH ratificados pelo Brasil, tendo eles a mesma eficácia e igualdade em relação aos demais direitos consagrados pela Carta Magna e, portanto, recebendo o status de normas constitucionais dentro no ordenamento jurídico pátrio. (MAZZUOLI, 2013, p. 868-869).

O § 3º, introduzido pela Emenda Constitucional 45/2004, conferiu o status de Emenda Constitucional para todos os tratados sobre direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros. Assim, tais tratados, quando ratificados pelo Brasil e promulgados internamente, não mais recepcionados como direito federal (normas infraconstitucionais), mas sim com status constitucional quando aprovados em procedimento análogo ao das Emendas Constitucionais.

Esse dispositivo trouxe novos questionamentos quanto ao seu alcance, como, por exemplo, se somente os tratados aprovados de acordo com o rito das emendas constitucionais teriam valor hierárquico de norma constitucional enquanto os que não obtiverem o quórum necessário teriam o valor de norma infraconstitucional. Ainda, como ficaria a questão dos tratados ratificados pelo Brasil antes da entrada em vigor EC 45: eles poderiam perder o status de normas constitucionais conferido pelo § 2º do art. 5º da CF caso não fossem aprovados pelo quórum do § 3º do art. 5º ou não?

Um dos posicionamentos defendidos, por exemplo, consiste na interpretação de que a EC 45 não altera em nada a condição de materialmente constitucional dos tratados incorporados através do §2º do art. 5º. Portanto, nos termos do §2º do art. 5º esses tratados já são materialmente constitucionais, independentemente de serem posteriormente aprovados pela maioria qualificada do §3º do art. 5º. A adequação ao rito deste último dispositivo apenas atribui, além do status material, o caráter de formalmente constitucional. (ZANIOLO, 2014, p. 122-124)

Também há quem defenda que apenas os tratados aprovados pelo procedimento do §3º do art. 5º teriam status constitucional, enquanto os demais tratados já incorporados ao ordenamento jurídico, mas anteriores a EC 45, teriam caráter infraconstitucional, mas nada impediria que eles fossem novamente submetidos à apreciação pelo Congresso Nacional sob o rito do §3º do art. 5º.

Essa discussão não é unânime e merece ser analisada mais a fundo, a partir do

posicionamento da Suprema Corte brasileira. No julgamento do Recurso Extraordinário 466.343/SP, em dezembro de 2008, o Supremo Tribunal Federal modificou o seu posicionamento a respeito da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos e tal temática será estudada no próximo capítulo.

2.4 A doutrina brasileira e o enquadramento da prática nacional entre o monismo e o dualismo quanto à incorporação do direito internacional

Tendo em vista o exposto anteriormente, identifica-se que no ordenamento jurídico brasileiro as normas internacionais podem ser recepcionadas tanto de maneira intermediada como de maneira automática.

Conforme defendiam os monistas, as regras de direito internacional são incorporadas automaticamente ao direito interno, não sendo necessário nenhum procedimento formal. Por outro lado, a corrente dualista entende que a incorporação das normas internacional só ocorreria caso elas fossem transformadas em direito interno.

Assim, no caso do Brasil, pode-se dizer que se adotou um posicionamento mais convergente com a doutrina dualista, ainda que não houvesse uma exigência mais rigorosa de elaboração de uma lei formal para que se desse o processo de incorporação (dualismo radical). (ROCHA, 1996, p.2).

É possível concluir então que a posição adotada é a dualista moderada, tendo em vista que, apesar de não haver a exigência da transformação do tratado em uma lei interna, exige-se um ato formal de internalização, por meio do decreto presidencial, para que o tratado passe a existir no ordenamento jurídico interno. (MADEIRA; MARÓN, 2015, p.8)

Consequentemente, descarta-se a posição monista, uma vez que ela “encontra grande dificuldade para provar a unicidade sistêmica do Direito, haja vista que o fato de ser Constituição nacional a responsável por adotá-lo, por si só, é um forte reflexo da dualidade de ordens jurídicas” (OLIVEIRA, 2014, p. 47)

Por outro lado, Francisco Rezek (2008) firma nortear-se o Judiciário brasileiro pela

ideia do “monismo nacionalista”, segundo o qual é no texto da Constituição que se deve buscar o “exato grau de prestígio a ser atribuído às normas internacionais escritas e costumeiras”. Esse posicionamento não é unânime na doutrina.

Em oposição, autores como Celso de Mello (2004), sustentam que o Brasil era, ao menos em parte, dualista. Segundo ele, a Constituição Federal de 1988 adota o dualismo ao fazer a incorporação do Direito Internacional no Direito Interno, pelo menos em um setor determinado, ao estabelecer que os direitos do homem consagrados em tratados internacionais fazem parte do Direito Interno.

De todo modo, para fins práticos, as teorias monistas ou dualistas restam-se rotulações desnecessárias, tendo em vista que o tratamento das normas jurídicas internacionais será regido por aquilo que estiver disposto na Constituição Federal de cada Estado. São as constituições nacionais que irão regular, de uma forma ou de outra, como o Direito Internacional será incorporado no ordenamento jurídico pátrio, definindo o relacionamento entre as normas internas e internacionais.

É o constitucionalismo, portanto, que atuará de maneira decisiva na identificação das características do monismo ou dualismo, uma vez que é a Constituição do Estado signatário quem define o modo pelo qual os tratados serão recepcionados pelo ordenamento interno e não as normas internacionais. (OLIVEIRA, 2014, p.45)

Nesta seara, Cançado Trindade (1997, p. 409) explica que “as soluções, de direito constitucional, quanto à hierarquia entre as normas de tratados e de direito interno, resultam de critérios valorativos e da discricionariedade dos constituintes nacionais, variando, pois, de país a país.”

O ordenamento jurídico pátrio optou por preservar a autoridade da lei fundamental do Estado, tendo a Constituição como primazia em relação às demais normas, tanto internas quanto externas.

De todo modo, Ricardo Victalino de Oliveira (2014, p. 17) ressalta que o constituinte brasileiro foi capaz de perceber “a maior articulação entre os sujeitos integrantes da sociedade internacional e a proliferação de normas jurídicas” e introduzir “normas no texto constitucional que permitissem alinhar o país a esse quadro de valorização das relações exteriores” sem desconsiderar a centralidade da Constituição.

2.5 Hierarquia dos tratados no direito brasileiro

A posição hierárquica ocupada pelos tratados internacionais incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro diferencia-se conforme a matéria tratada por esses tratados. Nesse contexto, temos uma separação entre os tratados internacionais gerais e os tratados internacionais de direitos humanos.

2.5.1 Hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos

Como já visto, os tratados em geral quando recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro adquirem o status de normas infraconstitucionais. Nesses termos, tais tratados, quando promulgados, revogam todas as normas anteriores contrárias ao seu conteúdo e, por outro lado, são revogados por leis posteriores quando da existência de um conflito.

Quanto aos tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao direito interno existem quatro entendimentos distintos, que serão explorados no próximo capítulo. No entanto, a interpretação que prevalece é de que tais normativas internacionais são consideradas normas supraleais, localizando-se acima da legislação ordinária, mas, abaixo da Constituição.

Contudo, admite-se ainda, que os tratados internacionais de direitos humanos que forem recepcionados nos termos do art. 5º, parágrafo 3º da CF, tenham caráter constitucional. Assim, configuram-se como cláusulas pétreas e, por consequência, não podem ser suprimidos por emenda constitucional, passam a ser insuscetíveis de denúncia e são dotados de aplicabilidade imediata (assim que ratificados). Desse modo, quando o tratado internacional entrar em vigor, toda norma anterior que apresentar alguma incompatibilidade com ele perderá automaticamente a sua vigência.

Ademais, nos casos de conflito entre normas constitucionais e tratados internacionais de direitos humanos, deverá prevalecer aquela que conferir maior benefício ao titular do direito. Nesse sentido, é de competência do Judiciário e dos demais Poderes Públicos que estejam garantidas a implementação das normas internacionais que tutelam os direitos

fundamentais da pessoa humana e foram recepcionadas pelo ordenamento jurídico pátrio.

Quanto à temática, Fernando Luiz Ximenes Rocha (1996, p.4) explica:

“Não devemos, pois, perder-nos no antagonismo da primazia entre a regra internacional e a norma interna, vez que os instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos não se enquadram na moldura dos tratados clássicos, compreendendo restrições e compromissos. Os mecanismos adotados por tais diplomas transcendem aos interesses dos Estados pactuantes, na medida em que dão ênfase a interesses gerais e estabelecem obrigações a serem implementadas de forma coletiva.”

Por fim, vale destacar que existe uma identidade, no que tange a proteção dos direitos fundamentais do homem, entre o direito internacional e o direito interno que permite evitar, de início, conflitos entre essas duas ordens, sob a perspectiva de alcance do escopo maior de tutela dos direitos humanos.

2.5.2 Hierarquia dos demais tratados internacionais

Não existe nenhum dispositivo expresso na CF/88 dispondo quanto à posição hierárquica dos tratados internacionais comuns perante o direito interno. No entanto, a tese acolhida pela doutrina é de que tais normativas possuem a mesma hierarquia jurídica das leis federais, sendo incorporadas ao ordenamento como normas infraconstitucionais.

Nos casos em que houver conflito entre tratado internacional e a Constituição, o entendimento que prevalece é o da primazia constitucional, tendo em vista a preservação da autoridade da Lei Fundamental do Estado. Essa primazia, apesar de não estar expressa, pode ser apreendida a partir dos dispositivos que submetem os tratados ao controle de constitucionalidade, assim como as demais normas infraconstitucionais.⁵

Considerando esse tratamento paritário entre as leis infraconstitucionais e os tratados internacionais comuns, o critério adotado pelo Brasil para o caso de conflito entre tais dispositivos e dado por intermédio de dois princípios. O primeiro, o princípio *lex posterior derogat priori*, isto é, o entendimento dado pelo STF é de que em caso de conflitos opta-se

⁵ O controle de constitucionalidade está previsto no art. 102, III, b da CF/88 e dispõe que: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal”

pela norma mais recente⁶. O segundo, o princípio da *lex specialis*, que prevê a aplicação da norma mais específica em detrimento da norma de caráter mais geral. É aplicado, por exemplo, no caso dos tratados de extradição, que se aplicam em prejuízo do Estatuto do Estrangeiro, mas sem revoga-lo.

2.5.3 Conflitos entre normas internas e Tratados Internacionais

Tendo em vista as diferenças de hierarquia dentro do ordenamento jurídico brasileiro, quando houver um conflito entre as normas internas e aquelas previstas nos tratados internacionais incorporados, são duas as interpretações possíveis conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal.

A primeira delas é no caso do conflito normativo ocorrer entre tratado internacional geral e lei interna geral, no qual se aplica o critério cronológico que prevê a opção pela norma mais recente, em detrimento da norma anterior (*lex posteriori derogat legi priori*). Essa solução foi dada pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário 80.004-SE em que se entendeu pela paridade normativa entre as leis ordinárias e os tratados e convenções, prevalecendo a vontade última do legislador. (MAZZUOLI, 2010, p. 77)

O segundo entendimento vale para os casos de antinomia entre tratado internacional geral e lei interna específica, ou tratado internacional específico e lei interna geral. Nessas situações, caberá a aplicação do critério da especialidade, em que prevalecerá a norma que seja especial, seja ela tratado ou lei interna, em detrimento daquela de caráter geral (*lex generalis non derogat legi speciali*). (MAZZUOLI, 2010, p. 77-78)

2.6 Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil

A partir de agora se torna pertinente apontar alguns dos compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro por meio do amplo rol de Tratados Internacionais de Direitos Humanos celebrados. O objetivo não consiste em exaurir o rol de normativas, mas

⁶ Conclui-se que, no julgamento do RE 80.004-SE, ao consagrar a teoria do monismo moderado, por serem dotados de posição hierárquica semelhante à das leis ordinárias, os tratados internacionais situam-se também no mesmo plano de eficácia das leis internas. (MAZZUOLI, 2010)

sim destacar a existência de dispositivos normativos, pactos e convenções ratificados pelo Brasil em matéria de Direitos Humanos, que são ferramentas de tutela desses direitos que ampliam o leque de instrumentos normativos internacionais que um magistrado poderá recorrer para proteger os direitos humanos.

A celebração e adesão a esses instrumentos normativos de direito internacional segue a tendência de inúmeros Estados democráticos e está em consonância com o princípio constitucional da prevalência dos direitos humanos, complementando o catálogo de direitos fundamentais previstos pela ordem constitucional. Nesse sentido, Thiago Moreira (p. 102, 2012) explica que “o reconhecimento da importância em inserir-se no cenário mundial e regional de proteção dos Direitos Humanos além das fronteiras domésticas encontrou um grande relevo na agenda internacional do Estado brasileiro”.

Assim, nos dias atuais, já foram ratificados pelo Brasil e estão vigorando praticamente todos os tratados internacionais significativos pertencentes ao sistema global de direitos humanos ou sistema das Nações Unidas. Entre eles, é possível mencionar: Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948), Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951), Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados (1966), Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966) e seu Protocolo Facultativo (1966), Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1979) e seu Protocolo Facultativo (1999), Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984), Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), Estatuto de Roma do TPI (1998), Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (2003), entre outros. (MAZZUOLI, 2013, p. 866)

O Brasil também já é parte em inúmeros tratados do sistema interamericano, como por exemplo a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988), o Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte (1990), a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985), a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994), a Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores

(1994) a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (1999). (MAZZUOLI, 2013, p. 866-867)

Os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, previstos pela Constituição brasileira de 1988, também sob essa perspectiva humanizante e protetiva, são a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III) e a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, inc. II). Portanto, quando a Constituição utiliza o próprio termo “direitos humanos”, ela está, conforme explica Valério de Oliveira Mazzuoli (2012, p.867), “ordenando à jurisdição brasileira que respeite as decisões ou recomendações (quando mais benéficas) provindas da ordem internacional, em especial das instâncias judiciais de proteção, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos”.

CAPÍTULO 3 – A JURISDIÇÃO INTERNA BRASILEIRA E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: ANÁLISE DA DECISÃO REFERENTE AO JULGAMENTO DO RE 466.343 – A PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA DO DEPOSITÁRIO INFIEL

O presente capítulo tem como finalidade realizar uma análise da construção argumentativa utilizada pela Suprema Corte brasileiro no âmbito de aplicação dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil aos casos concretos.

Conforme dispõe o art. 102, III, “b” da CF/88, é de competência do Supremo Tribunal Federal julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas, em única ou última instância, por outros tribunais quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.

Sabe-se que muito se transformou o entendimento e posicionamento do STF em relação à temática, no entanto não caberá ao presente estudo uma análise desse processo, mas sim compreender como, nos últimos 10 anos, a Suprema Corte tem enfrentado o tema em questão.

Nesse sentido, o foco da construção decisória será analisado a partir do julgamento do RE 466343, relativo à possibilidade de prisão do depositário infiel, que foi um verdadeiro marco decisório na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, passando a orientar as demais decisões a partir de 2008.

Trata-se de uma decisão histórica do Supremo Tribunal Federal, pela qual a Corte Suprema posicionou-se pela inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel, traçando a criação jurisprudencial da "norma supralegal" e revolucionando o entendimento acerca da hierarquia normativa dos tratados internacionais de direitos humanos no Estado Brasileiro.

Assim, será feita uma análise dos votos dos ministros, destacando-se os principais argumentos apontados por eles na justificativa de aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos com caráter de norma constitucional.

3. 1. Análise dos votos no RE 466.343 a respeito dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos: a Construção Decisória

O recurso extraordinário a ser analisado trata-se de um recurso interposto pelo banco Bradesco face acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que não autorizou a prisão por dívida de um depositário que não cumprira suas obrigações. A prisão civil por dívida é proibida expressamente pela CF/88, no art. 5º, inciso LXVII, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

Com a incorporação do Pacto de São Jose da Costa Rica, o posicionamento do STF sempre foi no sentido da admissibilidade da prisão civil do depositário infiel, uma vez que em sua maioria entendia que os tratados ocupavam o papel de leis ordinárias, não podendo proibir o legislador de instituir algo (a prisão do depositário infiel) que a Constituição permite. No caso do referido recurso, trata-se de equiparação devedor fiduciário ao depositário infiel. Em outras palavras, o STF sempre sustentou que os tratados internacionais estariam no mesmo nível hierárquico e teriam o mesmo grau de eficácia das leis ordinárias, de forma que jamais poderiam prevalecer em detrimento da Constituição Federal. No entanto, no julgamento em questão, a Suprema Corte firmou um novo entendimento em relação ao status dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro

3.1.1 Voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes

Em seu voto proferido em 26.11.2006, o Ministro Gilmar Mendes propôs uma revisão do posicionamento do STF em matéria de direitos humanos. Essa mudança ocorreria em virtude da inovação trazida pela Emenda Constitucional n. 45/04, a qual conferiu especial importância à temática e ao reconhecimento de hierarquia dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos.

3.1.1.1 Convenções que tutelam direitos humanos

A prisão civil que decorre do descumprimento de obrigações contratuais, salvo o caso do devedor de alimentos, é expressamente vedada nas legislações mais avançadas relativas à proteção dos direitos humanos.

Com a ratificação pelo Brasil da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto San José da Costa Rica e do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ambos em 1992, emergiram as discussões a respeito da possibilidade de revogação do inciso LXVII do art. 5º da Constituição brasileira de 1988, especialmente do termo “depositário infiel”, e, inclusive toda a legislação infraconstitucional que dispõe nesse sentido.⁷

O Ministro entende que, desde a ratificação pelo Brasil, em 1992, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7)⁸, não subsistem bases legais para aplicação da parte final do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição, isto é, para a prisão civil do depositário infiel.

3.1.1.2 Defesa da tese da Supralegalidade

Tendo em vista a disposição constitucional do § 2º do art. 5º, a qual prevê que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, o Ministro Gilmar Mendes contextualiza quatro correntes doutrinárias e jurisprudenciais principais quanto à hierarquia das normativas internacionais:

- a) Supraconstitucionalidade dos tratados e convenções de direitos humanos
- b) Caráter constitucional dos diplomas internacionais
- c) Status de lei ordinária

⁷ O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos foi celebrado no ano de 1966, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, e ratificado pelo Brasil através do Decreto No 592, de 6 de Julho de 1992. Em seu artigo 11º dispõe que: “Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual.”

⁸ Tal dispositivo prevê que “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi assinada na Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, e incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto No 678, de 6 de Novembro de 1992.

d) Status de supralegalidade

A primeira corrente, a qual Celso de Albuquerque Mello é um dos defensores, prevê a prevalência dos documentos internacionais em âmbitos dos direitos humanos em relação à Constituição dos Estados. Essa vertente sustenta que tais tratados serviriam de fundamento normativo da própria Constituição Federal, subordinando-a a eles. .

Gilmar Mendes entende que a tese da supraconstitucionalidade é de difícil adequação à realidade de Estados, tendo em vista o princípio da supremacia formal e material da Constituição sobre o ordenamento jurídico completo.

Aponta que essa hierarquia está presente no próprio processo de aprovação e promulgação das convenções, que é ditado pela Constituição e poderá levar essas convenções ao controle de constitucionalidade (CF, art. 102, III, b). Assim, os tratados e convenções deverão estar de acordo com o conteúdo material da constituição e com o procedimento formal de inclusão ao ordenamento jurídico pátrio.

Sustenta que, apesar de haver uma confluência dos valores protegidos em matéria de direitos humanos, no âmbito interno e internacional, uma "ampliação inadequada dos sentidos possíveis da expressão 'direitos humanos'" poderia acarretar em uma produção normativa alheia e não compatível com a ordem constitucional interna.

.Equiparar o tratado e a Constituição, por sua vez, esbarra no controle atribuído ao STF quanto à regularidade formal e o conteúdo material dos dispositivos internacionais em meio à ordem constitucional.

A eventual supremacia dos tratados em relação à ordem constitucional traz uma série de inconvenientes como a necessidade de um controle prévio, impedindo ou desaconselhando a ratificação do tratado e a possibilidade de impugnação do documento internacional por Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) ou Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) em face do Decreto Legislativo que o aprovou. Nesse contexto, Gilmar Mendes entende que tal tese implicaria, de modo geral, em um aumento exponencial da insegurança jurídica.

A segunda tese entende o disposto pelo § 2º do art. 5º da Constituição como uma cláusula aberta à recepção de outros direitos enunciados por tratados internacionais de direitos humanos aos quais o Brasil se subscreveu. Assim, os tratados e convenções internacionais têm status constitucional e aplicação imediata, sem a necessidade de uma avaliação legislativa,

sob a égide do § 1º do art. 5º da CF/88. Essa hierarquia valeria somente para os tratados internacionais em matéria de direitos da pessoa humana, sendo os demais documentos internacionais dotados de caráter infraconstitucional.

Assim, na possibilidade de conflitos entre os tratados internacionais de estatura constitucional e a Carta Magna, deve haver a “aplicação da norma mais favorável à vítima, titular do direito, tarefa hermenêutica da qual estariam incumbidos os tribunais nacionais e outros órgãos de aplicação do direito” (PIOVESAN apud MENDES, 2009, p.8). O direito interno e o direito internacional estariam, portanto, atuando e interagindo constantemente na busca pela tutela dos direitos humanos.

Essa interpretação é a defendida por grande parte da doutrina no Brasil, estando entre seus adeptos os internacionalistas Antônio Augusto Cançado Trindade, Celso Lafer, Valério Mazzuoli e Flávia Piovesan, sob o respaldo do previsto nos §§ 1º e 2º do artigo 5º da Constituição, que asseguram a aplicabilidade direta e o caráter constitucional dos tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário.

O Ministro Gilmar Mendes acredita, no entanto, que a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004 levou ao esvaziamento, de certa forma, da discussão quanto à hierarquia dos tratados de direitos humanos incorporados pelo Brasil, levando em consideração mais especificamente o disposto pelo §3º do artigo 5º da CF/88. Ele sustenta que, na prática “trata-se de uma declaração eloqüente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais.” (MENDES, 2009, p. 10-11)

A nova redação dada pela introdução do §3º ao art. 5º, por outro lado, aponta para a insuficiência da tese que vinha sido adotada pela jurisprudência do STF desde o julgamento do RE nº 80.004/SE, a qual entende que os tratados e convenções internacionais tem legalidade ordinária. Tornou-se difícil a interpretação que prega a equivalência dos tratados de direitos humanos, assim como os demais instrumentos convencionais de caráter internacional (independente de sua natureza), às leis ordinárias, sendo essa a terceira tese inicialmente anunciada.

Nesse sentido, Gilmar Mendes observa que a intensificação da abertura do Estado

constitucional às ordens jurídicas supranacionais de tutelas dos direitos humanos exige que a jurisprudência reveja o posicionamento anteriormente adotado. No caso da Constituição Federal de 1988, ele entende existem quatro dispositivos sinalizando essa maior abertura constitucional ao direito internacional ou supranacional.⁹

O primeiro deles consiste no parágrafo único do art. 4º, que ao dispor que a “República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”, revela uma opção do constituinte em integrar o Brasil em organismos supranacionais.

O § 2º do art. 5º também é outra clausula que revela essa abertura, ao incluir no texto constitucional os outros direitos e garantias não expressos na Constituição brasileira, mas advindos dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Os outros dois dispositivos foram introduzidos pela Emenda Constitucional nº 45, constantes dos §§ 3º e 4º do art. 5º, que dispõem, respectivamente, que “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”, e “o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”.

Tais normativas seguem a mesma linha de países latino-americanos, como Argentina e Paraguai, no sentido de reafirmar, nas palavras de Gilmar Mendes (2009, p. 18), “a tendência contemporânea do constitucionalismo mundial de prestigiar as normas internacionais destinadas à proteção do ser humano”.

Finalmente, a tese da supralegalidade dispõe que os tratados de direitos humanos não podem ser equiparados à legislação infraconstitucional, tendo em vista sua especialidade, e por isso devem ter um lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Ao mesmo tempo, tais normativas internacionais não podem afrontar a supremacia da Constituição. Assim, diferenciam-se dos tratados gerais, ocupando posição intermediária entre a legislação infraconstitucional e Constituição, da qual retiram seu fundamento de validade, sob a ótica de que “(...) equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto

⁹ Essa mesma análise foi realizada no primeiro capítulo deste trabalho, nos itens 1.3.1 e 1.3.2.

do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana” (MENDES, 2009, p 21).

Assim, para o caso em questão, o Ministro explica que os tratados internacionais que tutelam os direitos humanos, dotados de caráter especial e incorporados através do procedimento de ratificação previsto pela CF/88, acabam por paralisar a eficácia jurídica de qualquer norma infraconstitucional conflitante.

Nesse contexto, não houve uma revogação da previsão constitucional do art. 5º, inciso LXVII quanto a prisão civil do depositário infiel mediante a ratificação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas sim sua inaplicabilidade dado o efeito paralisante desses dispositivos internacionais em relação às leis infraconstitucionais (no caso, art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969). Do mesmo modo, terá sua eficácia paralisada toda legislação infraconstitucional posterior que esteja em conflito com tratados internacionais.

3.1.1.3 Violação do Princípio da Proporcionalidade

Outro argumento levantado pelo Ministro consiste no fato de que a prisão civil do devedor-fiduciante viola o princípio da proporcionalidade, contrariando a ordem constitucional. Isso se deve à previsão pelo ordenamento jurídico de outros meios processuais-executórios, tornando a prisão civil uma medida desproporcional e de extrema coerção do devedor inadimplente. Ainda, ao instituir uma ficção jurídica, a partir do Decreto-Lei nº 911/69, que equipara o devedor-fiduciante ao depositário, cria-se uma figura atípica de depósito que ultrapassa os limites do conteúdo semântico da expressão “depositário infiel” e, por consequência, viola o princípio da reserva legal proporcional.

Assim, destaca que é um fenômeno já identificado pela doutrina como típica manifestação do excesso de poder legislativo que viola o princípio da proporcionalidade, dada nos casos de contraditoriedade, incongruência, e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins. Portanto, a lei poderá ser considerada inconstitucional quando constada a existência de medidas que sejam menos lesivas.

Nesse sentido, deve primar pela aplicação do princípio da reserva legal proporcional, em que não ocorre apenas a legitimidade dos meios utilizados e dos fins desejados pelo legislador, mas ainda a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos.

No caso em tela, deve-se ponderar entre a liberdade individual do fiduciante e o direito de receber o crédito do fiduciário, isto é, entre a liberdade do devedor e o patrimônio do credor, em que prevalece o direito fundamental do primeiro. A mera recomposição patrimonial do credor não seria uma hipótese que justificaria a prisão civil.

Quanto ao poder dado ao legislador para dispor sobre a matéria, o Ministro argumenta no sentido de que tal atribuição não é absoluta, de modo que o legislador deverá apenas dar conformidade ou limitação à previsão constitucional do inciso LXVII do art. 5º da Constituição, não se eximindo do dever de preservar esse instituto tal como definido constitucionalmente. Assim, as eventuais conformações ou limitações devem estar de acordo com o princípio da proporcionalidade, atendendo-se a adequação, necessidade e proporcionalidade.

Por fim, pontua o entendimento de que o depósito ao qual se refere o inciso LXVII do art. 5º da Constituição está restrito a hipótese de depósito clássico/tradicional, de modo diverso ao que ocorre no contrato de alienação fiduciária, em que haveria um “depósito atípico” ou “depósito por equiparação”, que não legitima a incidência da normativa constitucional em questão.

3.1.1.4 Contexto em que foi editado o Decreto-Lei nº 911/69

Um último fator importante destacado pelo Ministro em sua argumentação foi o fato de o Decreto-Lei nº 911/69 ter sido editado no período da ditadura militar, isto é, baseado no Ato Institucional nº 5, de 1968 e durante um regime de exceção no qual não havia respeito algum às liberdades individuais.

Assim, o Decreto foi promulgado sob o crivo das autoridades militares no comando à época, fato este que, segundo Gilmar Mendes, não ocorreria no Congresso Nacional, tendo em vista o atual contexto do Estado constitucional que visa tutelas os direitos e garantias fundamentais de todos os cidadãos.

3.1.2 Voto do Ministro Celso de Mello

O ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, votou pela inconstitucionalidade da prisão civil de depositário infiel, no julgamento dos Recursos Extraordinários (REs) 349703 e 466343 e no Habeas Corpus (HC) 87585.

A controvérsia jurídica a ser examinada refere-se ao tema da prisão civil do depositário infiel e da constitucionalidade, ou não, da equiparação legal do devedor fiduciante à figura jurídica do depositário, nos contratos de alienação fiduciária em garantia.

O Min. Celso de Mello registrou que a matéria em discussão impõe o exame da crescente internacionalização dos direitos fundamentais da pessoa humana e das relações entre o direito nacional e o direito internacional dos direitos humanos em face do §3º do art. 5º da CF/88.

Assim, nos próximos tópicos serão destacados alguns pontos da argumentação utilizada pelo Ministro para sustentar seu posicionamento no sentido que os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm caráter constitucional.

3.1.2.1 A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a proteção dos direitos humanos.

Existe uma clara tendência, em âmbito dos documentos internacionais e, principalmente, dos tratados internacionais de direitos humanos, no sentido de abolir a prisão civil por dívida.

A prisão civil por dívida é vedada pela CF que dispõe em seu art. 5º, inciso LXVII, que “Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”. Verifica-se, portanto, duas hipóteses em que o legislador contempla a possibilidade de que ocorra a prisão civil.

No entanto, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos prescreve que “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar” (art.

7º, 7).

Assim, verifica-se uma incompatibilidade entre o dispositivo constitucional e aquilo previsto na Convenção. Apesar de ambos entenderem possível a prisão por dívida em decorrência de inadimplemento de obrigação alimentar, a Convenção não prevê a possibilidade de prisão para o caso do depositário infiel, enquanto na CF/88 isso seria autorizado.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi instituída pelo Pacto de São José da Costa Rica, aderido pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, através do Decreto nº 678. O objetivo da Convenção foi de reafirmar o propósito de consolidação, no âmbito dos Estados americanos, de um “regime de liberdade pessoal e de justiça social” pautado no respeito aos direitos fundamentais do Homem, por meio das instituições democráticas. Assim, tal ato internacional apenas converge e reitera princípios já consagrados pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e pela Carta da Organização dos Estados Americanos (MELLO, 2009, p. 5).

Ainda, documentos como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, revestidos de repercussão global no âmbito da proteção dos direitos fundamentais do homem, prevê em seu art. 11 que “*Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual*”. Assim, a questão a ser tratada envolve o entendimento de trata-se de um contexto normativo em que há preponderância de declarações constitucionais e internacionais de direito, no qual se deve buscar a máxima eficácia de tais documentos, tendo em vista a garantia de acesso dos indivíduos e grupos sociais à esses sistemas institucionalizados de proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Desse modo, ressalta-se que os tratados e convenções internacionais em matéria de direitos humanos têm um papel significativo em afirmar, consolidar e expandir os direitos fundamentais da pessoa humana, inclusive o direito de não ser preso por dívida, além de outros princípios já proclamados por outros documentos internacionais.

3.1.2.2 Judiciário como instrumento garantidor dos direitos da pessoa humana, que devem ser o escopo final sempre.

Nesse sentido, o Ministro ressalta o papel do Poder Judiciário como “o instrumento

concretizador das liberdades civis, das franquias constitucionais e dos direitos fundamentais assegurados pelos tratados e convenções internacionais subscritos pelo Brasil”. O juiz é o responsável por concretizar as liberdades e garantias reconhecidas pelos atos normativos internacionais, atuando como um instrumento da Constituição “na defesa incondicional e na garantia real das liberdades fundamentais da pessoa humana, conferindo, ainda, efetividade aos direitos fundados em tratados internacionais de que o Brasil seja parte”. (MELLO, 2009, p. 7)

3.1.2.3 Declarações de direitos como poderosos instrumentos de tutela e de salvaguarda dos direitos e garantias individuais

Não obstante, a pessoa humana na sua dimensão subjetiva passa a ser cada vez mais reconhecida pelos tratados e convenções internacionais, tornando-se um valor fundante do ordenamento jurídico sobre o qual os Estados nacionais se instituem. Nesse cenário, o Ministro destaca que a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, realizada em Viena, em 1993, foi decisiva em reconhecer, consolidar e propagar a expansão dos direitos fundamentais do homem.

Entre suas disposições, destacam-se o reconhecimento da legitimidade das preocupações internacionais com os direitos humanos (Artigo 4º), a relação de interdependência entre democracia, desenvolvimento e direitos humanos (Artigo 8º) e, inclusive, a concepção de universalidade dos direitos humanos (Artigo 5º).

Ressalta-se ainda a presença de diversas proclamações na Declaração de Viena no sentido de destacar o compromisso solene de todos os Estados em respeitar, observar e proteger todos direitos humanos e liberdades fundamentais dos indivíduos, garantindo o acesso à jurisdição de organismos internacionais.

3.1.2.4 Princípios e preceitos de direitos humanos são a base do ordenamento constitucional brasileiro.

Aponta, portanto, que essas liberdades fundamentais são prerrogativas individuais frente à comunidade estatal, dotadas de caráter ético-jurídico e valor social, de modo a criar, em torno da pessoa, “uma área indevassável à ação do Poder”. É nesse sentido em que sociedades totalitárias estão diretamente relacionadas com a desconsideração da pessoa

humana enquanto valor fundamental da própria ordem político-jurídica estatal.

Assim, os princípios fundamentais que lastreiam a ordem jurídica brasileira estão previstos pela CF de 1988: (a) a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, n. III); (b) a prevalência dos direitos humanos (artigo 4º, n. II); (c) o repúdio à tortura ou a qualquer outro tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, n. III); (d) a punibilidade de qualquer comportamento atentatório aos direitos e liberdades fundamentais (artigo 5º, n. XLI); (e) a inafiançabilidade e a insuscetibilidade de graça ou anistia do crime de tortura (artigo 5º, n. XLIII); (f) a proscrição de penas cruéis (artigo 5º, n. XLVII, e); (g) a intangibilidade física e a incolumidade moral de pessoas sujeitas à custódia do Estado (artigo 5º, n. XLIX); (h) a possibilidade de decretação de intervenção federal, por desrespeito aos direitos da pessoa humana, nos Estados- -membros e no Distrito Federal (art. 34, n. VII, b); (i) a impossibilidade de revisão constitucional que objetive a supressão do regime formal das liberdades públicas (artigo 60, § 4º, n. IV).

3.1.2.5 A inaplicabilidade direta do inciso LXVII do art. 5º da CF

A prisão civil por dívida decorre de regulamentação infraconstitucional, tendo em vista que o disposto pelo inciso LXVII do art. 5º da CF não tem aplicabilidade direta.

A regulação da prisão civil por dívida está sujeita a prescrição pelo Poder Legislativo, que não está vinculado nem compelido pela Constituição a regular a utilização da prisão civil, sendo facultada a decisão de, dentro dos parâmetros constitucionais (CF, art. 5º, LXVII): “(a) disciplinar ambas as hipóteses (inexecução de obrigação alimentar e infidelidade depositária), (b) abster-se, simplesmente, de instituir a prisão civil e (c) instituí-la em apenas uma das hipóteses facultadas pela Constituição”.

Assim, mediante a autonomia conferida ao legislador pela própria Constituição Federal, poderão emergir as normativas decorrentes dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, seja por status supralegal ou por status constitucional. Tais convenções tem um decisivo papel protetivo aos direitos humanos, sendo capazes de inibir a eficácia de normativas infraconstitucionais conflitantes a eles.

3.1.2.6 O caráter materialmente constitucional das convenções internacionais em matéria de direitos humanos por força dos parágrafos 2º e 3º do art. 5º da CF/88

Não somente os tratados posteriores a EC nº 45, mas também os anteriores, na visão do Ministro Celso de Mello, compõem o chamado bloco de constitucionalidade. Esse entendimento tem respaldo no parágrafo 2º do art. 5º da CF/88.

Ainda, os tratados internacionais de direitos humanos aderidos pelo Brasil anteriormente a CF/88, também possuem hierarquia constitucional, tendo em vista que foram validamente promulgados e inseridos na ordem jurídica nacional, sendo formalmente recepcionados pelo parágrafo 2º do art. 5º da CF/88.

Nesse cenário, há o desenvolvimento da tese defendida pelo Ministro Gilmar Mendes, a da supralegalidade, assim como há o da tese equiparação à constituição pela composição do “bloco de constitucionalidade”, respaldada pelo §2º do art. 5º da CF/88. Assim, ao posicionar-se em defesa da constitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, o Ministro Celso de Mello (2009, p. 27) identificou três situações:

(1) tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País aderiu), e regularmente incorporados à ordem interna, em momento anterior ao da promulgação da Constituição de 1988 (tais convenções internacionais revestem-se de índole constitucional, porque formalmente recebidas, nessa condição, pelo §2º do art. 5º da Constituição); (2) tratados internacionais de direitos humanos que venham a ser celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País venha a aderir) em data posterior à da promulgação da EC nº 45/2004 (essas convenções internacionais, para se impregnarem de natureza constitucional, deverão observar o “iter” procedimental estabelecido pelo §3º do art. 5º da Constituição); e (3) tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País aderiu) entre a promulgação da Constituição de 1988 e a superveniência da EC nº 45/2004 (referidos tratados assumem caráter materialmente constitucional, porque essa qualificada hierarquia jurídica lhes é transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade (...)). (MELLO, 2009 p. 27 -28)

As normas recepcionadas anteriormente a CF/88, também gozam de força constitucional, ainda que somente materialmente, exigindo alteração via emenda constitucional e respeito à vedação ao retrocesso social.

Ao sustentar esse posicionamento, sua argumentação é construída com fundamentos de doutrinadores como Celso Lafer, Flávia Piovesan e Valério de Oliveira Mazzuoli, dos quais destacam-se as seguintes passagens:

“Reitere-se que, por força do art. 5º, § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do ‘quorum’ de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. O ‘quorum’ qualificado está tão- -somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a ‘constitucionalização formal’ dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno. Como já defendido por este trabalho, na hermenêutica emancipatória dos direitos há que imperar uma lógica material e não formal, orientada por valores, a celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade humana. À hierarquia de valores deve corresponder uma hierarquia de normas, e não o oposto. Vale dizer, a preponderância material de um bem jurídico, como é o caso de um direito fundamental, deve condicionar a forma no plano jurídico-normativo, e não ser condicionado por ela.
 (...) Esse entendimento decorre de quatro argumentos: a) a interpretação sistemática da Constituição, de forma a dialogar os §§ 2º e 3º do art. 5º, já que o último não revogou o primeiro, mas deve, ao revés, ser interpretado à luz do sistema constitucional; b) a lógica e racionalidade material que devem orientar a hermenêutica dos direitos humanos; c) a necessidade de evitar interpretações que apontem a agudos anacronismos da ordem jurídica; e d) a teoria geral da recepção do direito brasileiro.” (PIOVESAN apud MELLO, 2009, p. 31)

Nesse mesmo sentido, Valério de Oliveira Mazzuoli:

“O que se deve entender é que o ‘quorum’ que o § 3º do art. 5º estabelece serve tão-somente para atribuir eficácia formal a esses tratados no nosso ordenamento jurídico interno, e não para atribuir-lhes a índole e o nível ‘materialmente’ constitucionais que eles já têm em virtude do § 2º do art. 5º da Constituição.
 (...) o que o texto constitucional reformado quis dizer é que esses tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, que já têm ‘status’ de norma constitucional, nos termos do § 2º do art. 5º, poderão ainda ser formalmente constitucionais (ou seja, ser ‘equivalentes às emendas constitucionais’), desde que, a qualquer momento, depois de sua entrada em vigor, sejam aprovados pelo ‘quorum’ do § 3º do mesmo art. 5º da Constituição.” (MAZZUOLI apud MELLO 2009, p 34)

Portanto, a interpretação do Ministro e dos doutrinadores em questão é de que a EC nº 45 apenas refletiu a clara tendência já observada no plano do direito comparado, em ordenamentos constitucionais de diversos países, no sentido de conferir primazia jurídica aos tratados e atos internacionais sobre as leis internas, notadamente em matéria de direitos humanos, às quais se atribuiu hierarquia constitucional. Trata-se de conferir uma eficácia formal à dispositivos que já teriam eficácia material por força do § 2º do art. 5º da CF/88.

Assim, considerando o contexto prevalecente no cenário internacional da necessidade de amparo e de defesa da integridade dos direitos da pessoa humana, torna-se indiscutível o primado das convenções internacionais de direitos humanos em relação a legislação comum, valorizando ainda mais esse sistema de proteção aos direitos humanos sob uma perspectiva hermenêutica.

Um ponto também destacado em sua manifestação é de que sempre haverá a

supremacia constitucional sobre todos os tratados internacionais celebrados pelo Estado brasileiro, inclusive aqueles que versarem o tema dos direitos humanos, desde que estes impliquem em “supressão, modificação gravosa ou restrição a prerrogativas essenciais ou a liberdades fundamentais reconhecidas e asseguradas pelo próprio texto constitucional, eis que os direitos e garantias individuais qualificam-se, como sabemos, como limitações materiais ao poder reformador do Congresso Nacional” (MELLO, 2009, p. 44- 45).

Assim, nas hipóteses em que o Estado brasileiro subscrever normativas internacionais que sejam ofensivas e gravosas às liberdades públicas instituídas pela Constituição Federal, apesar de incorporadas ao direito positivo interno, elas não guardaram nenhum valor jurídico. Nesse mesmo sentido, prescreve que:

É essencial reconhecer, neste ponto, que a inconstitucionalidade de tratados internacionais em geral – e, também, de convenções internacionais que eventualmente reduzam ou suprimam direitos e garantias individuais, tais como consagrados pela própria Carta Política - impedirá a aplicação de suas normas mais gravosas na ordem jurídica interna brasileira, porque violadoras de disposições fundamentais (MELLO, 2009, p. 46).

Por fim, o Ministro reafirma que, em se tratando de convenções internacionais cujo conteúdo não seja referente ao tema dos direitos humanos, a relação com as leis internas será a de paridade normativa.

Portanto, de acordo com o voto do ministro, seu entendimento é de que os tratados que versem sobre direitos humanos e dos quais o Brasil seja signatário integram o ordenamento jurídico como norma de caráter constitucional. A Constituição Federal (CF/1988) determina a prevalência dos direitos humanos (artigo 4º, inciso II da CF/1988) sobre outras normas. Desta forma, normas oriundas de tratados de direito humanos, mesmo anteriores a Emenda Constitucional nº 45, são consideradas constitucionais.

Essa interpretação também tem respaldo em outros dois dispositivos previstos no art. 5º da CF/88, que reiteram o valor dos direitos humanos no plano constitucional. O primeiro deles é o parágrafo 2º, garantindo que os direitos provenientes dos tratados internacionais não estão excluídos do rol dos direitos conferidos pela CF/1988, e o parágrafo 3º, equiparando os

tratados às Emendas Constitucionais quando observarem o rito para sua aprovação.

3.2 Conclusão: Natureza dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos para o STF

O consenso entre os Ministros foi convergente em relação à conclusão de que a prisão civil do depositário infiel não poderia mais ser considerada vigente no país. Pela análise dos votos proferidos, no entanto, depreendem-se algumas divergências quanto à fundamentação utilizada para sustentar tal decisão. Tais divergências giram em torno das teses de constitucionalidade, defendida pelo Ministro Celso de Mello, conferindo valor constitucional aos tratados de direitos humanos, e a tese da supralegalidade, sustentada pelo Ministro Gilmar Mendes, a qual afirma o caráter supralegal desses tratados. A vencedora, com cinco votos a quatro, foi a tese da supralegalidade.

Desse modo, observou-se no julgamento em questão que o posicionamento anterior do STF, sustentando a equiparação dos tratados de direitos humanos à posição hierárquica do direito federal foi suplantado e que nenhuma possibilidade de prisão civil de depositário infiel é considerada lícita, seja em decorrência de contrato de depósito ou depósito judicial ou de alienação fiduciária e demais equiparações legais.

Assim, a jurisprudência da Corte evoluiu no sentido de que a prisão civil por dívida é aplicável apenas ao responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia. O STF revogou a Súmula 619, do STF, segundo a qual “a prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito”.

Tal entendimento se sustenta a partir da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (CADH) – Pacto de São José da Costa Rica (art. 7º,7) – e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art.11), que servem de parâmetros normativos supralegais aptos a paralisar a disposição legal que permitia a prisão do depositário infiel. Isso se deve a posição hierárquica a qual ocupam, de status supralegal, tornando inaplicáveis as

leis ordinárias que sejam com eles conflitantes¹⁰. Ademais, a prisão do depositário infiel é incompatível com os valores supremos assegurados pelo Estado Constitucional brasileiro, que se insere em um contexto internacional e supranacional, em meio aos demais estados soberanos, de dever de garantia da efetiva proteção dos direitos humanos.

O novo posicionamento da Corte, ainda que não tenha acatado a tese do Ministro Celso de Mello, fundada no status constitucional das normas previstas nos tratados internacionais de direitos humanos independentemente do modo pelo qual foram ratificadas, significou em um avanço no âmbito do ordenamento jurídico pátrio, que por muito tempo considerava a paridade normativa entre as leis ordinárias e os tratados de direitos humanos.

Ademais, a tese sustentada estabelece outra configuração da pirâmide jurídica do ordenamento brasileiro: as leis encontram-se na base; os tratados de direitos humanos, aprovados sem o quórum qualificado do artigo 5º, parágrafo 3º da CF, ficam na parte intermediária; no topo, acima dos tratados, encontra-se a Constituição. No entanto, nada impede que o legislador submeta o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ou demais tratados de direitos humanos, ao rito de aprovação previsto no art. 5º, § 3º da CF/88, atribuindo a eles o status de emenda constitucional.

¹⁰ No caso, foi o que ocorreu com o artigos 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69 e art. 652 do antigo Código Civil (Lei nº 10.406/2002).

CAPÍTULO 4 – ANÁLISE DO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 636331 PELO STF: CONVENÇÕES DE VARSÓVIA E DE MONTREAL X APLICAÇÃO DO CDC NA RESPONSABILIZAÇÃO DAS COMPANHIAS AÉREAS EM CASOS DE EXTRAVIO DE BAGAGEM

O presente capítulo buscará analisar o julgamento de um caso pelo Supremo Tribunal Federal cujo principal ponto discutido versa sobre a aplicação de tratados internacionais incorporados ao ordenamento jurídico em detrimento de uma legislação interna infraconstitucional.

Trata-se do Recurso Extraordinário 636331, com julgamento iniciado em 2014 e encerrado em 26 de maio de 2017 pela Suprema Corte, em que se discutiu o conflito entre a aplicação dos Tratados de Varsóvia e Montreal e o Código de Defesa do Consumidor no âmbito da responsabilização das transportadoras aéreas quanto à indenização ao consumidor nos casos de extravio de bagagens.

A análise de tal decisão torna-se pertinente para o estudo em questão uma vez que traz à tona a medida em que medida o Judiciário brasileiro entende a prevalência das normas internacionais sob as normas de direito interno, no caso, o Código de Defesa do Consumidor que, em tese, é responsável por tutelar um direito fundamental dos cidadãos, conforme previu a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XXXII.

Nesse sentido, esse julgamento recentemente discutido pelo STF traz novamente a discussão de hierarquia e conflito entre as normas internacionais e internas, mas ainda, apresenta uma situação de divergência entre uma norma internacional que não versa sobre direitos humanos e fundamentais com uma norma interna infraconstitucional que tutela um direito fundamental.

Assim, será feita uma análise dos principais argumentos utilizados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal que os levaram a acatar a tese de, nesse caso, aplicação das Convenções Internacionais. Tal estudo será a base para a discussão que será feita no capítulo

seguinte, relativa à proteção dos direitos humanos e fundamentais e a prevalência ou não das normativas internacionais.

Antes de se tratar do julgamento propriamente dito, caberão alguns apontamentos para que melhor se compreenda a discussão proposta.

4.1 A Proteção do Consumidor como Direito Fundamental previsto na Constituição Federal

Em seu art. 5º, a Constituição Federal de 1988 dispõe sobre os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, sendo esses a base de todos os demais direitos da personalidade e fundamentais para a consolidação de um Estado Democrático de Direito. As proteções previstas por esse dispositivo constituem os direitos e garantias de todo cidadão, sendo consideradas cláusulas pétreas.

A tutela do consumidor com status de direito fundamental, por sua vez, está instituída pelo inciso XXXII¹¹ do art. 5º da CF/88, que ensejou a criação do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Por ser uma norma de direito fundamental, ela possui uma maior abrangência e aplicabilidade e, portanto, não pode sofrer nenhuma alteração que possa diminuí-la, para que não se configure um retrocesso no ordenamento jurídico que acarrete em violação dos direitos humanos.¹² (MIRAGEM, 2014, p. 48)

Não obstante, essa previsão do constituinte originário impõe ao Estado o dever de promover o amparo aos consumidores, sendo o CDC um mecanismo protetivo criado em resposta a esse encargo, permitindo que, segundo Bruno Miragem (2014, p.51), os consumidores exerçam seus direitos frente ao Estado contra intervenção de terceiros. Assim, trata-se de um imperativo constitucional para o Estado e de uma garantia fundamental para todos os consumidores.

¹¹ Tal dispositivo prevê que “Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

¹² A localização de tal preceito constitucional é em um setor privilegiado da Constituição, sendo assim amparado pelo artigo 60, § 4º, IV da CF/88: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: os direitos e garantias individuais.” (MIRAGEM, 2014, p. 51)

Não somente em seu art. 5º, a CF/88 também versa sobre a proteção do consumidor em seu art. 170,V, em que consagra essa tutela como princípio da ordem econômica. Nesse sentido, o CDC reconhece a vulnerabilidade do consumidor e prevê uma série de proteções a ele, tendo em vista sua fragilidade nas relações de consumo.

4.2 Sobre o julgamento do RE 636331 pelo STF que tratou da indenização por extravio de bagagem em voo internacional

O caso que será então analisado trata do conflito entre normas internacionais incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro e a legislação interna, sendo pertinente seu estudo a fim de se compreender o modo pelo qual a Suprema Corte brasileira definiu o âmbito de aplicação de cada uma dessas legislações.

O julgamento se originou de dois recursos com repercussão geral e que foram propostos por duas empresas aéreas internacionais, *Air France* e *Air Canada*. O recurso extraordinário 636331, proposto pela *Air France* chegou ao STF, em março de 2011, porque a companhia aérea recorreu contra acórdão da 11ª Câmara Cível do TJ-RJ, que entendeu que deveria ser aplicada o CDC e não a Convenção de Varsóvia naquele caso. O segundo recurso foi o ARE 766618, proposto pela *Air Canada*, contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP), que entendeu pela aplicação do CDC ao condenar a empresa por pagamento de indenização por danos morais decorrentes de atraso de 12 horas em voo internacional e não reconhecer a prescrição da ação de responsabilidade civil nos parâmetros da Convenção de Montreal (sucessora da Convenção de Varsóvia).

APELAÇÃO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSPORTE AÉREO. EXTRAVIO DE BAGAGEM. INAPLICABILIDADE DA CONVENÇÃO DE VARSÓVIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INDENIZAÇÃO AMPLA. DANOS MATERIAIS E MORAIS. VIAGEM REALIZADA POR COMPANHIA AÉREA COM CONEXÃO EM PAÍS EUROPEU. VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES E HIPOSSUFICIÊNCIA. POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

1 – Em caso de extravio de bagagem ocorrido durante o transporte aéreo, há relação de consumo entre as partes, devendo a reparação, assim, cuja finalidade da recorrente – AIR FRANCE, é afastar a aplicação do CDC ao caso concreto ser integral, nos termos do CDC, e não mais limitada pela legislação especial.

2- Editada lei específica, em atenção à Constituição Federal (art. 5º, XXXII), destinada a tutelar direitos do consumidor, e mostrando-se irrecusável o

reconhecimento da relação de consumo, suas disposições devem prevalecer.

3 – Havendo antinomia, o previsto em Tratado perde eficácia, prevalecendo a lei interna posterior que se revela com ele incompatível.

4 – Sendo o consumidor hipossuficiente e verossímeis as suas alegações, é cabível a inversão do ônus da prova.

5 – O valor do dano material não está limitado em função do Código da Aeronáutica, Pacto de Varsóvia ou Protocolo de Montreal.

6 – Na forma do enunciado sumular nº 45 deste E. Tribunal de Justiça “É devida indenização por dano moral sofrido pelo passageiro, em decorrência do extravio de bagagem, nos casos de transporte aéreo.”

7 – Provido parcialmente o recurso da autora e desprovido o recurso da ré.

Ainda, há que se ressaltar que o próprio TJRJ já havia editado uma súmula, prevendo que para os casos envolvendo extravio de bagagem ou quaisquer outros danos em consequência da má prestação de serviços no contrato de transporte aéreo deve ser aplicado o CDC:

TJRJ – SÚMULA Nº 45

“É devida indenização por dano moral sofrido pelo passageiro, em decorrência do extravio de bagagem, nos casos de transporte aéreo.”

Referência: uniformização de jurisprudência nº 03/2001 – proc. 2001.146.00003 julgamento em 4/06/2002 – votação unânime. Relator: des. Gustavo Adolpho Kuhl Leite.

Assim, negou-se a aplicação da Convenção de Varsóvia, que limita o valor da indenização recebida por extravio de bagagens em voos internacionais. O entendimento foi de que, havendo relação de consumo entre as partes, a reparação deve ser integral nos termos do CDC e não mais limitada pela lei especial. Sendo o consumidor hipossuficiente e verossímeis suas alegações, é cabível a inversão do ônus da prova.

Desse modo, o entendimento foi de que, em caso de antinomia, o previsto no tratado perde eficácia, dando prevalência à lei interna posterior que se revela com ele incompatível. Portanto, o CDC derogou quaisquer disposições anteriores que tratem dos danos de transporte aéreo.

Tendo em vista o reconhecimento pelas transportadoras aéreas de que o CDC tem um âmbito de aplicação mais benéfico ao consumidor, no caso por não limitar os valores das indenizações, diferentemente do previsto pela Convenção de Varsóvia e Montreal, elas provocaram o STF ingressando com tais recursos em que foi reconhecida a repercussão geral do tema.

O julgamento pelo STF teve seu início em 9 de maio de 2014, oportunidade esta em que houve a manifestação dos Ministros Gilmar Mendes, Luís Roberto Barroso e Teori Zavascki, que entenderam pela prevalência da Convenção Varsóvia. O julgamento foi interrompido com o pedido de vistas pela Ministra Rosa Weber. Finalmente, 25 de maio de 2017, os recursos extraordinários tiveram a continuidade de seu julgamento pelos demais Ministros.

Por fim, o entendimento do STF, por 9 (nove) votos a 2 (dois), foi de que as normas e tratados internacionais que limitam a responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e de Montreal, ratificadas pelo Brasil e incorporadas ao seu ordenamento jurídico, deverão então prevalecer sobre o Código de Defesa do Consumidor, por força do art. 178 da CF/88, que diz que a lei vai dispor sobre a ordenação dos transportes aéreos, aquáticos e terrestres devendo quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela união atendido o princípio da reciprocidade. Nesse contexto, serão apresentados os principais argumentos utilizados pelos Ministros e advogados na sustentação dessa tese, bem como os argumentos daqueles que votaram a favor da aplicação do CDC em detrimento das Convenções internacionais.

4.2.1 Argumentos que sustentaram a tese de aplicação das Convenções de Varsóvia e Montreal em detrimento do CDC

4.2.1.1 A aplicação da regra da especificidade

Um dos principais argumentos levantados pelos Ministros que votaram a favor da aplicação das Convenções internacionais consiste no fato de que elas, por tratarem de relação de consumo específica, isto é, do transporte aéreo internacional de passageiros, têm prevalência sobre o CDC, que é seria visto como uma norma geral por versar sobre relações genéricas e diversas de consumo.

O Ministro Luís Roberto Barroso relembrou em seu voto que, na solução de controvérsias, devem-se verificar os três critérios tradicionais de solução de antinomias no direito brasileiro, quais sejam o da hierarquia, o cronológico e o da especialização. Para saber se se aplica o critério hierárquico, deve-se entender qual a posição ocupada pelo tratado

internacional em questão de acordo com sua natureza. No caso, não se trata de normativa internacional relativa a direitos humanos e, portanto, tem status de lei ordinária.

Portanto, conforme também manifestou o Ministro Gilmar Mendes, quanto a aparente antinomia, não há que se falar em diferença de hierarquia entre os diplomas normativos em conflito. Assim, o conflito deve ser solucionado a partir da aplicação dos critérios ordinários que determinam a prevalência da lei especial em relação à lei geral e da lei posterior em relação à lei anterior.

Quanto ao critério cronológico, a alegação de que o CDC é uma legislação mais recente que a Convenção de Varsóvia não tem procedência. O protocolo adicional No 4º, editado e promulgado em 1998 pelo Presidente da República através do Decreto 2.861, introduziu modificações na Convenção de Varsóvia, determinando inclusive que fosse cumprida e executada a Convenção. Por sua vez, o CDC que datado de 1990 é uma legislação mais antiga e consequentemente, estaria ratificando e promovendo a necessidade de cumprimento da Convenção de Varsóvia.

Nesse sentido, a prevalência das Convenções internacionais não se deve apenas pelo critério cronológico em si, mas sim porque são especiais em relação ao CDC. O CDC é uma norma geral das relações de consumo ao passo que as Convenções em questão disciplinam uma modalidade especial de contrato, a saber, o contrato de transporte aéreo internacional de passageiros.

A tese sustenta-se sob o argumento de que o diploma internacional tem um critério específico para esses casos, fixando a indenização de forma objetiva, conforme o peso da bagagem. Apesar de o CDC ser uma legislação especial, ele dispõe sobre as relações de consumo em geral. Por outro lado, a Convenção de Varsóvia dispõe sobre uma relação de consumo específica: apenas o contrato de transporte aéreo internacional. Portanto, tendo em vista a especificidade, entende-se que não deve prevalecer o CDC sobre a Convenção.

Ademais, conforme esse argumento, o CDC não poderia ser aplicado por não dispor sobre os critérios de indenização, enquanto a Convenção é específica nesse aspecto e não conflita com o CDC.

Nesse sentido, a regra de solução de antinomia é a da especialidade, em que a Convenção de Varsóvia, precedida pela Convenção de Montreal, é especial em relação ao CDC, e a regra cronológica, na qual o Protocolo Adicional n 4 de Montreal também é posterior ao CDC.

4.2.1.2 A disposição do artigo 178 da CF/88

A tese firmada pelo Supremo fundamenta-se essencialmente no disposto pelo artigo 178 da CF/88: “A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade”.

Assim, da leitura do dispositivo tem-se que deverão ser observados os acordos internacionais ratificados pelo Brasil referente ao transporte aéreo internacional. A ministra Rosa Weber argumentou que, considerado o princípio da unidade, é imprescindível interpretar o alcance dessa norma de forma harmônica com as demais normas constitucionais, em especial as do art. 5º, V, X e XXXII e art. 170, V a versarem sobre a reparação dos danos materiais e morais e a proteção do consumidor.

De acordo com o Ministro Barroso, a existência desse dispositivo constitucional é o único fundamento que, se caso não existisse, não seria dado o entendimento de prevalência da tese em que se sustenta a aplicação das Convenções de Varsóvia e Montreal em detrimento do CDC. Segundo o ministro, essa normativa prevê um critério para a solução dessa antinomia, servindo como uma típica norma de introdução. Trata-se de uma regra de conexão constitucional que indica a norma aplicável. Argumenta que a teleologia da norma constitucional é perfeitamente legítima, de modo a prezar pelo interesse na uniformização das regras no transporte internacional, implicando não somente em isonomia para todos os consumidores desse serviço, mas também impondo ao legislador que, ao regular a matéria, referente ao transporte aéreo, o faça respeitando os compromissos internacionais que o Brasil tenha assumido.

Apesar do art. 5º, XXXII da CF/88 prever a promoção da defesa do consumidor pelo Estado, entende-se que se trata de um princípio fundamental constitucional, enquanto o art. 178, ao prever expressamente a aplicação das normativas internacionais nessa matéria, impõe uma regra constitucional. Portanto, conforme alegou o ministro Barroso, a questão não envolve a ponderação de normas, uma vez que não se pondera uma norma de princípio institutivo com uma regra que seria até mesmo capaz de excepcionar o direito fundamental existente. Nesse sentido, apesar de se interpretar o direito à luz dos princípios constitucionais, entre um princípio constitucional e uma regra constitucional, deverá valer a regra, isto é, a opção claramente manifestada pelo constituinte.

Desse modo, através do artigo 178, a CF/88 impõe ao legislador o respeito às convenções internacionais, a menos que seja constatado o não atendimento do princípio da reciprocidade ou seja declarada inconstitucionalidade da norma da Convenção, na visão dos ministros.

4.2.1.3 A existência de outros mandamentos constitucionais

De acordo o ministro Gilmar Mendes, deve-se afastar o argumento de que o art. 170, V e o art. 5º, XXXII poderiam acarretar na derrogação de norma eventualmente mais restritiva, garantido a prevalência do CDC. O relator entende que a proteção do consumidor não é a única diretriz a que se orienta a ordem econômica e nem o único mandamento constitucional que deve ser observado pelo legislador no caso em exame.

É evidente que a Carta Magna brasileira incluiu a proteção do consumidor no rol de direitos fundamentais (art. 5º, XXXII) e nos princípios da ordem econômica (art. 170, V). No entanto, o próprio texto constitucional também previu a observância dos acordos internacionais quanto à ordenação do transporte aéreo internacional, a partir do art. 178 da CF/88.

Dessa maneira, tal dispositivo não traz dúvidas quanto à imposição de uma compatibilização entre a competência legislativa interna, em matéria do transporte internacional, e o cumprimento das normas internacionais adotadas pelo Brasil na matéria. O próprio constituinte optou no sentido de promover uma uniformidade de tratamento quanto ao

transporte internacional, trazendo uma maior segurança jurídica quanto às questões relativas à prestação desse tipo de serviço.

Nesse sentido, tendo em vista essas duas diretrizes constitucionais, uma que prevê a proteção do consumidor e outra que determina a observância dos acordos internacionais, em matéria de transporte aéreo internacional, o ministro defende que é dever do intérprete realizar uma leitura sistemática do texto constitucional no intuito de compatibilizar ambos os ordenamentos.

A aplicação da Convenção de Varsóvia e Montreal é absolutamente constitucional e não implica em qualquer ruptura das normas constitucionais pertinentes à proteção do consumidor. Os art. 5º, XXXII e art. 170, V se constituem a proteção do consumidor como um dos pilares da ordem econômica brasileira, mas não dimensionam a extensão da proteção. A interpretação conjunta desses dispositivos constitucionais não leva a inexorável conclusão pela incidência do CDC, até porque isso significaria afastar a força normativa do art. 178 da CF.

Assim, não deve se considerar as normas internacionais relativas ao transporte aéreo internacional como refratárias ou inimigas da proteção ao consumidor.

4.2.1.4 As Convenções de Varsóvia e Montreal não contrariam a defesa do consumidor

Conforme a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em seu artigo 2º, parágrafos 1º e 2º, a lei mais recente, se não dispor de matéria de uma lei anterior ou não determinar sua revogação expressamente, ela não altera aquela legislação mais antiga. Assim, temos que no CDC não há nenhuma previsão quanto à matéria de indenizações por danos materiais em caso de transporte aéreo internacional ou quanto à revogação da Convenção de Varsóvia. Entende-se que o caráter especial do CDC se impõe perante o Código Civil, mas não às Convenções de Varsóvia e Montreal. Portanto, não há que se falar em revogação dos diplomas normativos, existindo uma coexistência de normas gerais e especiais, cada qual com seu âmbito próprio de incidência, o que permite que elas convivam harmonicamente no ordenamento jurídico.

Tratando-se o caso de conflito entre normas que em rigor não apresentam o mesmo âmbito de validade, sendo uma geral e outra especial, deve-se aplicar o disposto pelo parágrafo 2º do art. 2º do Decreto Lei 4657 de 1942 (Lei de Introdução ao Código Civil), isto é, “Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”.

Nesses termos, tem-se que a Lei 8.078 não revoga nem é revogada pela Convenção de Varsóvia ou pelos demais acordos internacionais em questão. Ambos os regramentos convivem no ordenamento jurídico brasileiro afastando-se o CDC no ato de aplicação sempre que a relação de consumo decorrer de contrato de transporte aéreo internacional.

A situação é típica dos casos de revogação tácita nos quais não se verifica efetivamente a exclusão da norma revogada do ordenamento jurídico senão apenas a sua inaplicabilidade, seja ela total ou parcial no caso concreto. Assim, de acordo com a tese majoritária defendida pelos ministros, devem prevalecer, mesmos nas relações de consumo, as disposições restritivas previstas nos acordos internacionais as quais se referem o art. 178 da CF/88 haja vista tratar-se de *lex specialis*.

Nesse contexto, as disposições constantes do art. 178 da CF e do art. 22 da Convenção de Varsóvia, preveem restrições que são exclusivamente aplicadas às situações dos transportes aéreos internacionais de pessoas, bagagens ou cargas (conforme prevê o art. 1º da Convenção para unificação de certas regras do transporte aéreo internacional). Ademais, destaca-se que a limitação imposta pela Convenção alcança somente a indenização por danos materiais, excluindo a indenização por danos morais. Esse entendimento decorreria de que, além do art. 22 da CV não fazer nenhuma referência à indenização por dano moral, não há razões para impor limites quantitativos pré-estabelecidos, tendo em vista que isso não condiz com a própria natureza de bem jurídico tutelado nos casos de reparação por dano moral.

Não obstante, conforme prevê o art. 22 da CV, é facultado ao passageiro a realização de uma declaração especial do valor da bagagem como forma de eludir a aplicação do limite legal. Assim, se o limite presumido pela Convenção (um teto de mil unidades de direitos especiais de saque) poderá ser afastado mediante informação do valor real dos

pertences que compõe a bagagem, tem-se que o limite imposto diz respeito unicamente à importância desse mesmo pleito e não a qualquer outro interesse/bem de natureza intangível.

Sob essa perspectiva, outro ponto também mencionado consiste no fato de que, apesar de o CDC prever a inversão do ônus da prova, deve haver uma ponderação no sentido de que essa inversão não desobriga o consumidor de fazer a prova dos fatos constitutivos de seu direito. Pontua-se que não se pode transferir ao transportador o ônus da prova ao qual ele não tem condições de se desincumbir, tendo em vista que a empresa aérea não tem condições de comprovar qual era o conteúdo da bagagem do passageiro e, portanto, não tem condições de produzir tal prova. Nesse sentido, a Convenção de Varsóvia não desampara tal situação, trazendo a indenização tarifada como regra e, ao mesmo tempo, permitindo que se o consumidor não está de acordo com o valor tarifado, ele possa fazer uma declaração de valor da sua bagagem a partir de critérios pré-estabelecidos.

A indenização tarifada opera apenas nos casos corriqueiros, em que o passageiro despacha sua bagagem sem maiores formalidades ou cuidados. Se houver uma declaração de valores da bagagem, a situação se altera substancialmente, prevalecendo então o valor alegado pelo consumidor. O problema probatório, conforme descrito, também é em partes resolvido por essa limitação prevista. Como provar o conteúdo de uma bagagem não declarada que se extraviou? Seria uma hipótese da prova impossível de ser feita pelo transportador aéreo.

Portanto, embora a indenização seja fixada por peso, o acordo permite que o passageiro com bagagem de valor superior declare a importância de forma a garantir a indenização correspondente. Nesse sentido, conforme destacou o ministro Gilmar Mendes, a norma da Convenção não é refratária à defesa do consumidor, uma vez que ela não traz uma limitação absoluta. Quanto a isso, o ministro Barroso pontua que, se fosse constatado que a CV deixa o consumidor inteiramente desguarnecido, aí então poderia ser o caso de declarar sua possível inconstitucionalidade, mas que esse não parece ser o caso, pois não está se nulificando a proteção do consumidor. É inequívoca a opção do constituinte pela opção da aplicação das normativas internacionais nessa matéria.

Nessa discussão, a ministra Rosa Weber também pontuou que, estando verificada a possibilidade de reparação integral e ilimitada, no caso de perda, destruição, avaria ou atraso da bagagem despachada, se atendidas às condições razoáveis e proporcionais, tanto a Convenção de Montreal quanto a Convenção de Varsóvia se mostram compatíveis com a CF/88.

Nesse mesmo sentido, busca-se uma proteção em longo prazo, tendo em vista a proteção que a segurança jurídica e previsibilidade proporcionam a sociedade e, inclusive, aos consumidores. Assim, a adoção de limites internacionais, gerará previsibilidade, na medida em que permitirá as companhias aéreas o cálculo de seus custos operacionais com muito mais racionalidade.

Como enfatizou o ministro Barroso, a uniformização por meio de pactos multilaterais entre estados soberanos pode ser deduzida em diferentes jurisdições, circunstância que é exigida para dar segurança jurídica aos fornecedores de tal serviço, conferindo previsibilidade a respectiva atividade econômica, mas ainda, para conferir tratamento igualitário aos consumidores em plano internacional.

O acolhimento da tese de aplicação da Convenção possibilita prestigiar, a um só tempo, a proteção ao consumidor e o respeito às normas internacionais as quais o Brasil aderiu, assim como a necessária rigidez da Constituição como expressão máxima dos valores que devem nortear a todos.

4.2.1.5 Jurisprudência já afirmada em favor da tese

Outro fundamento na sustentação da tese de prevalência das Convenções Internacionais foi a existência de jurisprudência do próprio STF nesse sentido. O entendimento da Corte firmou-se no sentido de que no caso específico de contrato de transporte internacional aéreo prevalecerá a aplicação da Convenção de Varsóvia em detrimento do CDC nos termos do art. 178 da CF.

No RE 297901, da 2ª turma e relatoria da ministra Ellen Grace, decidiu-se pela prevalência da Convenção de Varsóvia contra disposição mais favorável do CDC. Trata-se do caso específico do contrato de transporte aéreo, conforme versa o art. 178 da CF/88.

O RE 715877, relatado pela Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha, o Agravo de Instrumento (AI) 593779, relatado pelo ministro Gilmar Mendes. Todos esses precedentes já indicaram o sentido em que se depreende o entendimento de que o CDC não revoga e nem é revogado pelas normas internacionais, pois há convivência entre ambas, uma vez que as normas internacionais apenas cuidam dos sujeitos da relação de consumo em contrato transporte aéreo internacional. Tendo, então, indicado a utilização dos critérios ordinários para a solução de antinomias, devendo prevalecer as normas internacionais.

4.2.2 Argumentos que sustentaram a prevalência do Código de Defesa do Consumidor em relação às Convenções Internacionais

Os argumentos a serem expostos referem-se aos fundamentos utilizados pelo Procurador Geral da República na época, Rodrigo Janot, e pelos ministros Celso de Mello e Marco Aurélio, ao sustentarem a tese de aplicação do Código de Defesa do Consumidor no lugar das Convenções Internacionais.

4.2.3.1 A proteção do consumidor como direito fundamental e princípio da República

O Procurador Rodrigo Janot lembrou que a Constituição Federal incluiu a defesa do consumidor entre os princípios da República. Segundo ele, o CDC deveria prevalecer sobre as Convenções internacionais, pois a escolha da norma menos protetiva ao consumidor não estaria refletindo os preceitos da Constituição.

Conforme destacou o ministro Celso de Mello, a proteção ao consumidor e a defesa da integridade de seus direitos, apresentam compromissos inderrogáveis que o estado brasileiro assumiu no plano do nosso ordenamento constitucional. O constituinte originário, em caráter absolutamente inovador, elevou a defesa do consumidor à posição eminente de direito

fundamental (art. 5º, XXXII), atribuindo-lhe ainda a condição de princípio estruturador e conformador da própria ordem econômica, considerado o art. 170,V da CF/88.

Assim, ao elevar a defesa do consumidor à condição de princípio da ordem econômica, o propósito foi de legitimar todas as medidas de intervenção estatal necessárias para assegurar a proteção prevista. Portanto, as atividades econômicas submetem-se a essa normatividade expressa no texto da constituição que reconhece o direito do consumidor como um direito fundamental.

Nesse contexto, o CDC tem uma extração eminentemente constitucional, tendo em vista que a lei fundamental veio a instituir normas de tutela ao consumidor, uma prerrogativa fundamental do cidadão de valor constitucional, estando o poder judiciário incumbido de extrair dos direitos assegurados ao consumidor a sua máxima eficácia.

4.2.3.2 A vulnerabilidade ou hipossuficiência do consumidor e a configuração de uma relação de consumo

Nesse cenário, destaca-se a preocupação do constituinte não só com as relações de consumo, mas em referir-se a figura do consumidor com ênfase de status e proteção constitucional. Sustenta esse posicionamento o art. 5º, XXXII da CF/88, em que “o estado promoverá na forma da lei a defesa do consumidor”, isto é, o constituinte reconhece a situação de vulnerabilidade do consumidor e determina que o estado brasileiro equilibre essa situação de modo a intervir na promoção da defesa do consumidor. Ao mesmo tempo, o art. 150, § 5º: “a lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços”.

O constituinte originário reconhece no consumidor a sua situação de vulnerabilidade nas suas relações de consumo. O art. 170, V da CF/88 prevê que: “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: V- defesa do consumidor”.

Nesse sentido, o consumidor é inserido em um novo contexto constitucional em que o constituinte reconhece sua vulnerabilidade e hipossuficiência, determinando por mais de uma vez, de maneira contundente, que o Estado promova a defesa do consumidor. Portanto, o Procurador Rodrigo Janot entende como ilógico que, num regime constitucional deste porte, de defesa do cidadão consumidor, na aplicação de normas infraconstitucionais, escolha-se aquela que menor proteção lhe atribui. Para ele, essa interpretação não seria compatível com uma interpretação razoável da aplicação da norma segundo a constituição da república.

Ainda, afirmou o Procurador que a demonstração da vulnerabilidade do consumidor nas relações de consumo foi comprovada no próprio julgamento em questão, em que não houve nenhuma defesa ou *amicus curiae* da parte dos consumidores, mas apenas das companhias aéreas.

Por fim, os ministros Marco Aurélio e Celso de Mello entenderam que as empresas de transporte aéreo internacional realizam atividades que se qualificam tipicamente como atividades de prestação de serviços, permitindo que se reconheça a existência de uma relação jurídica de consumo, consolidada na prestação de serviços da empresa em relação a seu passageiro contratante, tudo tal como positivado no art. 2º do CDC. Assim, tratando-se de relações de consumo em que os passageiros figuram inquestionavelmente como destinatários finais dos serviços de transporte aéreo, eles entendem que se aplica o CDC, que tem precedência sob às normas da CV e seus demais protocolos modificativos.

4.2.3.3 Precedentes jurisprudenciais do próprio STF e do STJ

Assim como houve precedentes do STF que sustentaram a defesa da tese de prevalência das Convenções internacionais, também se destacou a existência de precedentes no sentido contrário, sustentando a aplicação do CDC, que serão mencionados a seguir.

Um importante julgado foi o RE 351750, da 1ª turma e relatoria do Ministro Ayres Britto, em que foi acolhida a tese de que o CDC afasta a aplicação das normas internacionais sempre que essas se mostrarem mais desfavoráveis ao consumidor:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DANOS MORAIS DECORRENTES DE ATRASO OCORRIDO EM VOO INTERNACIONAL. APLICAÇÃO DO

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. MATÉRIA
INFRACONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. O princípio da defesa do consumidor se aplica a todo o capítulo constitucional da atividade econômica.
2. Afastam-se as normas especiais do Código Brasileiro da Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia quando implicarem retrocesso social ou vilipêndio aos direitos assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor.
3. Não cabe discutir, na instância extraordinária, sobre a correta aplicação do Código de Defesa do Consumidor ou sobre a incidência, no caso concreto, de específicas normas de consumo veiculadas em legislação especial sobre o transporte aéreo internacional. Ofensa indireta à Constituição de República.
4. Recurso não conhecido.

Esse entendimento também esteve presente no AgrRE 391032/RJ, em 2012. Assim, o STF valeu-se nesses casos de um princípio hermenêutico, dando primazia sempre a norma mais favorável. No entendimento do ministro Celso de Mello, esse deve ser o critério que deve reger sempre a atividade interpretativa dos tribunais. Os tratados internacionais devem obedecer a um princípio hermenêutico básico em que deve prevalecer a norma que se revele mais favorável a pessoa, ainda que ela seja uma norma doméstica. Portanto, deve-se extrair a máxima eficácia dessas normativas como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos, notadamente os mais vulneráveis, aos sistemas institucionalizados de proteção.

No mesmo sentido, o Acórdão da segunda turma, de 1996, RE 172720, assentou a aplicação do CDC por supremacia da Constituição ao julgar a questão da indenizabilidade dos danos morais oriundos aos contratos de transporte aéreo internacional.

Em seu voto, o ministro Marco Aurélio relembra as decisões dos tribunais de São Paulo e Rio de Janeiro, e concorda com elas, apontando que não poderia concluir que esses acórdãos foram prolatados sem observar a carta da República. O ministro Celso de Mello também destacou que o egrégio STJ consolidou jurisprudência da matéria, reconhecendo em uma sucessão de julgados que a responsabilidade civil das companhias aéreas em decorrência da má prestação de serviços, após a vigência do CDC não é mais regulada pela CV e suas posteriores modificações ou pelo Código brasileiro de aeronáutica, subordinando-se ao CDC.

4.2.3 Considerações Finais a respeito da decisão

Conforme os fundamentos expostos no item anterior, por 09 votos a 03, venceu a tese de aplicação das Convenções de Varsóvia e Montreal em detrimento do Código de Defesa do Consumidor, por força do art. 178 da CF/88, dando-se provimento aos recursos. A maioria

considerou que o artigo 178 da CF não se choca com previsto pelo artigo 5º, 32 da CF, que diz que o estado promoverá na forma da lei a defesa do consumidor. Ocorre que o art. 178, ao tratar da observância das Convenções Internacionais, é mais específico sobre a matéria do que o inciso XXXII do art. 5º.

Assim, foi constatado que não há elementos para que se repudie a aplicação das Convenções internacionais, devendo prevalecer os limites indenizatórios previstos nas convenções de Varsóvia e Montreal. Os ministros vencidos, Marco Aurélio e Celso de Mello, que votaram pelo desprovisionamento dos recursos, alegaram que se trata de atividade qualificada como prestação de serviços, caracterizando uma espécie de relação jurídica de consumo e, portanto, deve ser aplicado o CDC.

Cabe ressaltar que o entendimento majoritário diverge de vários tribunais de estado e do próprio STJ, os quais majoritariamente estavam decidindo por afastar a Convenção de Varsóvia por ela não ser compatível por aquilo que dispõe o Código de Defesa do Consumidor. Assim, a decisão pode representar uma grande derrota para o consumidor brasileiro e os órgãos de Defesa que atuam no processo.

Por consequências práticas temos que, a indenização aos passageiros em caso de extravio de bagagem estará limitada aos valores previstos pelas Convenções. O prazo de prescrição também foi alterado, uma vez em que o CDC previa o prazo de cinco anos, enquanto as Convenções estabelecem que esse prazo seja de dois anos. No próximo item, serão analisadas as principais diferenças entre o CDC e as normativas internacionais e quais serão os impactos práticos para os envolvidos.

4.3 A Convenção de Varsóvia x Código de Defesa do Consumidor

A chamada Convenção de Varsóvia, ou Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, celebrada em 12 de outubro de 1929, teve por finalidade a criação de um conjunto de regras que servisse como modelo internacional para regular o mercado de Transporte Aéreo Internacional, tendo sofrido várias alterações ao longo dos anos.

Ela foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 20.704, de 24

de novembro de 1931, tornando-se a normativa responsável por unificar as regras referentes ao transporte aéreo internacional. Posteriormente, a Convenção de Montreal, ratificada através do Decreto Legislativo n.º 59 de 18 de abril de 2006 e promulgada pelo Presidente da República por meio do Decreto n.º 5.910, de 27 de setembro de 2006, veio a modernizar a Convenção de Varsóvia, passando então a ser o diploma normativo competente a reger os contratos de transporte aéreo internacional.

Para a questão em análise, torna-se fundamental que alguns dispositivos desta Convenção sejam destacados.

Quanto ao âmbito de aplicação, temos o art. 1º:

A presente Convenção se aplica a todo transporte internacional de pessoas, bagagem ou carga, efetuado em aeronaves, mediante remuneração. Aplica-se igualmente ao transporte gratuito efetuado em aeronaves, por uma empresa de transporte aéreo.

Assim, objetivamente, para fins de regulação das relações que envolvem o transporte aéreo internacional de pessoas, bagagem ou carga, é afastada a aplicação do CDC em favor da aplicação da Convenção.

Quanto aos passageiros e as bagagens, o art. 3º dispõe que:

1. No transporte de passageiros será expedido um documento de transporte, individual ou coletivo, que contenha:
2. O transportador entregará ao passageiro um talão de identificação de bagagem por cada volume de bagagem registrado.
3. O passageiro receberá um aviso escrito, indicando que, quando seja aplicável a presente Convenção, esta regulará a responsabilidade do transportador por morte ou lesões, por destruição, perda ou avaria de bagagem, e por atraso.
4. O descumprimento das disposições dos parágrafos precedentes não afetará a existência nem a validade do contrato de transporte, o qual, não obstante, ficará sujeito às regras da presente Convenção, incluindo as relativas aos limites de responsabilidade.

Depreende-se, portanto, que deve haver uma declaração minuciosa dos objetos transportados e que a responsabilidade civil está limitada aos valores definidos pela própria Convenção de Varsóvia, que se revelam muito mais favoráveis às empresas de transporte aéreo.

Quanto à responsabilidade pelas indicações inscritas nos documentos, manifesta-se o art. 10º:

1. O expedidor é responsável pela exatidão das indicações e declarações concernentes à carga feitas por ele ou em seu nome no conhecimento aéreo, ou feitas por ele ou em seu nome ao transportador, para inscrição no recibo de carga ou para inclusão nos registros conservados por outros meios, previstos no número 2 do Artigo 4. A presente disposição aplica-se também quando a pessoa que atua em nome do expedidor é também preposto do transportador.
2. O expedidor indenizará o transportador por todo dano que este haja sofrido, ou qualquer outra pessoa em relação à qual o transportador seja responsável, em consequência das indicações e declarações irregulares, inexatas ou incompletas feitas por ele ou em seu nome.
3. Sujeito às disposições dos números 1 e 2 deste Artigo, o transportador deverá indenizar o expedidor por todo dano que este haja sofrido, ou qualquer outra pessoa em relação à qual o expedidor seja responsável, em consequência das indicações e declarações irregulares, inexatas ou incompletas feitas pelo transportador ou em seu nome no recibo de carga ou nos registros conservados por outros meios, mencionados no número 2 do Artigo 4.

O dispositivo em questão responsabiliza inteiramente o consumidor pelas informações apresentadas na declaração de conteúdo da bagagem, até mesmo quando o formulário for preenchido por funcionário da companhia aérea. Ainda, prevê o dever de indenização por parte do consumidor em favor da companhia aérea se houver qualquer dano decorrente de falhas no preenchimento da declaração de bagagem, entre elas inexatidão ou mesmo informação incompleta. Nesse quesito, destaca-se um importante detalhe que reside no fato de que aqui não se estabelece uma limitação para o dever de indenizar a ser imposto ao consumidor.

Entretanto, ao se definir o dever da companhia aérea de indenizar o consumidor por danos ou extravio de bagagem, estipula-se uma limitação de valores definida pelas regras da Convenção de Varsóvia.

O art. 11, por sua vez, dispõe sobre o valor probatório dos documentos:

1. Tanto o conhecimento aéreo como o recibo de carga constituem presunção, salvo prova em contrário, da celebração do contrato, da aceitação da carga e das condições de transporte que contenham.
2. As declarações do conhecimento aéreo ou do recibo de carga relativas ao peso, dimensões e embalagem da carga, assim como ao número de volumes, constituem presunção, salvo prova em contrário, dos dados declarados; as indicações relativas à quantidade, volume e estado da carga não constituem prova contra o transportador, salvo quando este as haja comprovado na presença do expedidor e haja feito constar no conhecimento aéreo ou no recibo de carga, ou que se trate de indicações relativas ao estado aparente da carga.

Esse artigo é uma ofensa grave aos direitos dos consumidores já consagrados pelo ordenamento brasileiro. O dispositivo prevê que os documentos emitidos pela companhia

aérea gozam da presunção de veracidade, enquanto os documentos emitidos pelo consumidor não gozam da mesma, ressalvada a hipótese de confirmação dessas informações por parte de um funcionário da companhia aérea.

Em relação à morte e lesão dos passageiros e aos danos à bagagem, art. 17:

2. O transportador é responsável pelo dano causado em caso de destruição, perda ou avaria da bagagem registrada, no caso em que a destruição, perda ou avaria haja ocorrido a bordo da aeronave ou durante qualquer período em que a bagagem registrada se encontre sob a custódia do transportador. Não obstante, o transportador não será responsável na medida em que o dano se deva à natureza, a um defeito ou a um vício próprio da bagagem. No caso da bagagem não registrada, incluindo os objetos pessoais, o transportador é responsável, se o dano se deve a sua culpa ou a de seus prepostos.

3. Se o transportador admite a perda da bagagem registrada, ou caso a bagagem registrada não tenha chegado após vinte e um dias seguintes à data em que deveria haver chegado, o passageiro poderá fazer valer contra o transportador os direitos decorrentes do contrato de transporte.

Esse dispositivo afasta inteiramente a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva prevista pelo Código de Defesa do Consumidor, abrindo margem para uma possível alegação de que os danos ocorridos podem decorrer da própria natureza ou característica do item transportado. Ainda, prevê o prazo de vinte um dias para que a companhia aérea possa recuperar a bagagem extraviada, como uma espécie de carência.

Tratando-se de atraso, prevê o artigo 19 que:

O transportador é responsável pelo dano ocasionado por atrasos no transporte aéreo de passageiros, bagagem ou carga. Não obstante, o transportador não será responsável pelo dano ocasionado por atraso se prova que ele e seus prepostos adotaram todas as medidas que eram razoavelmente necessárias para evitar o dano ou que lhes foi impossível, a um e a outros, adotar tais medidas.

Mais uma vez, o dispositivo permite a exclusão de responsabilidade do transportador do dever de indenizar a partir de um critério extremamente subjetivo, baseado unicamente na alegação e prova de que a companhia aérea teria adotado todos os esforços possíveis.

Quanto aos limites de responsabilidade relativos ao atraso da bagagem e da carga, o artigo 22 dispõe:

1. Em caso de dano causado por atraso no transporte de pessoas, como se especifica no Artigo 19, a responsabilidade do transportador se limita a 4.150 Direitos Especiais de Saque por passageiro.
2. No transporte de bagagem, a responsabilidade do transportador em caso de destruição, perda, avaria ou atraso se limita a 1.000 Direitos Especiais de Saque por passageiro, a menos que o passageiro haja feito ao transportador, ao entregar-lhe a bagagem registrada, uma declaração especial de valor da entrega desta no lugar de destino, e tenha pago uma quantia suplementar, se for cabível. Neste caso, o transportador estará obrigado a pagar uma soma que não excederá o valor declarado, a menos que prove que este valor é superior ao valor real da entrega no lugar de destino.

Esse dispositivo impõe uma limitação ao dever de indenizar, trazendo a fixação de um fator referencial. Traz a faculdade de o consumidor preencher a declaração de conteúdo de bagagem, caso entenda que seja o caso, identificando os valores dos itens de sua bagagem. Caso não o faça, exonera a companhia aérea da obrigação de indenizar os bens extraviados.¹³

Quanto aos prazos para interposição de ação, o artigo 35 versa que:

1. O direito à indenização se extinguirá se a ação não for iniciada dentro do prazo de dois anos, contados a partir da data de chegada ao destino, ou do dia em que a aeronave deveria haver chegado, ou do da interrupção do transporte.
2. A forma de computar esse prazo será determinada pela lei nacional do tribunal que conhecer da questão.

Nesse sentido, tal dispositivo afasta a previsão do artigo 27 do CDC, reduzindo de 05 (cinco) para 02 (dois) anos o prazo para ajuizar ação de reparação dos danos causados.

Diante do exposto, temos apenas algumas das diferenças entre o Código de Defesa do Consumidor e a Convenção de Varsóvia e Montreal, sendo elas o motivo para que a discussão tenha gerado tanta polemica e discussão, sendo elevada ao caráter de repercussão geral pelo STF.

A aplicação das Convenções internacionais em questão implica em consideráveis modificações para os problemas frequentes enfrentados pelos usuários do transporte aéreo internacional. Nesse sentido, o julgamento aqui analisado foi fundamental para a pacificação do entendimento acerca do tema nos tribunais.

¹³ De acordo com o entendimento proferido pelo STF, vale a limitação de 1000 DES (Direito Especial de Saque). Caso o consumidor entenda que carrega em sua bagagem valor superior a esse limite, ele deverá fazer a Declaração Especial de Valor, como uma espécie de seguro, a fim de se garantir a indenização plena. Estabelece a possibilidade de cobrança extra, em razão de valor elevado dos bens transportados.

Por um lado, a decisão do processo envolvendo o tema bagagem extraviada e situações análogas, poderá abrir um forte precedente, considerando que o CDC é uma das leis de proteção ao consumidor de maior rigor do mundo. Afastar sua aplicação em prol da incidência de pactos internacionais, claramente mais favoráveis às operadoras de voos, abre um precedente para que outras regras internacionais também se sobreponham ao CDC.

Por outro, é possível dizer que o resultado traz alguns avanços no sentido de que serão evitadas discussões judiciais quanto ao valor das indenizações, de maneira onerosa e desnecessária, permitindo às empresas que melhor se planejem operacionalmente e comercialmente. Assim, os custos e riscos da atividade poderão ser mensurados de forma precisa, podendo inclusive influenciar em uma redução do preço das passagens.

Não obstante, tendo em vista a globalização, ressalta-se que defesa do consumidor há de ser feita sob a tutela internacional e o Brasil deve estar inserido cada vez mais nesse contexto. Assim, o Brasil deve prezar pelo cumprimento de seus compromissos internacionais sob pena de desrespeito à regra *pacta sunt servanda* e de submissão a condutas de outros Estados que desrespeitem tratados que sejam de interesse do Brasil.

CAPÍTULO 5 – ANÁLISE COMPARATIVA DOS JULGAMENTOS DO RE 466343 (SUPRALEGALIDADE DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS) E DO RE 636331 (APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO DE VARSÓVIA X CDC)

Considerando as temáticas já exploradas nos capítulos anteriores, este último capítulo tem como escopo apresentar uma análise comparativa a respeito das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal nos julgamentos do RE 466343, relativo à prisão do depositário infiel, e do RE 636331, relativo à indenização por extravio de bagagem no transporte aéreo internacional.

Como visto, no primeiro caso (RE 466343), prevaleceu o entendimento de que os tratados internacionais incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro têm status supralegal, isto é, estão abaixo da Constituição, mas acima das leis ordinárias. Assim, ainda que os tratados discutidos no caso versem sobre direitos humanos, eles não possuem status de emenda constitucional, por não terem sido incorporados sob o rito do art.5º, §3º da CF/88. Desse modo, a supremacia dos tratados internacionais em detrimento das leis ordinárias se deu, entre outros argumentos, em função do caráter supralegal dos primeiros, revogando o instituto da prisão civil do depositário infiel.

Já no segundo caso (RE 636331), a antinomia se deu entre normas de mesma hierarquia, infraconstitucionais, mas que dispunham sobre direito do consumidor, reconhecido como um direito fundamental do homem. Assim, apesar de o CDC ser a normativa mais favorável na tutela dos direitos dos consumidores, a Suprema Corte decidiu que, nos casos envolvendo indenizações por extravio de bagagem no transporte aéreo internacional, aplicam-se os tratados internacionais que dispõe especificamente sobre essa temática, isto é, as Convenções de Varsóvia e Montreal.

O ponto que se pretende discutir é em que medida essas decisões dialogam entre si, reafirmando os fundamentos aos quais se construíram ou contradizendo-os, tendo em vista a temática que se inserem relativa à proteção de direitos humanos e fundamentais e o conflito de normas internas e internacionais.

Neste contexto, será feita uma análise comparativa dos principais aspectos e fundamentos utilizados na construção decisória dos Ministros do STF, buscando identificar as semelhanças e diferenças, as peculiares de cada caso, que permitem trazer algumas conclusões quanto à maneira pela qual o judiciário brasileiro têm enfrentado essas questões polêmicas, de repercussão geral, envolvendo o conflito de tratados internacionais com normas internas, sob a ótica de tutela dos direitos humanos e fundamentais.

5. 1. Análise Comparativa

5.1.1 Quanto ao caráter especial dos tratados

Em ambos os casos, um dos principais fundamentos utilizados para sustentar o entendimento de prevalência das normativas internacionais em detrimento das leis internas foi o caráter especial de que dotavam tais tratados e convenções.

No RE 466343, tanto o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos são documentos que versam especialmente sobre normas de proteção aos direitos humanos.

No RE 636331, entendeu-se pela especificidade das Convenções de Varsóvia e Montreal para reger as relações de consumo nos casos de transporte aéreo internacional, sendo o Código de Defesa do Consumidor um ordenamento que abrange as relações de consumo de modo geral.

Desse modo, a especialidade que caracteriza esses instrumentos normativos internacionais justifica sua aplicação em relação às demais normas de direito interno, que dispõem de maneira geral quanto a essas temáticas em questão.

5.1.2 Quanto à posição hierárquica das normativas em questão dentro do ordenamento jurídico brasileiro

No RE 466343, o conflito a ser solucionado envolvia normas de hierarquia distinta. Tratavam-se de normativas internacionais que versam sobre direitos humanos, as quais reconheceram-se seus status supralegal, que conflitavam essencialmente com leis ordinárias que obedeciam a um comando constitucional de legislar quanto a prisão civil.

No caso do RE 636331, a antinomia se estabeleceu entre ordenamentos de mesma hierarquia, as Convenções de Varsóvia e Montreal e o Código de Defesa do Consumidor, dotados de status infraconstitucional.

5.1.3 Quanto aos princípios e valores que nortearam a discussão

No RE 466343, a discussão envolveu o conflito entre os princípios da liberdade individual e o princípio de satisfação ao direito patrimonial do credor.

Já no RE 636331, a polêmica girou em torno do conflito entre o princípio constitucional que impõe a defesa do consumidor e o da limitação da proteção do consumidor, pela aplicação da regra do art. 178 da CF/88, garantindo a observância dos compromissos internacionais e proporcionando segurança jurídica.

5.1.4 Quanto aos direitos que estão em conflito

No RE 466343, trata-se da ponderação entre o direito individual de liberdade, incluído no rol dos direitos humanos e fundamentais, e o direito material relativo ao patrimônio.

No caso do RE 636331, os direitos em conflito são exclusivamente na esfera material, relativos a valores indenizatórios principalmente, uma vez que se afastou a discussão relativa à indenização dos danos morais.

5.1.5 Quanto aos critérios utilizados para a solução da antinomia

No RE 466343, para a resolução do conflito, foi utilizado o critério da hierarquia normativa, no qual se reconheceu o caráter supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos ao qual o Brasil é signatário.

No RE 636331, o principal critério ao qual se recorreu para a solução da antinomia foi o critério da especificidade e o entendimento de que havia outros dispositivos e preceitos constitucionais que sustentam a prevalência das Convenções Internacionais, entre eles o art. 178.

5.1.6 Quanto às consequências das decisões

No RE 466343, temos por consequência a proteção do direito fundamental do homem de não ser detido por dívidas, salvo no caso de não pagamento de pensão alimentícia. O entendimento foi de que a prisão não é uma alternativa proporcional e exclusiva para que se satisfaça a pretensão material do credor, devendo prevalecer a proteção ao direito de liberdade do devedor. Constatou-se que o fato do devedor ser preso, não necessariamente garantirá o cumprimento de sua obrigação. De modo geral, a decisão também consagrou o entendimento quanto ao status supralegal dos tratados de direitos humanos, sobrepondo-se as legislações ordinárias.

No caso do RE 636331, temos como consequência a prevalência dos comandos previstos pelas Convenções de Varsóvia e Montreal no que diz respeito ao transporte aéreo internacional, em detrimento do CDC, acarretando em uma menor proteção ao consumidor. As limitações aos direitos do consumidor trazidas pelas normativas internacionais, apesar de mais desfavoráveis, não são absolutas, trazendo a possibilidade de diálogo com o CDC e outras alternativas como a Declaração de Valores da bagagem, por exemplo. A decisão, ao adotar os limites internacionais, optou por uma proteção decorrente da segurança jurídica e previsibilidade, permitindo que as companhias aéreas calculem seus custos operacionais de forma mais precisa. Ainda, a tese acolhida prestigiou tanto a proteção ao consumidor como o respeito às normas internacionais as quais o Brasil aderiu.

5.2 Tabela Comparativa

	RE 466343	RE 636331
Caráter especial dos tratados	Os tratados são específicos em disciplinar a temática de proteção dos direitos humanos	As convenções internacionais são específicas para reger os casos envolvendo o transporte aéreo internacional
Posição hierárquica das normativas em questão	Tratados de direitos humanos com status supralegal ¹⁴ X Comando constitucional e legislação ordinária	Convenção de Varsóvia e Montreal (status de lei ordinária) X Código de Defesa do Consumidor (status de lei ordinária)
Princípios e valores que nortearam a discussão	Liberdade individual X satisfação ao direito patrimonial do credor	Princípio constitucional de defesa do consumidor X princípio de observância dos acordos internacionais (art. 178 CF/88)
Direitos a serem tutelados	Direito de liberdade dos indivíduos X direito material ao patrimônio	Direito de maior proteção ao consumidor X direito de menor tutela do consumidor
CrITÉRIOS utilizados para a solução da antinomia	CrITÉrio da hierarquia normativa (tese da supralegalidade)	CrITÉrio da especificidade e da interpretação sistemática das disposições constitucionais
Consequências das decisões	Reconhecimento da impossibilidade de prisão civil por dívida (salvo a do devedor alimentante); supremacia dos direitos fundamentais do homem; reconhecimento do caráter supralegal dos tratados de direitos humanos que não forem incorporados pelo rito do parágrafo 3º do art. 5º da CF/88.	Prevalência das Convenções de Varsóvia e Montreal em detrimento do CDC; em tese, menor proteção aos direitos do consumidor, mas uma maior segurança jurídica e previsibilidade; respeito ao cumprimento das normas internacionais as quais o Brasil aderiu

Fonte: Autor, 2017.

¹⁴ Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesse caso, os tratados internacionais em questão teriam status supralegal por não terem sido incorporados pelo rito previsto no art. 5º, parágrafo 3º da CF/88.

5.3 Considerações Finais

Finalmente, caberão alguns apontamentos e questionamentos finais a respeito da temática em questão.

No caso do julgamento do RE 636331, a discussão se deu a partir do entendimento de que se tratavam de normas ordinárias, tanto as Convenções de Varsóvia e Montreal, quanto o CDC. No entanto, todas essas normativas dispõem, ainda que de forma indireta, sobre direitos dos consumidores, concebido como direito fundamental pelo constituinte originário conforme exposto anteriormente. Assim, questiona-se se o tratamento dado às Convenções não deveria ser o de normas supralegais, conforme foi o entendimento no julgamento do RE 466343, quanto à hierarquia dos tratados internacionais que versarem sobre direitos humanos.

Ao mesmo tempo, enquanto no RE 466343 verifica-se nitidamente uma evolução no entendimento do STF, dando prevalência ao direito fundamental do homem de não ser preso por dívidas (salvo devedor alimentante) e dialogando com as principais declarações internacionais de direitos humanos, questiona-se a decisão dada no RE 636331, se ela estaria representando ou avanço ou um retrocesso.

Se por um lado verifica-se uma diminuição na tutela dos direitos dos consumidores, tendo em vista as disposições das Convenções internacionais e aquilo que prevê o CDC, ferindo o preceito constitucional do dever do Estado de garantir a proteção dos consumidores, há que se pontuar outras preocupações delineadas pelos ministros no julgamento em questão.

Assim como no caso do julgamento da prisão civil do depositário infiel, a preocupação da decisão que manteve a prevalência das normativas internacionais no RE 636331 foi em alinhar o Brasil, cada vez mais, em um sistema normativo internacional que proporcione uma uniformização de regras a serem compartilhadas entre os Estados. Assim, prezou-se por garantir o cumprimento pelo Brasil de seus compromissos assumidos internacionalmente de modo que ambas as decisões proferidas se harmonizam com as normativas internacionais que versam sobre o tema.

A decisão marca o progresso do ordenamento jurídico brasileiro, configurando o surgimento de modelo de Estado Constitucional Internacionalista (transnacional), que se insere no contexto mundial como consequência do fenômeno da globalização.

Nesse contexto, não é que a aplicação das Convenções de Varsóvia e Montreal desampara a proteção do consumidor, mas dentro dos mandamentos constitucionais, optou-se por realizar uma interpretação sistemática e harmônica, garantido que fossem respeitados, ainda que não de forma absoluta, os preceitos ordenados na CF/88.

Assim, no primeiro caso, do RE 466343, foi possível a formulação de uma decisão em que, a um só tempo, garantisse a prevalência dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil e a primazia da tutela e respeito aos direitos fundamentais do homem. Já no caso do RE 636331, a opção pela aplicação das normativas internacionais não necessariamente garantiu a máxima de tutela dos direitos humanos e fundamentais, mas também não foi negligente no sentido de desamparar ou desconsiderar a proteção do consumidor no seu âmbito de aplicação.

Desse modo, as decisões que estabelecem a prevalência dos tratados internacionais sobre as normas de direito interno, configuram uma supremacia para os casos de antinomia, mas envolvem uma série de princípios e valores que permeiam a discussão do direito a ser tutelado. Assim, no RE 466343 houve uma identificação entre a primazia dada aos tratados internacionais e os direitos aos quais se buscou tutelar. Já no RE 636331, não houve uma compatibilidade entre a prevalência das Convenções internacionais e a busca pela proteção aos direitos dos consumidores, tendo em vista a existência de uma legislação interna mais protetiva.

Nesse cenário, observa-se que apesar de ambos os casos ordenarem pela supremacia das tratativas internacionais, não houve uma aplicação do princípio do mais favorável ao homem no RE 636331, mas apenas no caso do julgamento da prisão civil do depositário infiel.

Outro aspecto a ser mencionado refere-se à observância da Constituição nos julgamentos discutidos. Verifica-se que em ambos as decisões, prezou-se pela supremacia

material e formal da Carta Magna brasileira. Mas em certa medida, é possível discutir também se, em ambos os casos, não houve uma violação da Constituição.

Quanto ao RE 466343, a criação de uma nova categoria de hierarquia das normas pode ser interpretada como uma afronta à CF/88, na medida em que traz um ativismo judicial a partir da configuração de uma norma supralegal, que não teria qualquer suporte para existir. O segundo caso, por sua vez, trouxe um conflito direto entre disposições constitucionais, no qual se entendeu pela supremacia de uma regra constitucional em relação a um princípio constitucional.

Por fim, deve-se relembrao do papel do judiciário como efetivador e garantidor dos direitos fundamentais celebrados nos tratados internacionais aos quais o Brasil é signatário, sendo o entendimento jurisprudencial construído pelo STF de extrema importância para ditar a abrangência e efetividade da aplicação dos tratados internacionais dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

CONCLUSÃO

O presente trabalho se propôs a investigar o modo pelo qual estão sendo aplicados os tratados internacionais pelo Poder Judiciário brasileiro, mais especificamente, a partir dos entendimentos dados pelo Supremo Tribunal Federal em dois casos de repercussão geral: o julgamento do RE 466343 e do RE 636331. Tais julgamentos trouxeram não somente a discussão do conflito entre normas internacionais e normativas internas, mas abrangeram a temática da proteção dos direitos humanos e fundamentais e em que medida ela deve ser observada no âmbito dessa antinomia normativa.

Mediante a análise realizada, é possível extrair algumas conclusões. A primeira delas é a de que, por um lado, o Brasil tem se demonstrado cada vez mais preocupado e engajado em respeitar o cumprimento dos tratados internacionais que foram incorporados em seu ordenamento jurídico. Isso se deve não somente a inserção do país em um contexto globalizado, de relações multilaterais, em que muito se preza pela credibilidade internacional, mas também ao fato de que, ao cumprir tais compromissos, o Brasil também está atuando no sentido de garantir uma maior segurança jurídica, tanto em âmbito interno, quanto internacional.

No caso do julgamento do RE 636331, apesar de se ter entendido pela aplicação da norma menos favorável ao consumidor, conforme os fundamentos expostos, não se pode deixar de observar que ainda sim existe uma tutela do consumidor e uma preocupação com a defesa da parte mais vulnerável e com esse direito fundamental tutelado constitucionalmente.

Assim, visualiza-se que o judiciário brasileiro, representado nesse trabalho pelo entendimento da Suprema Corte, tentou harmonizar da melhor forma possível as questões controversas dos casos aqui tratados. É evidente a preocupação com a efetividade e cumprimento dos tratados internacionais e, ao mesmo tempo, com a tutela dos direitos humanos fundamentais.

Nesse sentido, apesar de, em certa medida, os posicionamentos adotados pelo STF nos julgamentos em questão serem contraditórios, no que tange a defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana, eles preconizaram pela aplicação das normativas internacionais, reafirmando seu compromisso com os demais estados soberanos, mas ainda assim, não

deixaram de tutelar os direitos fundamentais, de modo que, no caso em questão, os consumidores ainda foram amparados.

Portanto, analisado o modo pelo qual essas normativas internacionais são incorporadas no ordenamento pátrio, bem como os fundamentos que justificaram a aplicação dos Tratados de Direitos Humanos e das Convenções de Varsóvia e Montreal, é possível observar o mecanismo que tem sido utilizado pelo STF para a solução de antinomia com as normas internas e, ainda, identificar uma tendência no entendimento que vem sendo traçado pela Suprema Corte no sentido de harmonizar cada vez mais os compromissos internacionais celebrados por meio dos tratados com as disposições de direito interno, sem desconsiderar a supremacia de valores e princípios como o da tutela dos direitos humanos e fundamentais.

REFERÊNCIAS

AMARAL JR., A. **Curso de Direito Internacional Público**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ARIOSI, Mariângela. **Conflitos entre tratados internacionais e leis internas: o judiciário brasileiro e a nova ordem internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Constituição (1998)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: DF, Senado, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: set 2017

_____. **Emenda constitucional Nº 45**, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5o, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 31 dez. 2004.

_____. **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: set 2017.

_____. **Decreto nº 592**: promulgado em 06 de julho de 1992. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: set 2017.

_____. **Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Promulga o Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: out 2017

_____. **Decreto Nº 20.704, de 24 de novembro de 1931**. Promulga a Convenção de Varsóvia, para a unificação de certas regras relativas ao transporte aéreo internacional, celebrada em Varsóvia, em 12 de outubro de 1929. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: out 2017

_____. **Decreto Nº 5.910, de 27 de setembro de 2006**. Promulga a Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, celebrada em Montreal, em 28 de maio de 1999. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: out 2017

_____. **Decreto Lei Nº 4.657 de 1942** (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro). Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: out 2017

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 351750**, Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 17/03/2009, DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009

_____. Supremo Tribunal Federal. **AI: 593779** DF, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 25/10/2006, Data de Publicação: DJ 29/11/2006 PP-00064

_____. Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário n.º 466.343-1**. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 3 de dezembro de 2008b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal, **Habeas Corpus n.º 72.131-1**. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Brasília, DF, 23 de novembro de 1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>>. Acesso em set. 2017

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 87.585**. Voto do Ministro Celso Mello. Tocantis, 2008

_____. Supremo Tribunal Federal. **Pleno - Incide contribuição previdenciária sobre remuneração de agentes políticos** [julgamento em vídeo]. 26 de maio de 2017. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=xz4S0OZ9FmE&feature=youtu.be&t=21m19s>> Acesso em 5 out de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Pleno - Suspenso julgamento sobre regra de indenização em transporte aéreo internacional** [julgamento em vídeo]. 09 de maio de 2014. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=vOlrSbXWVwg&feature=youtu.be&t=31m7s> Acesso em 5 out de 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Súmula n.º 45**. É devida indenização por dano moral sofrido pelo passageiro, em decorrência do extravio de bagagem, nos casos de transporte aéreo. Disponível em: < <http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/sumulas-45>> Acesso em out 5 out de 2017

BULL, H. **A Sociedade Anárquica: um estudo sobre a ordem na política internacional**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado; Brasília: Editora UnB, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 2002

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. v.1. 2. ed. ver. e atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

DALLARI, Pedro B. A.. **Constituição e tratados internacionais**. São Paulo: Saraiva, 2003.

DENZA, E. **The Relationship between International and National Law**. In EVANS, M.D. *International Law*. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 411-438.

FRAGA, Mirtô. **A obrigatoriedade do tratado na ordem interna**. Revista de Informação Legislativa a. 41, n. 162, Brasília 2004. p. 311–328

ITAMARATY. **Perguntas Frequentes**, 2017. Disponível em: < <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/perguntas-frequentes#III.1>>. Acesso em: jun. 2017

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado, 6ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.364 - 377.

LUPI, A.L.P.B. **O Brasil é dualista? Anotações sobre a vigência de normas internacionais no ordenamento brasileiro.** *Revista de Informação Legislativa*, v. 46, n. 184 (out./dez. 2009), pp. 29-45.

MELLO, Celso de. Voto no julgamento do RE Nº 466343/SP. In: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário Nº 466343/SP.** Relator: Min. Cezar Peluso. DJ, 3 dez. 2008. Diário da Justiça Eletrônico, 5 jun. 2009

MENDES, Gilmar Ferreira. Voto no julgamento do RE Nº 466343/SP. In: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário Nº 466343/SP.** Relator: Min. Cezar Peluso. DJ, 3 dez. 2008. Diário da Justiça Eletrônico, 5 jun. 2009

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor.** 5ª Edição rev., atual. e ampl. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2014. p.48-68

MADEIRA, João Bruno Farias; MARÓN, Manuel Fondevila. **A integração entre o direito interno e o direito internacional à luz da teoria da constituição: revisitando as perspectivas monista e dualista do conflito de normas internacionais.** *Teorias do Direito e Realismo Jurídico*, Curitiba, v. 2 , n. 2 . Jul/Dez. 2016. p. 61 - 83

MAZZUOLI, Valerio De Oliveira. **A incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro.** *Revista de Informação Legislativa*, a.37, n. 147, Brasília 2000. p. 179–200.

_____, Valério de Oliveira. **Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno.** São Paulo: Saraiva, 2010.

_____, Valerio de Oliveira : **Tratados internacionais (com comentários à Convenção de Viena de 1969)** 2ª ed. Editora Juarez de Oliveira , 2004

_____, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público.** 7ª edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2013

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público.** 15ª edição, Volume I, Editora Renovar, 2004.

MENEZES, Wagner. **O Direito Internacional Contemporâneo e a Teoria da Transnorma.** Pensar, Fortaleza 2007, v. 12, p. 134–144.

MOREIRA, Thiago Oliveira. **A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira.** Natal, RN, 2012.

NASSER, S.H. **Direito Internacional Público.** São Paulo: Atlas, 2013

NEVES, Marcelo. **Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina.** *Revista de Informação Legislativa* , Ano 51 n. 201 jan./mar. 2014, p. 193–214.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

OLIVEIRA, Ricardo Victalino De. **A abertura do Estado Constitucional Brasileiro ao Direito Internacional**. 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 8.ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

RAMOS, André de Carvalho. **Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova PersPectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional**. p. 497–524 , 2011.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público curso elementar**. 11ª edição. editora saraiva. 2008.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. **A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro**. Brasília v. 33, n. 130,1996, p. 77–81.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direito constitucional**. São Paulo: Verbatim, 2010.

SHAW, Malcolm N. **Direito Internacional**. Editora Martins Fontes, 2010.

SOARES, G.F.S. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Atlas, 2002.

TRIEPEL, Henrich. **Les Rapports entre le Droit Interne et le Droit International**, in Recueil Des Cours, Paris, 1923.Tradução Amilcar de castro Belo Horizonte, S.ed, 1964. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/993/927>>. Acesso em: jun 2017.

ZANIOLO, Guido Timoteo da Costa. **Direitos Materialmente Fundamentais, Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Controle Jurisdicional de Convencionalidade das Leis no Brasil**. Dissertação de Mestrado em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. 2014.