

O papel do princípio *pro homine* na concretização dos direitos humanos e fundamentais na esfera penal: dos paradigmas hierarquizantes à relação dialógica entre o direito interno e as convenções internacionais de direitos humanos e direito humanitário

Rafael Martins Liberato de Oliveira

Especialista em Direito Público pela Faculdade Baiana de Direito. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

Promotor de Justiça Militar.

CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4979167532874116>

E-mail: rafaelmartinsliberato@gmail.com

2º lugar no concurso Prêmio Professor José Carlos Couto de Carvalho – 2023

Data da publicação: 21/11/2023

RESUMO: O presente artigo, baseado em pesquisa teórica e utilização do método dedutivo, tem como propósito central propor a utilização do princípio *pro homine* e do diálogo das fontes normativas como uma das formas de resolução de antinomias aparentes envolvendo normas internas e internacionais, especialmente oriundas do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário. Analisamos a jurisprudência do STF sobre a hierarquia assumida pelos tratados de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro e demonstramos a insuficiência dos critérios tradicionais para a resolução de antinomias

envolvendo essas normas. Por fim, defendemos que o método proposto é uma forma de potencializar a concretização de direitos humanos, especialmente na esfera penal.

PALAVRAS-CHAVE: princípio *pro homine*; diálogo das fontes; direitos humanos; direitos fundamentais; Direito Humanitário; Pacto de São José da Costa Rica; convenções de Genebra

ENGLISH

TITLE: The role of the pro homine principle in the realization of human and fundamental rights in the criminal sphere: from hierarchical paradigms to the dialogical relationship between domestic law and international conventions on human rights and humanitarian law.

ABSTRACT: This article, based on theoretical research and the use of deductive method, aims to propose the use of the pro homine principle and the dialogue among normative sources as one of the ways to resolve apparent conflicts between domestic and international norms, particularly those arising from International Human Rights Law and International Humanitarian Law. We analyze the jurisprudence of the Brazilian Supreme Court regarding the hierarchy assumed by human rights treaties incorporated into the Brazilian legal system and demonstrate the inadequacy of traditional criteria for resolving conflicts involving these norms. Finally, we argue that the proposed method is a way to enhance the realization of human rights, especially in the criminal sphere.

KEYWORDS: pro homine principle; dialogue among sources; human rights; fundamental rights; Humanitarian Law; Pact of San Jose; Geneva conventions.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto De San José da Costa Rica) e sua incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro – 3 As convenções de Genebra de 1949 e sua incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro – 4 A hierarquia dos tratados internacionais na Constituição Federal de 1988 e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – 5 O princípio internacional *pro homine* e o diálogo das fontes como método resolutivo de antinomias aparentes – 6 aplicação do princípio *pro*

homine às antinomias aparentes envolvendo Constituição Federal de 1988, normas processuais penais e o Pacto de San José da Costa Rica – 7 A aplicação do princípio *pro homine* às relações entre o Direito Internacional Humanitário e o direito interno – 8 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

As mudanças políticas, sociais e econômicas, em nível global, implementadas após a Segunda Guerra (1939-1945), repercutiram de maneira profunda nas relações entre Estados e indivíduos. No âmbito jurídico, uma das grandes revoluções estruturais foi o início de um processo de superação progressiva dos paradigmas formalistas que até então marcavam a maior parte dos ordenamentos jurídicos consolidados. Gradualmente, a noção de “teorias puras” acerca do Direito, como a defendida pelo jurista alemão Hans Kelsen (2006), passou a ceder espaço a visões que privilegiam o conteúdo e a noção substancial de Justiça como elementos imprescindíveis à interpretação e aplicação das normas jurídicas, em um processo que denominado por alguns autores como pós-positivismo.

Uma das importantes consequências dessas mudanças foi o aprofundamento da institucionalização das normas destinadas a efetivar proteção do ser humano, através da sua consagração expressa tanto nas constituições como em diversos tratados internacionais. É desse duplo processo de positivação que se origina distinção doutrinária entre direitos humanos e direitos fundamentais. Enquanto estes últimos (direitos fundamentais) são previstos no plano constitucional de cada Estado, aqueles (direitos humanos) derivam de tratados e convenções, incorporados pelas ordens jurídicas internas mediante procedimento próprio, regulamentado pelas respectivas normas internas de cada ente estatal¹.

¹ Não são poucos os exemplos de direitos e garantias previstos concomitantemente em constituições e em tratados. Apenas a título de exemplo, diversos dos direitos previstos no Título

Atentos a essa realidade, e para evitar desnecessários conflitos de competência jurisdicional, diversos tratados previram expressa relação de subsidiariedade da atuação das Cortes Internacionais por eles criadas com relação às jurisdições internas dos Estados signatários. No caso do Pacto de San José da Costa Rica, isso pode ser deduzido do seu Artigo 46, 1, “a”, que estabelece como condição para o recebimento de reclamação pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos o esgotamento dos “recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos”.

A noção de subsidiariedade traz consigo uma ideia implícita cujas implicações são de grande relevância para os propósitos deste trabalho: os níveis de proteção dos direitos da pessoa humana não se distinguem por seu aspecto ontológico, mas tão somente por sua origem² e, sendo idênticas e complementares as finalidades desses sistemas, devem as suas normas ser interpretadas sempre de maneira a reforçar umas às outras, sendo fundamental a harmonização de eventuais divergências pelo intérprete/aplicador³.

A Constituição da República parece reforçar a necessidade de diálogo entre as fontes em matéria de direitos da pessoa humana. O art. 4º, II,

II da nossa Constituição Federal de 1988 reproduzem preceitos da Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), dos Pactos de Nova York (1966) e da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969). Essa dupla positivação tende a ser maior no caso de constituições que, tal como a Carta Magna Brasileira, consagram um extenso rol de direitos e garantias fundamentais.

² São nesse sentido as ponderações de Valério Mazzuoli (2012, p. 822-824), esclarecendo que a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais reside unicamente nas respectivas fontes de positivação, em nada se relacionando com diferenças ontológicas entre as duas categorias. Destaca aquele autor que “(...) Em que pesem os esforços de boa parte da doutrina no intuito de diferenciar tais expressões, cremos que o que realmente importa é admitir a interação desses mesmos direitos (...), a fim de que todas as pessoas (pertencentes ou não ao estado em que se encontrem) estejam efetivamente protegidas”.

³ Note-se que essa relação de complementariedade e necessidade de interpretação harmônica encontra expresso respaldo em diversas normas internacionais que proíbem que as suas disposições sejam interpretadas de modo a suprimir, restringir ou prejudicar os direitos e garantias que resguardam. É o caso do Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos³ e do Artigo 5, 1, do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos³.

da Carta Magna estabelece a prevalência dos direitos humanos como um dos princípios regentes das relações internacionais da República Federativa do Brasil, ao passo em que o seu art. 5º, § 2º, deixa claro que o rol de direitos fundamentais não é exaustivo, visto que não exclui outros decorrentes do regime e dos princípios constitucionais, além daqueles previstos em tratados internacionais⁴.

Não se nega o avanço representado pela atual jurisprudência do STF, que superou a antiga concepção legalista e passou a entender que os tratados sobre direitos humanos não incorporados com *status* de emendas constitucionais ingressam no Ordenamento Brasileiro com hierarquia supralegal. Mas isso não basta. Sabe-se que na interpretação e na aplicação de normas jurídicas, tão importante quanto as conclusões materializadas nos dispositivos decisórios é o caminho percorrido para que se chegue até elas.

Deste modo, não se critica as decisões do STF nessa matéria necessariamente pelas suas conclusões, mas sim a preferência que tem demonstrado aquele Tribunal por, na fundamentação, resolver conflitos envolvendo normas de direitos humanos com base nos vetustos paradigmas hierarquizantes e formalistas, em detrimento da aplicação do princípio da norma mais favorável ao ser humano, também conhecido como princípio internacional *pro homine*.

Examinar o atual estágio da jurisprudência e demonstrar a aplicabilidade do referido princípio como a forma mais adequada de solução de antinomias em determinados casos concretos, através de uma metodologia específica, é o principal objetivo deste trabalho. Utilizando-nos de uma abordagem de cunho jurídico-compreensivo, trataremos dos pressupostos

⁴ Diante desse cenário de abertura normativa, parece evidente que a Constituição buscou alçar os direitos humanos à condição de normas privilegiadas no ordenamento jurídico pátrio. Não existe, portanto, outro caminho hermenêutico tolerável que não o de uma leitura conjunta e dialógica do texto constitucional e dos pactos internacionais ratificados pelo Brasil, de modo a que dessa exegese resulte a maximização da proteção jurídica dos direitos humanos e fundamentais.

teóricos para posterior demonstração prática da aplicação do princípio *pro homine* a tais conflitos.

Em seguida, examinaremos as doutrinas tradicionais acerca da hierarquia entre o Direito Internacional e os ordenamentos jurídicos internos. Apresentaremos, posteriormente, enquanto alternativas aos modelos hierarquizantes, algumas das contribuições teóricas do Monismo Internacionalista Dialógico e do Transconstitucionalismo. Analisaremos o princípio *pro homine* e o decorrente diálogo das fontes enquanto formas resolutivas de antinomias, propondo uma metodologia específica para a sua aplicação, utilizando-se da compreensão das funções eficaciais das normas envolvidas no conflito como forma de auxiliar na maximização do seu escopo protetivo.

Por fim, demonstraremos a aplicação de tais pressupostos conceituais a supostas antinomias normativas concretas, envolvendo conflitos aparentes entre normas de diversas origens, especialmente oriundas do Direito Internacional dos Direitos Humanos, do Direito Humanitário, e do Direito Constitucional, Penal e Processual Penal.

Ao final deste trabalho, pretendemos ter demonstrado, através de uma leitura dialógica do Pacto de San José da Costa Rica, das Convenções de Genebra e da Constituição Federal, que a aplicação do princípio *pro homine* é a forma mais adequada de resolver conflitos semânticos entre normas protetivas de direitos humanos e fundamentais. Buscaremos demonstrar por quais razões essa proposta teórica pode e deve substituir, em certos casos, os métodos tradicionais de resolução de antinomias, notadamente o método hierárquico que, por sua natureza eminentemente formalista, não se mostra conveniente para resolver problemas interpretativos cuja natureza é inexoravelmente axiológica e substancial.

2 A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA) E SUA INCORPORAÇÃO AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Instrumento de maior importância no Sistema Interamericano, a Convenção Americana de Direitos Humanos foi assinada em 1969, na cidade costarriquenha de San José, fato que motiva o seu apelido (Pacto de San José da Costa Rica). Entrou em vigor apenas em 1978, quando atingiu o número mínimo previsto no tratado de 11 ratificações. Embora não tenha sido ratificada por importantes membros da Organização dos Estados Americanos (v.g., Estados Unidos e Canadá), a Convenção representa o mais completo e significativo mecanismo de proteção normativa dos direitos humanos no continente Americano. Em seu rol de direitos protegidos, encontram-se alguns daqueles que parte da doutrina convencionou considerar como pertencentes à “primeira geração” dos direitos fundamentais⁵⁶⁷.

No que tange aos direitos econômicos, sociais e culturais, a Convenção se limita a determinar que os seus signatários adotem as medidas necessárias à sua efetivação, “tanto no âmbito do direito interno, como mediante cooperação internacional”, nos termos do seu Art. 26. Os chamados direitos da “segunda dimensão” foram, posteriormente, tratados de forma minudente no Protocolo adicional à Convenção (conhecido como Protocolo de San Salvador), adotado pela Assembleia Geral da OEA em 1988, vindo a entrar em vigor após a sua 11ª ratificação, em novembro de 1999.

⁵ Na célebre classificação proposta por Paulo Bonavides (2006), os direitos da “primeira geração” são aqueles relacionados ao valor “liberdade” e foram os primeiros a serem positivados nas constituições modernas. Intrinsecamente relacionados ao Liberalismo Clássico, constituem as “liberdades negativas”, porquanto se consubstanciam na possibilidade de os seus titulares exigirem do Estado o cumprimento do dever de abstenção no tocante a qualquer conduta tendente a lesar as liberdades fundamentais reconhecidas aos seus cidadãos.

⁶ Parte doutrina prefere a expressão “dimensões” para se referir à suposta sucessão histórica entre direitos humanos e fundamentais, a exemplo de Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 55). Para outros, a própria noção de que os direitos podem ser classificados em categorias estanques é questionável, a exemplo de de Cançado Trindade (1997, p. 390).

Conforme Flávia Piovesan (2011, p. 313), cabe aos países signatários da Convenção o dever de “adotar todas as medidas legislativas e de outra natureza que sejam necessárias para conferir efetividade aos direitos e liberdades enunciados”. Portanto, a Convenção Interamericana é fonte de obrigações tanto positivas como negativas, pois ao passo em que impõe a adoção de medidas tendentes a efetivar os direitos ali previstos, também veda aos Estados-partes toda e qualquer postura que lese direta ou indiretamente tais preceitos.

Além de enunciar direitos e garantias, o Pacto de San José estabeleceu um sistema para o seu monitoramento e implementação, composto pela Comissão e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. A primeira delas já foi brevemente tratada na introdução desse estudo; a Corte, por sua vez, é a expressão jurisdicional do Sistema de Proteção Interamericano. Composta por sete juízes indicados e eleitos pelos Estados-parte, ela é detentora de atribuições contenciosas e consultivas, sendo que esta última é facultativa, tendo sido aceita no Brasil após a ratificação, através do Decreto Legislativo nº 89, de 3 de dezembro de 1998.

Pode-se dizer, portanto, que o Pacto de San José exerce, no sistema americano, a mesma função da Convenção Europeia de Direitos Humanos no sistema europeu, qual seja a de instrumento central que, densificando o sistema fundado pela Carta da OEA, não apenas enuncia direitos, mas também cria estruturas políticas e judiciais para a sua efetivação. O seu âmbito de proteção, a semelhança do que ocorre com os demais instrumentos normativos congêneres, não se limita aos cidadãos dos países signatários, alcançando qualquer pessoa que se encontre situada no seu âmbito territorial de validade. Tal conclusão decorre já da análise do Art.1º, 1⁸, do Pacto, tendo em vista que “*sujeitar-se à*

⁸ 1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

jurisdição de um Estado não significa nesse *residir*, mas *nele estar* no momento em que a violação de direitos humanos ocorre” (Mazzuoli, 2012, p. 898).

Vinte e três anos após a sua assinatura e quatorze após a sua entrada em vigor, o Pacto de San José somente foi ratificado pelo Brasil em 1992, promulgado internamente através do Decreto 678, de 06 de novembro daquele ano. Até por sido anterior à Emenda Constitucional nº 45/2004, que conferiu a atual redação ao Art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, a sua incorporação se deu através do procedimento ordinário, que depende tão somente de deliberação por maioria simples do Congresso Nacional (Art. 49, I, c/c Art. 47, ambos da CF/88) e não a maioria qualificada de três quintos em dois turnos de votação, da qual necessitaria para se incorporado com *status* de emenda constitucional.

Nesse contexto, a posição hierárquica da Convenção Americana de Direitos Humanos no ordenamento brasileiro foi durante muito tempo objeto de intensos debates, cujas enormes repercussões práticas sempre foram indúvidas.

Em tópicos subsequentes do presente trabalho, exporemos e analisaremos o posicionamento definitivo adotado pelo Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, com o qual desde já adiantamos não concordar. Com efeito, malgrado tenha dado a resposta mais adequada ao caso concreto posto para a sua apreciação quando o tema surgiu em uma questão incidental na Ação Penal 470, a Suprema Corte se utilizou, a nosso ver e pelas razões que exporemos, de um repertório teórico ultrapassado e insatisfatório em matéria de direitos humanos.

3 AS CONVENÇÕES DE GENEBRA DE 1949 E SUA INCORPORAÇÃO AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Najla Nassif Palma (2008, p. 10) conceitua o Direito Internacional Humanitário como “o ramo do Direito Internacional Público que tem como

objetivo regulamentar a mais excepcional das circunstâncias: a guerra”, destacando que as “suas normas, de origem convencional e consuetudinária, visam restringir meios e métodos de combate e proteger quem não participa, ou não participa mais, das hostilidades”.

A autora destaca, ainda, que historicamente também surgiram outras expressões para se referir a esse ramo do Direito Internacional, tais como “Direito da Guerra” e “Direito Internacional dos Conflitos Armados”, e a escolha por uma ou por outra dependerá essencialmente do costume e do público (idem, p. 14).

É difícil estabelecer as origens remotas do Direito Internacional Humanitário, também conhecido como Direito Internacional dos Conflitos Armados, já que desde a antiguidade houve diversas iniciativas, ainda que incipientes, no sentido de estabelecer regramentos aplicáveis às guerras entre os povos. Mas, certamente, o marco do surgimento desse conjunto de normas com suas feições contemporâneas ocorreu no século XIX.

Em 22 de agosto de 1864, como produto dos esforços de uma comissão reunida em torno de Henry Dunant, um dos fundadores da Cruz Vermelha Internacional e autor da clássica obra “Lembrança de Solferino”, foi assinada, por doze países europeus, a primeira Convenção de Genebra sobre o tema. O seu texto estabeleceu princípios básicos para a proteção de feridos e doentes nas batalhas. Daquela histórica convenção surgiu o Movimento Internacional da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho, que se tornou uma das mais importantes instituições vocacionadas à promoção e difusão do Direito Humanitário.

Ao longo do século XX, diversas outras convenções e protocolos adicionais foram firmadas. As Convenções de Haia de 1899 e 1907, por exemplo, trataram de questões como a condução de hostilidades, o uso de armas e a proteção de civis em tempos de guerra.

Foi em 1949, porém, que nasceram as convenções mais relevantes do Direito Internacional Humanitário, por muitos consideradas como o seu “coração normativo”. Surgindo no contexto de um mundo ainda fortemente impactado pelos horrores da 2ª Guerra Mundial as quatro Convenções de Genebra foram assim divididas: Convenção I – dispõe sobre a proteção de soldados feridos e enfermos durante a guerra terrestre; Convenção II – protege militares feridos, náufragos e enfermos durante a guerra marítima; Convenção III – normas protetivas dos prisioneiros de guerra; Convenção IV – protege os civis em territórios ocupados.

Nas décadas posteriores, foram aprovados três protocolos adicionais, que complementaram as normas das Convenções de 1949, sendo o Protocolo Adicional II, de 1977, o mais famoso, por ter tratado de um tema até então bastante lacunoso: o regramento dos conflitos armados não internacionais.

Os objetivos do presente trabalho não comportam uma análise detida do conjunto dessas normas convencionais, cabendo destacar que elas ainda hoje representam o núcleo central do Direito Internacional Humanitário. As Convenções de Genebra foram ratificadas por 194 países, assegurando-lhe praticamente uma aplicabilidade universal.

O Brasil ratificou esse relevante conjunto de tratados por meio do Decreto nº 42.121, de 21 de agosto de 1957, portanto em um período no qual a discussão sobre a hierarquia assumida pelas normas internacionais ainda se encontrava em um estágio bastante inicial.

Para além de terem sido incorporadas na vigência de uma ordem constitucional anterior, muito antes do regramento estabelecido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, da natureza específica dessas normas surge uma dúvida: prevalecendo o entendimento de que o Direito Internacional Humanitário e o Direito Internacional dos Direitos Humanos são ramos distintos, marcados por princípios e objetivos próprios, seriam aplicáveis às

normas do DIH o mesmo tratamento que a Constituição Federal de 1988 e a jurisprudência do STF conferem aos tratados sobre direitos humanos?

Conforme teremos oportunidade de esclarecer em tópico próprio do presente artigo, entendemos que, independentemente da teoria que se aplique a respeito da relação existente entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Nacional Humanitário, é possível resolver antinomias existentes entre disposições pertencentes a este último e normas do ordenamento interno brasileiro, através de uma metodologia dialógica, sem a necessidade de apelar para os clássicos paradigmas de hierarquização normativa formal.

4 A HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

As constituições brasileiras nunca foram explícitas quanto à hierarquia normativa assumida pelos tratados internacionais na ordem jurídica, após a sua ratificação pelo Brasil, razão pela qual essa delicada e espinhosa tarefa interpretativa ficou a cargo basicamente da jurisprudência do STF, que se dividiu em três momentos: a fase internacionalista; a fase da paridade entre tratados e leis ordinárias federais e a fase atual, que reconhece um *status* diferenciado aos tratados sobre direitos humanos, que podem assumir hierarquia supralegal ou constitucional, a depender da forma pela qual foram incorporados ao ordenamento interno.

Na fase internacionalista, que durou até 1977, a jurisprudência do STF seguia a intuitiva ideia de que, tendo o país assumido determinada obrigação perante a Comunidade Internacional através de um tratado, não poderia a legislação interna contrariar tal dever, sob pena de violação dos princípios da boa-fé e do *pacta sunt servanda*. Flávia Piovesan (2011, p. 114) cita alguns exemplos dessa orientação jurisprudencial, com destaque para o Pedido de

Extradição nº 07 de 1913, quando o STF decidiu pela aplicação de um tratado mesmo havendo lei posterior que o contrariava, e para o acórdão na Apelação Cível 7.872 de 1943, no qual a Corte assentou expressamente que lei posterior a tratado não possuía aptidão para revogá-lo⁹.

A fase internacionalista chegou ao fim em 1977, com o julgamento do Recurso Extraordinário 80.004-SE, de relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque. Naquele precedente, contrariando a sua jurisprudência anterior, o STF decidiu que o conflito existente entre a Lei Uniforme de Genebra e o Decreto-lei 467/1969, no tocante ao registro de nota promissória como pressuposto necessário para a subsistência da responsabilidade do avalista, deveria ser resolvido mediante a prevalência da norma contida no decreto, já que posterior à norma convencional. Em diversos trechos daquele acórdão, é possível perceber uma nítida influência da doutrina dualista, especialmente do jurista alemão Heinrich Triepel (1868-1946).

Nesse sentido destacamos a seguinte passagem do voto do Ministro Cunha Peixoto:

(...) Com efeito, se a Lei Uniforme transformou-se em direito positivo brasileiro, evidente que pode ser modificada ou revogada, como qualquer outro diploma legal. Do contrário, transformar-se-ia qualquer lei que procedesse de algum tratado em super lei, em situação superior à própria Constituição Brasileira. (...) Ademais, não existe, na Constituição, nenhum dispositivo que impeça o membro do Congresso de apresentar projeto que revogue, tácita ou expressamente, uma lei que tenha a sua origem em um tratado. Pode o Presidente da República vetar o projeto, se aprovado pelo Congresso, mas também seu veto pode ser rejeitado. A lei, provinda do Congresso, só pode ter sua vigência interrompida, se ferir dispositivo da Constituição e, nesta, não há nenhum artigo que declare irrevogável uma lei positiva brasileira pelo fato de ter sua origem em um Tratado.

⁹ Interessante destacar que não apenas a jurisprudência, mas também a legislação produzida naquele período parecia buscar inspiração no posicionamento até então adotado pela Suprema Corte, a exemplo do famoso Art. 78 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172 de 25/10/1966), que expressamente declarou a primazia dos tratados em matéria tributária, nos seguintes termos: “Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna e serão observados pela que lhe sobrevenha”.

Aqui o Ministro se referiu à “à lei que tenha a sua origem em tratado” e não ao tratado propriamente dito porque, para a doutrina dualista, as normas de direito internacional e de direito interno pertencem a ordens jurídicas distintas. Assim, da incorporação de um tratado pela ordem jurídica brasileira surgiria uma nova norma de natureza eminentemente interna, que poderia ser livremente modificada ou revogada, como qualquer outra norma nacional, seguindo o regramento estabelecido pelo ordenamento pátrio.

Desta forma, para os dualistas, a contrariedade entre o conteúdo de normas internas e internacionais seria um falso problema, dada a pretensa incompatibilidade lógica de haver real conflito normativo entre dispositivos pertencentes a ordens jurídicas distintas.

A partir dessa nova orientação, que perdurou por décadas, a Suprema Corte passou a considerar que, devido ao silêncio da Constituição Federal acerca do seu *status* hierárquico, os tratados incorporados pelo Brasil seriam nada mais do que leis ordinárias e, nesta condição, poderiam ser modificados ou mesmo revogados pela legislação interna. Para alguns autores que, já na vigência da Constituição Federal de 1988, defendiam o posicionamento até então consagrado pelo STF, essa ideia estaria implícita no próprio texto constitucional, mais especificamente no Art. 105, III, “a”, que, ao menos para a finalidade ali especificada, equipara tratados e leis federais, conferindo a ambos a possibilidade de, quando violados pelas decisões recorridas, servirem como fundamento normativo para embasar Recurso Especial.

Um dos pontos que mais despertavam críticas a essa orientação pretoriana era o fato de que ela não distinguia os tratados comuns, ou seja, aqueles que dispunham acerca de questões comerciais ou congêneres, dos tratados sobre direitos humanos. Tanto assim que no HC 72.131/RJ, julgado em 22/11/1995, o STF, discutindo a possibilidade de prisão civil do depositário infiel, entendeu que, por estar autorizada pela Constituição e se encontrar disciplinada na legislação infraconstitucional, essa modalidade de prisão por

dívidas seria viável em nossa ordem jurídica, mesmo sendo vedada pelo Pacto de San José da Costa Rica¹⁰.

Alegavam os críticos que o procedimento do STF desconsiderava completamente a relevância jurídica, política, histórica e filosófica que torna os tratados sobre direitos humanos instrumentos normativos peculiares e diferenciados em relação às demais normas internacionais. Argumentava-se que isso conflitaria com o espírito da própria Constituição Federal, que além de erigir a dignidade da pessoa humana à condição de fundamento do Estado Brasileiro (Art. 1º, III), possui no parágrafo 2º do Art. 5º uma verdadeira cláusula geral que abriria espaço normativo para a incorporação das disposições dos tratados sobre direitos humanos na condição de verdadeiras normas fundamentais.

Foram necessários muitos anos de debates até que a Suprema Corte finalmente revisse a sua posição, o que ocorreu no histórico RE 466.343, cujo julgamento foi concluído em 03 de dezembro de 2008. O caso concreto em discussão envolvia novamente a controvérsia existente acerca da possibilidade da prisão civil do depositário infiel à luz do Pacto de San José da Costa Rica. Desta vez, porém, seguindo o voto prevalente do Ministro Gilmar Mendes, o STF entendeu pela necessidade de superar a sua tradicional jurisprudência acerca da matéria, adequando o seu entendimento em razão dos novos paradigmas trazidos à nossa ordem constitucional pela EC nº 45/2004, bem como a peculiar natureza dos tratados sobre direitos humanos, unanimemente reconhecida pela doutrina internacionalista em nível global.

371

¹⁰ "Habeas corpus". Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil do devedor como depositário infiel. - Sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do artigo 5º, LXVII, da Constituição de 1988. - Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no § 7º do artigo 7º da Convenção de San José da Costa Rica. "Habeas corpus" indeferido, cassada a liminar concedida. (STF - HC: 72131 RJ, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 23/11/1995, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 01-08-2003.

Decidiu-se que os tratados sobre direitos humanos poderiam ter duas naturezas hierárquicas distintas a depender da forma pela qual foram incorporados ao ordenamento pátrio: possuem natureza de normas constitucionais, quando internalizados através do procedimento previsto no § 3º do Art. 5º da CRFB/88¹¹, e natureza infraconstitucional, porém supralegal nos demais casos. Forte nessas razões, por unanimidade o Pleno do STF concluiu pela vedação à prisão civil por dívida de alienação fiduciária em garantia, com fulcro no Art. 7º, parágrafo 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual deve prevalecer sobre as disposições de normas legais brasileiras em sentido contrário¹².

Em que pese seja inegável o histórico avanço representado por esse novo posicionamento, o Supremo perdeu uma excelente oportunidade de avançar ainda mais na matéria. A maior parte da doutrina internacionalista defende que o ideal seria reconhecer o caráter materialmente constitucional de tais tratados, independentemente do seu quórum de aprovação (tese defendida pelo Ministro Celso de Mello e que acabou derrotada). Sustenta-se, ademais, que a tese da supralegalidade simplesmente carece de base normativa e, na condição de um “meio termo” vacilante, contraria todas as teses clássicas formuladas acerca do tema¹³.

De fato, a desigualação de instrumentos internacionais cujo fundamento ético (e num certo sentido até mesmo jurídico, diríamos) é

¹¹ § 3º *Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.* (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

¹² PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentância da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. (STF - RE: 466343 SP, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 03/12/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJE-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06

¹³ Dentre outros, é como se posiciona Mazzuoli (2012, p. 386).

exatamente o mesmo¹⁴, além de indesejável por razões práticas, também não parece ser a melhor solução do ponto de vista de uma interpretação sistemática, que deve levar em consideração o ordenamento jurídico em sua integridade. Embora adequada no que tange às suas consequências práticas, a decisão do STF peca por permanecer atrelada ao dogma da supremacia formal absoluta da Constituição, como se esta fosse o único e definitivo fundamento de validade asseguradora da eficácia das disposições internacionais sobre direitos humanos no âmbito interno.

Em certos casos, é preciso superar os paradigmas de hierarquia formal no caso de antinomia aparente entre disposições normativas que, malgrado antagônicas semanticamente, convergem em seu aspecto teleológico protetivo da dignidade humana. Cremos esse desiderato pode ser alcançado através da utilização de uma forma reconfigurada do já célebre princípio internacional *pro homine*. No próximo tópico apresentaremos os fundamentos teóricos da nossa proposta para em seguida demonstrar a sua aplicabilidade prática.

373

5 O PRINCÍPIO INTERNACIONAL *PRO HOMINE* E O DIÁLOGO DAS FONTES COMO MÉTODO RESOLUTIVO DE ANTINOMIAS APARENTES

O secular debate acerca da relação existente entre normas internas e internacionais se concentrou basicamente em duas posições doutrinárias antagônicas, hoje de importância mais histórica e acadêmica do que prática¹⁵: o dualismo e o monismo, este último subdividido em uma vertente nacionalista e outra internacionalista. Em apertada síntese, a diferença entre essas duas

¹⁵ Como adverte Mazzuoli (2012, P.78), hodiernamente as teorias tradicionais que pretenderam responder essa questão se encontram ultrapassadas e as eventuais situações que envolvem o problema vêm sendo resolvidas por um viés mais pragmático, através de respostas concretas. Destaca, porém, que “notadamente na *era dos direitos humanos* que agora se atravessa, é possível agregar às doutrinas tradicionais (notadamente ao monismo), métodos mais aptos a resolver os problemas que a pós-modernidade apresenta”.

compreensões reside na compreensão do Direito internacional e dos direitos internos como ordens jurídicas distintas e separadas (posição dualista)¹⁶ ou como ramos diferentes de uma única ordem jurídica (posição monista)¹⁷.

Para os dualistas, a existência de hierarquia entre ordenamentos nacionais e o Direito das Gentes seria um falso problema. De fato, por serem simultaneamente válidas em âmbitos absolutamente autônomos e independentes, normas internas e internacionais jamais poderiam conflitar entre si (haveria uma impossibilidade absoluta da ocorrência de antinomias nesses casos), a perquirição acerca da existência de hierarquia entre elas seria tão ilógica quanto carente de qualquer utilidade. Já para os monistas, haveria prevalência das normas nacionais ou internacionais, a depender da vertente adotada, se nacionalista ou internacionalista, respectivamente.

O dualismo sempre foi objeto de muitas críticas, a maioria delas concernindo à compreensão de que seria possível uma cisão absoluta entre o Ordenamento Internacional e os ordenamentos internos, além da proposição segundo a qual duas normas antinômicas em absoluto podem ter a sua validade jurídica simultaneamente reconhecida (o que violaria, segundo os críticos, princípios fundamentais da Teoria Geral do Direito). Já as críticas ao monismo em suas duas vertentes estão mais relacionadas às consequências negativas dos postulados de cada uma delas, especialmente no âmbito de sua aplicação em matéria de direitos humanos e outras áreas sensíveis, que demandam a substituição da lógica da hegemonia hierárquica por modelos mais cooperativos.

¹⁷ Os adeptos do Monismo defendem que o Direito Internacional e o Direito interno são ramos distintos de um único sistema jurídico. Hans Kelsen (2009, p. 379) foi um dos precursores e maiores expoentes dessa doutrina, que tem a visão das normas internas e internacionais enquanto um todo unificado e sistematicamente organizado como um dos seus pilares. Segundo essa concepção, as normas de Direito internacional podem ser diretamente aplicadas no âmbito interno dos Estados, independentemente da observância de qualquer “procedimento de incorporação” previsto pelas legislações internas. Ademais, os monistas preconizam a objetividade das fontes do Direito, em contraposição ao voluntarismo (compreensão da vontade Estatal como única fonte produtora de normas jurídicas) inerente à doutrina dualista.

É justamente para suprir essa necessidade, dentre outras demandas, que Valério Mazzuoli elaborou a sua tese intitulada “Rumo às novas relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno: da exclusão à coexistência, da intransigência ao diálogo das fontes”¹⁸. Naquele trabalho, o autor realizou um amplo estudo acerca das relações entre o Direito Interno e o Direito Internacional, notadamente em matéria de direitos humanos. Após uma percuciente demonstração da insuficiência dos métodos hermenêuticos tradicionais para a solução dos conflitos normativos envolvendo tais ramos do saber jurídico, chegou a relevantes conclusões, dentre as quais destacamos uma: nas antinomias existentes entre normas de direito interno e normas internacionais protetivas de direitos humanos, deve-se adotar uma interpretação que integre as fontes normativas envolvidas (ao invés de excluir uma delas) para que prevaleça, dentre as possíveis soluções, aquela que seja mais favorável ao ser humano. Tal intento somente se revela viável através do diálogo das fontes normativas, o qual necessariamente deve levar em conta a sua dimensão substancial e protetiva dos direitos envolvidos¹⁹.

Frise-se que o princípio da norma mais favorável não significa a total abolição da noção de hierarquia entre normas em matéria de direitos humanos. A compreensão da superioridade de certas normas internacionais, enquanto verdadeiros preceitos imperativos ou *Jus Cogens*, permanece sendo como uma das mais importantes teses do universo jurídico contemporâneo. Entretanto, em matéria de direitos humanos, os modelos tradicionais de hierarquia não se mostram satisfatórios como critérios resolutivos de antinomias. Nesse tronco do ordenamento jurídico, nasce um novo modelo de justaposição de normas, caracterizado como “uma hierarquia de valores, ou

¹⁸ A versão revista da Tese deu origem ao livro “Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno”, publicado pela primeira vez em 2010, pela Editora Saraiva.

seja, substancial ou material, em contraposição à ultrapassada hierarquia meramente formal, de cunho intransigente” (Mazzuoli, 2010, p. 110).

Essa proposta foi denominada pelo seu autor de “Monismo Internacionalista Dialógico”, pois apesar de defender a supremacia das normas internacionais, utiliza o diálogo das fontes como mecanismos para que essa ascendência tenha um caráter substancial e axiológico, em vez de exclusivamente formal.

Fixadas tais premissas, partimos para a nossa proposta acerca do meio mais adequado se aplicar o princípio *pro homine* em casos concretos. Aqui, um dos desafios que se coloca é não permitir que a compreensão sobre qual das normas em conflito semântico é a mais favorável à pessoa humana possa variar exclusivamente ao alvedrio do intérprete.

Um caminho relativamente seguro para a consecução desse objetivo é aquele que se inicia com a identificação das funções eficaciais das normas envolvidas, para que depois se conclua qual enunciado, no caso concreto, terá melhores condições de atender às suas finalidades protetivas.

Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2010, p. 168-169). Identifica três espécies de funções da eficácia no plano da realização normativa. Cada uma delas identifica uma determinada forma de resguardo dos bens ou valores jurídicos que fundamentam as normas respectivas, são as funções de resguardo, de bloqueio e de programa.

Após identificada a função protetiva preponderante de cada uma das normas em conflito, passamos à análise de qual delas, diante das peculiaridades do caso concreto, possui melhores condições de realizar o seu escopo protetivo. Neste ponto duas situações podem se apresentar ao intérprete. A primeira delas ocorre quando, embora exista um conflito semântico entre proposições normativas, há convergência entre suas dimensões substancial e teleológica, hipótese em que deve ser dada prevalência, em princípio, àquela de caráter protetivo mais abrangente ou que

tenha melhores condições de realização do seu escopo protetivo diante das peculiaridades do caso concreto. Aqui o princípio *pro homine* estará realizando a função que denominamos de “resolutiva de antinomias aparentes”.

Caso a divergência diga respeito a dimensões teleológicas protetivas tanto direta como indiretamente de bens jurídicos distintos ou pertencentes a titulares diversos, o princípio *pro homine* não poderá ser apresentado como uma solução para o conflito, mas exercerá um importante papel prefacial na delimitação do alcance de proteção das normas envolvidas, o que facilitará a aplicação posterior da conhecida técnica da ponderação de interesses. Denominamos essa função alternativa de “delimitativa” ou “auxiliadora da ponderação”.

Interessante notar que a impossibilidade de o princípio *pro homine* resolver, por si só, os problemas ensejados por esse segundo grupo de casos leva importantes autores a questionarem até mesmo a sua utilidade concreta²⁰.

Entendemos como já mencionado acima, que mesmo nos casos em que a solução mediante a aferição da norma mais favorável à pessoa humana não se mostrar viável como método resolutivo, ela fornecerá importantes subsídios para que o intérprete possa aplicar outras técnicas de resolução, notadamente a ponderação de interesses.

Essa “função delimitativa” terá importante papel principalmente nos casos envolvendo antinomias complexas, quando pode ser mais conveniente ao intérprete/aplicador compreender o sentido substancial e o alcance teleológico de todo o complexo normativo envolvido no conflito “em bloco” (v.g. bloco de normas constitucionais de um lado e normas convencionais do outro), como etapa preambular à ponderação. O que se colocará como objetivo desta última é a interpretação mais favorável ao ser humano que

²⁰ É o caso de André de Carvalho Ramos (2016, p.151; 2017, p. 108/109).

possa resultar da análise global de cada um dos complexos normativos envolvidos.

6 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO *PRO HOMINE* ÀS ANTINOMIAS APARENTES ENVOLVENDO CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, NORMAS PROCESSUAIS PENAIS E O PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA

378 Neste momento do estudo apresentaremos exemplos concretos de aplicação da metodologia proposta envolvendo antinomias aparentes existentes entre normas constitucionais e legais brasileiras de um lado e dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos do outro. O primeiro caso a ser analisado é aquele que se tornou responsável pela já analisada “virada jurisprudencial” ocorrida no STF em 2008, ou seja, o aparente conflito existente entre o art. 7º, nº 7 do Pacto de San José da Costa Rica e o art. 5º, LXVII, da CRFB/88 e as normas infraconstitucionais que, encontrando fonte de legitimação neste último admitiam a prisão civil do depositário infiel.

Para compreendermos qual é a função eficaz da norma contida no art. 7, parágrafo sétimo, da Convenção Americana, precisamos entender a sua dimensão histórica, visto que ela reproduz um preceito milenar e tido por muitos como uma das maiores e mais importantes conquistas humanitárias da Civilização Ocidental: a vedação de que um ser humano possa ser preso com o fito de coerção para pagamento de seus débitos, como se o direito à liberdade e interesses meramente patrimoniais fossem bens jurídicos equiparáveis e intercambiáveis entre si²¹. Portanto, a sua função eficaz primária é o resguardo da liberdade humana, sendo esta um bem jurídico aprioristicamente mais valioso do que interesses meramente creditícios, sobre estes últimos devendo preponderar como regra geral.

²¹ É nesse sentido a lição de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2011, p. 57/58)

Por outro lado, a norma estabelecida pelo art. 5º, LXVII, da Constituição Federal também possui a função eficaz de resguardo da liberdade humana como preponderante, o que se infere até mesmo pela sua posição no rol de direitos individuais elencados pela Carta Magna. Frise-se que essa é a única compreensão capaz de explicar por qual razão, mesmo entendendo que o Pacto de San José da Costa não possui natureza de norma constitucional, o Supremo Tribunal Federal entendeu que ele foi capaz de, na condição de norma supralegal, subtrair validade e eficácia à previsão de prisão civil no caso do depositário infiel. Em outras palavras, como a CRFB/88 autoriza, porém não obriga a previsão do instituto da prisão civil do depositário infiel, o Pacto de San José, mesmo sendo norma hierarquicamente inferior, pôde “bloquear” essa eficácia autorizativa do dispositivo constitucional, invalidando as normas legais que instituíam essa modalidade de prisão civil.

Embora, por razões já explanadas, entendamos que o caminho argumentativo percorrido pelo STF não foi o mais adequado, a conclusão e suas repercussões práticas são irrepreensíveis. Isso porque como se tratam de duas normas protetivas do mesmo bem jurídico, a contrariedade semântica decorrente da ressalva feita pela norma constitucional quanto à sua não aplicação no caso do depositário infiel não se caracteriza, em verdade, como uma antinomia real, já que se deve privilegiar a dimensão teleológico-substancial de ambas. Nesse caso, evidentemente, a prevalência deve ser dada à norma de escopo protetivo mais abrangente, ou seja, àquela prevista pela Convenção.

A crítica que fazemos é quanto ao exame deficiente de certas nuances que a solução hierarquizante impediu que fossem melhor visualizadas, a exemplo dos casos de prisão de depositário infiel quando o direito discutido em juízo possui natureza alimentar. Entendemos que a prisão civil, neste caso, não viola o núcleo essencial nem da norma constitucional nem da norma do Pacto de San José, desde que passe pelo teste da ponderação, ou seja, mostre-se como

medida necessária, adequada e proporcional em sentido estrito para a proteção do bem pretendido, que neste caso será a própria subsistência do credor.

Raciocínio bastante semelhante pode ser aplicado à controvérsia envolvendo as normas brasileiras que dispõem acerca do foro por prerrogativa de função e o art. 8º, 2, “h” da Convenção Americana de Direitos Humanos²².

Podemos resumir o problema da seguinte forma: embora o referido dispositivo convencional consagre o direito ao duplo grau de jurisdição em matéria penal, sem estabelecer qualquer exceção expressa, no caso das ações penais para as quais a CRFB/88 estabelece competência para julgamento originária ao STF, órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, havendo condenação estará completamente suprimido o direito do réu a recorrer a “juiz ou tribunal superior”.

A questão se torna ainda mais delicada no caso dos corréus que não ocupam cargos detentores de prerrogativa de função, mas que são julgados pelo STF em virtude das hipóteses de conexão e continência previstas nos arts. 76 e 77 do Código de Processo Penal. Isso porque, como o próprio STF entende que o Pacto de San José da Costa Rica possui natureza hierárquica supralegal, há quem defenda que seriam admissíveis as exceções ao princípio do duplo grau de jurisdição previstas diretamente na Constituição Federal, porém jamais as estabelecidas exclusivamente pela legislação infraconstitucional, como é o caso das suprarreferidas hipóteses elencadas no Código de Processo Penal.

Essa matéria foi debatida na famosa Ação Penal 470²³, mas o STF manteve o seu entendimento tradicional, rejeitando a questão de ordem que solicitava a separação de processos para que os réus não detentores de foro por

²² Artigo 8º - *Garantias judiciais* (...) 2. *Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.*

²³ Apenas três dos trinta e oito réus julgados naquele processo possuíam “foro privilegiado” na data do julgamento: os então deputados federais João Paulo Cunha (PT-SP), Pedro Henry (PP-MT) e Valdemar Costa Neto (PR-SP).

prerrogativa de função pudessem ser julgados por juízos de primeira instância. Os argumentos, entretanto, gravitaram basicamente em torno de referências à jurisprudência do Tribunal (mesmo jamais tendo sido examinada a controvérsia à luz do Pacto de San José) e à Súmula 704²⁴. O entendimento do Supremo discrepa por completo do esposado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que ao julgar o Caso Barreto Leiva, em novembro de 2009, entendeu que a República Bolivariana da Venezuela violou o Art. 8º, 2, “h” do Pacto de San José da Costa Rica em razão do julgamento originário pela Suprema Corte daquele país de um cidadão que não detinha foro por prerrogativa de função²⁵.

Entendemos que a contrariedade entre as normas definidoras do foro por prerrogativa de função e o direito ao duplo grau de jurisdição é apenas semântica, visto que as suas funções eficaciais primárias, de resguardo, coincidem em seu declarado objeto de proteção: o devido processo legal. No primeiro caso, busca-se preservar o cargo e o seu ocupante já que, supostamente, as instâncias judiciais inferiores estariam mais sujeitas a sofrer pressões externas, especialmente de natureza política, o que poderia comprometer não apenas o adequado exercício do cargo público, como até mesmo o direito do acusado a um julgamento imparcial²⁶. No caso do direito ao duplo grau de jurisdição, a função protetiva se manifesta na exigência, como regra, de uma vedação do julgamento em instância única, o que minora as possibilidades de erro judicial em prejuízo do réu. Essa convergência teleológica é uma das razões que levaram o julgamento penal originário pela Suprema Corte a ser uma das

²⁴ “Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados”.

²⁵ A decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos foi divulgada em 17 de novembro de 2009, reconhecendo grande parte das violações imputadas à República Bolivariana da Venezuela. Íntegra da decisão disponível em http://www.tc.gob.pe/corte_interamericana/seriec_206_esp.pdf. Acesso em 20/06/2014.

exceções expressamente previstas no Sistema Europeu de Direitos Humanos²⁷ à exigência do duplo grau de jurisdição.

Diante desse cenário, estamos de acordo com o posicionamento assumido pelo STF, embora, como expusemos, por razões completamente distintas daquelas apresentadas pelos Ministros na Ação Penal 470. Uma advertência, porém, necessita ser feita. Em matéria de controle de convencionalidade, quando o parâmetro de controle é o Pacto de São José da Costa Rica, nos termos do próprio tratado, a última palavra deve ser dada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, a sua intérprete por excelência. Na concretização dos direitos humanos e fundamentais, o diálogo das cortes é tão importante quanto o diálogo das fontes normativas. E nesse campo ainda há muito a se avançar.

Por fim, passamos ao exame da alegada contrariedade ao princípio da legalidade, à competência privativa da União para legislar sobre matéria processual e ao princípio da separação dos poderes que, segundo alguns, representaria a regulamentação direta, por atos infralegais expedidos por tribunais e pelo Conselho Nacional de Justiça, do disposto no Artigo 7º, parágrafo 5º, do Pacto de San José da Costa Rica²⁸. Como cediço, o referido dispositivo convencional estabelece a realização das chamadas “audiências de custódia” como um direito de todos os presos em flagrante delito, sendo evidente a sua função eficaz primária de resguardo do direito à liberdade do investigado e do devido processo legal.

²⁷ Mais especificamente no Art. 2º, 2, do Protocolo nº 7 à Convenção Europeia de Direitos Humanos. Se por um lado não existe vinculação necessária entre as normas de sistemas de proteção regional distintos, por outro não se pode negar o importante papel interpretativo que tais instrumentos podem exercer uns em relação aos outros. Esse diálogo entre fontes normativas de sistemas distintos é um instrumento imprescindível na concretização do princípio da universalidade em matéria de direitos humanos.

²⁸ “*Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo*”.

Apesar disso, foram necessárias constrangedoras duas décadas desde a ratificação da Convenção Americana para que a norma em questão começasse a ser concretizada pelo Estado Brasileiro. Malgrado tramite no Congresso o PL 554/2011, que pretende regulamentar a matéria, esse processo de efetivação somente foi instaurado por iniciativa de alguns tribunais que, incentivados pelo Conselho Nacional de Justiça, passaram a disciplinar as audiências de custódia por meio de provimentos administrativos e resoluções. Em 15/12/2015, o próprio CNJ publicou a Resolução n° 213, destinada a regulamentar as audiências de custódia em âmbito nacional²⁹. O ato entrou em vigor no dia 01/02/2016.

Ao julgar uma ADI³⁰ proposta em face de um desses atos infralegais, o STF rechaçou a alegação de inconstitucionalidade, sob o fundamento principal de que, como a obrigatoriedade da realização das audiências de custódia está prevista no Pacto de São José, norma de hierarquia supralegal que sustou a eficácia de todos os dispositivos legais com ele incompatíveis, as resoluções dos tribunais não inovaram na ordem jurídica, o que torna insubsistente as alegações de violação ao princípio da legalidade.

Entendemos que, ainda que se pudesse contornar esse relevante argumento, as conclusões do STF deveriam ser mantidas, visto que as funções eficaciais de todas as normas tidas por violadas (princípios da legalidade e da separação de poderes, limites de competência em matéria processual penal etc.) convergem na tarefa de proteger o cidadão do arbítrio e da possibilidade de abuso do poder estatal. Com efeito, a função eficaz dos

383

²⁹ Conforme o art. 1° daquele ato normativo: Art. 1° Determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão.

³⁰ ADI n° 5240, ajuizada em face do Provimento Conjunto n° 03/2015, que foi editado para regulamentar as audiências de custódia no âmbito dos juízos subordinados ao Tribunal de Justiça de São Paulo.

princípios constitucionais limitadores do poder estatal, em regra, possui natureza de bloqueio com relação às condutas implícita ou explicitamente vedadas e de resguardo no que toca a certos direitos e garantias fundamentais do cidadão. A liberdade ambulatorial, por óbvio, é um dos bens jurídicos defendidos pela dimensão teleológico-substancial dessas normas, sendo esta a mesma liberdade que a Convenção Americana buscou preservar ao instituir a obrigatoriedade da realização das audiências de custódia, cuja finalidade precípua é a de evitar que prisões desnecessárias se prolonguem no tempo.

Diante desse contexto, forçoso concluir que, como não há contrariedade teleológico-substancial entre tais dispositivos internos e a determinação do Pacto de San José que consagra a obrigatoriedade da realização das audiências de custódia, a norma que deve prevalecer é aquela que melhor realiza o seu escopo protetivo em cada situação concreta.

E no presente caso, até por se tratar de dispositivo mais específico e ampliador do rol de garantias fundamentais do cidadão, é inequívoco que a norma convencional é a que deve preponderar, ainda que fossem superados todos os demais fortes argumentos que sustentam essa posição.

Tanto neste como nos demais casos examinados no presente trabalho, constata-se que não existe conflito normativo real, mas tão somente uma contrariedade aparente entre enunciados semânticos, sanável através da definição do sentido substancial das normas envolvidas, prevalecendo aquela que melhor atende a esse propósito comum, sempre se levando em consideração as peculiaridades de cada situação concreta.

Cabe destacar, por fim, que a celeuma foi definitivamente resolvida com a edição da Lei n° 13.964, de 24 de dezembro de 2019, a qual, dentre diversas outras disposições, positivou no Código de Processo Penal a obrigatoriedade da realização das audiências de custódia. A questão permanece como um registro histórico de mais uma antinomia aparente que

poderia ser solucionada através da aplicação do diálogo das fontes e do princípio *pro homine*.

7 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO *PRO HOMINE* ÀS RELAÇÕES ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO E O DIREITO INTERNO

Najla Nassif Palma identifica três posições firmadas a respeito das relações entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional Humanitário: “doutrina integracionista”, que defende a fusão entre os dois ramos, “doutrina separatista”, que condena qualquer justaposição entre DIDH e DIH, e “doutrina complementarista”, que “embora defenda a distinção entre o DIH e o DIDH pelas suas lógicas e princípios diferenciados, admite pontos de contato entre os dois ramos do Direito, os quais devem se completar a fim de proporcionar uma proteção mais abrangente ao indivíduo” (2008, p. 27).

Importante destacar que não se trata de uma discussão exclusivamente teórica, visto que, a depender da posição adotada, relevantes consequências práticas exsurtem quanto à aplicabilidade das normas de Direito Humanitário no Brasil. Caso se entenda que os tratados de DIH são normas sobre direitos humanos, conclui-se que podem ingressar no ordenamento brasileiro como normas constitucionais, caso passem pelo procedimento definido e, nos demais casos, o seu ingresso se dará na condição de normas infraconstitucionais, porém dotadas de suprallegalidade, na forma da multicitada jurisprudência do STF.

O tema é complexo e repleto de nuances, porém defendemos que a aplicação do princípio *pro homine* pode funcionar como uma ferramenta importante na solução de problemas concretos que surjam de aplicação simultânea de normas do DIDH, do DIH e do Direito interno, sem que necessariamente seja preciso recorrer ao tradicional critério hierárquico.

Na seara penal militar, há muitos potenciais conflitos desse tipo, já que, em que pese seja signatário das Convenções de Genebra de 1949 há mais de seis décadas e tenha ratificado também o Estatuto de Roma, o Brasil ainda não cumpriu a obrigação de positivizar os crimes de guerra em seu ordenamento interno.

Desta forma, é natural o surgimento de antinomias aparentes entre o Direito Penal Militar, notadamente quanto aos crimes militares em tempo de guerra, e as disposições das Convenções de Genebra, como decorrência da própria diferença de propósitos entre esses dois sistemas normativos.

As normas internas que instituem os crimes militares em tempo de guerra buscam especialmente resguardar a integridade e a capacidade operacional das forças militares em combate, ao passo em que o escopo protetivo primordial das normas do Direito Humanitário, ao menos na vertente do Direito de Genebra, abrange justamente aqueles que se enquadram no conceito de pessoas fora de combate, tais como os civis que não tomam parte nas hostilidades, os feridos e os prisioneiros de guerra.

Um exemplo claro disso é o art. 395 do Código Penal Militar, que criminaliza a conduta do prisioneiro de guerra que, após se evadir, volta a tomar parte nas hostilidades contra o Brasil ou Estado aliado. Em que pese o próprio parágrafo único do dispositivo em questão disponha que em sua aplicação deverão ser considerados os tratados e as convenções internacionais incorporados pelo Brasil relativamente ao tratamento dos prisioneiros de guerra, é manifesto o seu confronto com o que dispõe o art. 91 da III Convenção de Genebra, o qual prescreve que os prisioneiros de guerra que conseguirem se evadir e forem novamente capturados não serão punidos por sua evasão anterior.

Poder-se-ia objetar que o dispositivo legal em questão não tipifica como crime a evasão em si, mas sim a conduta do fugitivo que volta a pegar em armas contra o Brasil ou país aliado em tempo de guerra. Ocorre que esse

argumento não convence. Primeiramente porque a evasão em si mesma é uma das elementares do tipo penal. Em segundo lugar, mesmo que assim não fosse, punir um combatente tão somente por haver tomado parte nas hostilidades também contraria a Terceira Convenção de Genebra.

Pensamos que esse aparente conflito pode ser solucionado através do princípio *pro homine*, independentemente de considerações a respeito do *status* hierárquico com o qual teriam sido incorporadas as Convenções de Genebra pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Embora, como visto, os propósitos normativos dos crimes militares em tempo de guerra sejam muito diferentes daqueles que regem o Direito Humanitário, o parágrafo único do art. 395 do CPM funciona como o que denominamos no presente estudo de “cláusula de diálogo” ou “cláusula de abertura”, estabelecendo uma função de resguardo com relação aos direitos dos prisioneiros de guerra reconhecidos em normas internacionais.

Desta forma, aqui não importa perquirir qual das duas normas possui hierarquia superior (critério hierárquico), é mais recente (critério temporal) ou mesmo mais específica (critério da especialidade), mas sim qual delas realiza melhor o seu escopo protetivo. E, sem dúvidas, o art. 91 da Terceira Convenção de Genebra defere proteção maior aos prisioneiros de guerra, devendo prevalecer em relação à disposição do art. 395 do Código Penal Militar, considerando-se, por conseguinte, formal e materialmente atípica a conduta nele descrita.

Aplica-se aqui o que o STF denominou de “eficácia paralisante” da norma internacional. É dizer, enquanto o Brasil for signatário das Convenções de Genebra de 1949, o tipo penal previsto no art. 395 não subsistirá, para qualquer efeito. Veja-se que o método dialógico permite que cheguemos a essa conclusão, independentemente da avaliação de eventual existência de hierarquia entre a referida norma internacional e o Código Penal Militar.

Perceba-se, ainda, que a aplicação dos métodos tradicionais, a depender da teoria adotada, poderia levar a uma situação de notável insegurança jurídica. Caso se entenda, na linha da doutrina separatista, que os tratados do Direito Humanitário não são, tecnicamente, normas sobre direitos humanos, uma das consequências dessa compreensão seria a conclusão de inexistência de hierarquia entre tais tratados e as leis ordinárias brasileiras, forma com a qual o Código Penal Militar foi recepcionado pela CRFB/88. Diante disso, surgiria a dúvida sobre qual critério aplicar, o cronológico, já que o CPM, publicado em 1969, é posterior às 3ª Convenção de Genebra, incorporada pelo Brasil em 1957, ou o critério da especialidade, visto que a norma convencional é mais específica no tocante ao tratamento que deve ser dispensado aos prisioneiros de guerra.

388 Convém destacar, por fim, que, ante as premissas postas nos tópicos anteriores, o método do diálogo das fontes com a prevalência da norma mais favorável se torna possível, neste caso, ante a presença da cláusula de abertura contida no parágrafo único do dispositivo legal. Se essa cláusula não existisse, ante a divergência de objetivos entre o caput do art. 395 do CPM e as disposições da 3ª Convenção de Genebra, caberia ao intérprete buscar uma solução através de outras técnicas.

8 CONCLUSÃO

Antes vistos como realidades normativas autônomas, atuantes em âmbitos de validade dissociados, os diferentes ramos do Direito Internacional e o Direito interno cada vez mais passam a ser compreendidos como inseparáveis aliados na concretização dos direitos mais básicos da pessoa humana.

Essa realidade se reflete na multiplicação das chamadas “cláusulas de abertura” em instrumentos internacionais protetivos dos direitos humanos,

tendo como principal desiderato impedir que critérios formalistas de interpretação reduzam o nível de proteção assegurado à pessoa humana, garantindo-se que as únicas interpretações possíveis dessas normas são aquelas que ampliam e fortalecem os direitos nelas consagrados, jamais aquelas que os restrinjam ou diminuam.

Há diversos exemplos dessas cláusulas de abertura espalhados pelo ordenamento jurídico, tanto em normas internacionais, como é o caso do art. 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, como em normas internas, v.g., o art. 5º, § 2º, da CRFB/88 e até mesmo o art. 395, parágrafo único, do Código Penal Militar.

As contribuições teóricas trazidas pelo Monismo Internacionalista Dialógico fornecem importantes subsídios analíticos para que sejam estabelecidas as consequências teóricas e práticas dessas mudanças.

Essa revolução paradigmática não é possível sem uma profunda revisão dos métodos tradicionais para a resolução de antinomias. Sendo certo que a conveniência de se recorrer ao critério hierárquico e demais critérios tradicionais permanece intacta em determinadas situações, não é menos verdadeiro que isso não se aplica quando estão em jogo normas que envolvem a proteção de direitos humanos e/ou fundamentais em ambos os polos antinômicos.

É nesse contexto que adquire importância ímpar a aplicação do princípio *pro homine* como um substitutivo dos critérios formalistas em tais situações. Conforme propusemos, a definição de qual norma é a mais favorável ao ser humano deve ser precedida de uma análise das suas funções eficaciais, de modo a se verificar o quanto se aproximam ou distanciam do sentido teleológico dos enunciados semanticamente antagônicos.

Em casos nos quais os objetos de proteção são completamente distintos, faz-se necessário a aplicação de técnicas específicas, a exemplo da ponderação de interesses, e a contribuição do princípio *pro homine* limitar-se-

á à sua função delimitativa do significado e alcance teleológico das proposições normativas conflitantes.

Quando, porém, concluir-se pela aproximação de sentidos protetivos, passa-se à fase seguinte, consubstanciada nas considerações acerca de qual norma, nas circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto, melhor protege o ser humano. Nessa hipótese o princípio em questão estará exercendo a sua função resolutiva de antinomias, as quais, em verdade, são meras antinomias aparentes, visto que nelas a contrariedade normativa se restringe exclusivamente ao campo semântico.

Analisando o histórico da jurisprudência do STF, concluiu-se ter sido um inegável avanço o acolhimento por aquela Corte da tese que defende a natureza supralegal dos tratados sobre direitos humanos não incorporados ao ordenamento com *status* de emendas constitucionais. Tal concepção, entretanto, não responde satisfatoriamente a todos os problemas suscitados pela atual fase da relação entre direitos humanos e fundamentais. Isso porque, embora confira importância à dimensão substancial dessas normas para a definição da sua hierarquia formal, continua dependendo desta última como um critério inflexível, abstrato, e, portanto, inadequado para a solução de antinomias nas quais o aspecto mais controverso reside não no plano dogmático-formal, mas sim no plano axiológico e substancial. Reputamos fundamental que a noção de hierarquia formal seja complementada e, em certos casos, relativizada pelo princípio da norma mais favorável, consagrando a supremacia do substancial sobre o formal quando o conflito semântico ocorrer entre normas de escopos protetivos convergentes.

No presente trabalho, aplicamos essas conclusões teóricas a situações práticas envolvendo conflitos ou antinomias aparentes envolvendo de um lado normas internas e de outro normas oriundas não apenas do Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas também de outros

relevantes ramos do Direito Internacional Público, a exemplo do Direito Internacional Humanitário.

Conforme exposto na análise dessas situações, em cada caso concreto o exame das nuances e circunstâncias específicas, tanto fáticas como normativas, é fundamental para o estabelecimento de qual norma ou conjunto normativo deve prevalecer à luz do princípio *pro homine*.

Trata-se de uma forma de interpretação e aplicação do Direito que, ao lado de outras técnicas, pode colaborar decisivamente para, relativizando o outrora absoluto império da hierarquia formal, consagrar uma nova noção de hierarquia, na qual a dimensão substantiva da norma valha mais que a sua origem ou *status* formal.

O princípio *pro homine* e o necessário diálogo das fontes resultante da sua aplicação, se bem utilizados, podem funcionar como mais um importante instrumento não apenas de harmonização da interpretação e da aplicação de sistemas normativos distintos, mas também de maximização da efetividade dessas diversas ordens jurídicas, na consecução de objetivos comuns.

Como toda revolução paradigmática, isso inclui relativizar certas noções enraizadas na doutrina e na jurisprudência clássicas, superando-se o apego aos critérios formalistas, compreendendo-se definitivamente a sua inadequação para resolver casos como os analisados neste estudo.

A interpretação dialógica e a “hierarquia substancial” apontam para um novo horizonte de compreensões, que podem levar a respostas mais completas e coerentes a problemas cada vez mais cotidianos com os quais se deparam os intérpretes e aplicadores do Direito, envolvendo a aplicação simultânea de normas de distintas ordens jurídicas, porém igualmente aplicáveis ao caso concreto analisado.

Na esfera penal, a aplicação adequada dessas ferramentas possibilita não apenas a maximização das garantias processuais do acusado, mas

também uma melhor delimitação do alcance das normas materiais, evitando soluções incoerentes, como a criminalização no âmbito interno de um ordenamento jurídico de condutas inseridas no escopo de normas protetivas no plano internacional.

O diálogo das fontes normativas, com a aplicação do princípio *pro homine*, mostra-se capaz de resolver questões que podem constituir verdadeiros impasses ou aporias caso o intérprete ou aplicador se prenda exclusivamente aos métodos interpretativos tradicionais. Trata-se de uma ferramenta a mais para a concretização de um objetivo comum às mais diversas ordens jurídicas que normatizam o nosso cotidiano: maximizar a proteção da dignidade humana, o elemento estruturante e justificante da própria ideia de Direito.

392

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Decreto Legislativo 27, de 25 de setembro de 1.992. Aprova o texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José) celebrado em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, por ocasião da Conferência especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. *Diário Oficial da União*, Brasília, 25 set. 1992.

BRASIL. *Human Rights Education Associates*. O sistema dos Direitos Humanos das Nações Unidas. Disponível em: http://www.hrea.org/index.php?doc_id=439. Acesso em: 01 maio 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510. Autor: Ministério Público Federal. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 29 de maio de 2008. *DJe-096* DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00134.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 54. Autor: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 12 de abril de 2012. ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 8004 SE. Recorrente: Belmiro da Silveira Góes. Recorrido: Sebastião Leão Trindade. Relator: Min. Xavier de Albuquerque. Brasília, 1º de Junho de 1977. *DJ 29-12-1977* PP-09433 DJ 19-05-1978 PP-03468 EMENT VOL-01083-02 PP-00915 RTJ VOL-00083-03 PP-00809.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 466.343-1*. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso, Brasília, 22 de novembro de 2006. Informativo do STF nº 449. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 16 dez. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 470. Réus: José Dirceu de Oliveira e Silva, José Genoíno Neto, Delúbio Soares de Castro, Marcos Valério Fernandes de Souza e outros (34). Autor: Ministério Público Federal. Relator: Min. Joaquim Barbosa, Brasília, 17/12/2012. *Diário de Justiça de 22/04/2013*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/ap470/InteiroTeo/portal/ap470/InteiroTeo>. Acesso em: 14 dez. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC: 79785 RJ. Recorrente: Jorgina Maria de Freitas Fernandes. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Brasília, 15/08/2000. *Diário de Justiça de 30/08/2000*. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14825228/recurso-em-habeas-corpus-rhc-79785-rj-stf>. Acesso em: 15 dez. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgR no AI 51304. Agravante: Dora Cavalcanti Cordani e outros. Agravados: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Carlos Velloso, Brasília, 22/02/2005. *Diário de Justiça de 08/04/2005*. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14825228/recurso-em-habeas-corpus-rhc-79785-rj-stf>. Acesso em: 15 dez. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 601832 SP. Agravante: Casem Mazloum e outros. Agravados: Ministério Público Federal. Relator: Min. Joaquim Barbosa, Brasília, 17/03/2009. *Diário de Justiça de 02/04/2009*. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4043109/agregno-agravo-de-instrumento-ai-601832-sp>. Acesso em: 15 dez. 2013.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na proteção dos direitos humanos. *In: Arquivos do Ministério da Justiça*, Ano 46, n° 12, jul/dez. 1993.

_____. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

COELHO, Inocência Mártires; GONET, Paulo Gustavo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIDIER, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. V. 3. 7. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GOMES, Luiz Flávio & MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009. Coleção Ciências Criminais, V, 4.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006..

MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. *In: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; PASQUALOTTO, Adalberto (coordenadores), Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002*, São Paulo: RT, 2005.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Curso de Direito Internacional Público*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007,

OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PALMA, Najla Nassif. *Direito Internacional Humanitário e Direito Penal Internacional*. Rio de Janeiro: Fundação Trompowsky, 2008.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

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

_____. A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. In: *Temas de Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad; 2003.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 6. ed. São Paulo, Saraiva, 2016.

RIBEIRO, Patrícia Henriques. *As relações entre o Direito internacional e o Direito interno: conflito entre o Ordenamento brasileiro e normas do MERCOSUL*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Valor de alçada e limitação ao duplo grau de jurisdição: problematização em nível constitucional, à luz de um conceito material de direito fundamentais. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, 1996; n. 66, p. 85-129.