

FACULDADE DE DIREITO DE CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM

Leonardo Guerra Netto

**A INCONVENCIONALIDADE DA SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS NA
LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA EM FACE DO PACTO DE SAN JOSE
DA COSTA RICA**

Cachoeiro de Itapemirim
2018

Leonardo Guerra Netto

**A INCONVENCIONALIDADE DA SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS NA
LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA EM FACE DO PACTO DE SAN JOSE
DA COSTA RICA**

Monografia Jurídica apresentada ao curso de
Direito da Faculdade de Direito de Cachoeiro de
Itapemirim como requisito parcial para a obtenção
do título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Cristiano Hehr Garcia.

Cachoeiro de Itapemirim
2018

Leonardo Guerra Netto

**A INCONVENCIONALIDADE DA SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS NA
LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA EM FACE DO PACTO DE SAN JOSE
DA COSTA RICA**

Esta monografia foi apresentada ao Programa de Graduação em Direito, da Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em _____ de _____ de 2018.

Nota: _____

BANCA EXAMINADORA

Dr. Cristiano Hehr Garcia
Professor orientador - FDCI

Professor Examinador

Professor Examinador

Cachoeiro de Itapemirim
2018

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus familiares (esposa, mãe, irmã, cunhado e sobrinho), aos meus amigos, pois estiveram ao meu lado nos momentos mais difíceis e me deram o suporte necessário para finalizar mais essa etapa;

Agradeço aos professores pelos conhecimentos transmitidos e, em especial, ao prof. Dr. Cristiano Hehr Garcia por ter aceitado o convite de me orientar e ter me conduzido para que este trabalho fosse realizado;

Finalizo agradecendo a Deus e a mim mesmo, pois se eu não fizesse minha parte, Ele não me ajudaria.

Há regras constitucionais inconstitucionais.
(Otto Bachof apud Gomes, 2013, p.88)

O homem que se deixa conduzir pela paixão não ouvirá o argumento que o pode persuadir, e se o ouvir, não o compreenderá.
(Aristóteles, 2013, p. 226)

LISTA DE SIGLAS

CADH – Convenção Americana sobre Direitos Humanos

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

HC – Habeas Corpus

LIA – Lei de Improbidade Administrativa

PSJCR – Pacto de San Jose da Costa Rica

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	TRATADOS INTERNACIONAIS	10
2.1	Considerações iniciais sobre os tratados e sua incorporação ao ordenamento brasileiro	10
2.2	Conceito de tratado e as normas de <i>jus cogens</i>	13
2.2.1	Conceito de tratado	13
2.2.2	Normas de jus cogens	14
2.3	Posicionamento dos tratados no ordenamento nacional – enfoque nos tratados de direitos humanos.....	16
2.4	Influência dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro.....	17
2.4.1	A prisão do depositário infiel e a sua impossibilidade.....	18
2.4.2	A Lei Maria da Penha	19
2.4.3	O crime de desacato.....	20
2.5	Conflito entre o direito internacional e o direito interno – enfoque nos conflitos relacionados às normas internacionais de direitos humanos	20
3	DIREITOS POLÍTICOS	22
3.1	Direitos políticos na CRFB/88 e sua suspensão.....	22
3.2	Direitos políticos no PSJCR e sua mitigação.....	25
3.3	Direitos políticos na Lei de Improbidade Administrativa - suspensão	26
4	LEGISLAÇÃO INTERNA VERSUS LEGILAÇÃO EXTERNA – INCONVENENCIONALIDADE E A SOLUÇÃO DA ANTINOMIA	31
4.1	A antinomia das normas e a inconvenencionalidade.....	32
4.1.1	Controle de convencionalidade.....	33
4.2	Critérios para solução da antinomia das normas.....	34
4.3	Suspensão dos direitos políticos na Lei de Improbidade Administrativa – analogia com a prisão do depositário infiel.....	37
4.4	Possível solução para a celeuma da suspensão dos direitos políticos relacionados à improbidade.....	39
5	CONCLUSÃO	41
	BIBLIOGRAFIA	43

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, não há como se pensar em um Estado, seja ele qual for, sem ter relação alguma com outros atores internacionais, pois as demandas sejam elas sociais, sejam elas de quaisquer naturezas, ultrapassam as fronteiras nacionais e isso influencia a comunidade internacional como um todo que deve procurar regular essas interações de maneira mais harmônica, garantindo que não haja conflito entre os atores envolvidos.

Ocorre que, para tentar se conseguir esse equilíbrio, os sujeitos do direito internacional público celebram acordos que, depois de cumpridas algumas condições para que possam vigorar, passam a vigorar na órbita do Estado interferindo em seu ordenamento jurídico interno, pois este diploma deixou de ser alienígena e passou a ser um diploma nacionalizado, fato este que pode ocasionar conflito com as normas internas que já existiam antes de haver essa incorporação.

Nem todas as normas internacionais provocam esses conflitos internos, sendo de especial relevância os tratados internacionais de direitos humanos, pois estes tratam de um arcabouço de proteção mínimo a que todo ser humano faz jus, sendo que este assunto merece constante atenção, haja vista que muitas violações podem passar despercebidas por um determinado grupo de indivíduos e afetar diretamente outros, em razão de sua condição social, da cor de sua pele, da sua nacionalidade, etc. As violações de direitos podem ser variadas e a legislação internacional incorporada passa a corrigir, ou tenta corrigir, uma série de distorções nesse contexto.

Pode parecer que uma geração de direitos humanos, por ter sido a primeira das gerações desses direitos, já esteja devidamente consolidada e que não merece vigília por não estar correndo risco de algum retrocesso. Porém, não é isso que se vislumbra no cenário nacional, pois, sob o argumento de se proteger a moralidade pública, o cidadão fica impedido de exercer seu o direito ao sufrágio, manifestando este através do voto em eleições regulares sendo que eleições regulares são um dos pilares do Estado Democrático de Direito na atualidade.

Permitir que violações aos direitos humanos ocorram na atualidade, por menores que elas sejam, é correr o risco para que se relativize, aos poucos, outros direitos humanos já garantidos e tido por consolidados, pois as pequenas mudanças

passam despercebidas e todos se acostumam, sendo que depois é fácil de se fazerem outras pequenas mudanças e assim, paulatinamente e com o decurso do tempo, se mina uma geração de direitos consolidada.

Assim, o presente trabalho pretende abordar os seguintes assuntos: os tratados internacionais com enfoque nos tratados de direitos humanos; os direitos políticos; a legislação interna versus a legislação externa. Na sequência, será demonstrada a inconveniência da Lei de Improbidade Administrativa em face do Pacto de São José da Costa Rica no tocante à suspensão dos direitos políticos regulados em ambos os diplomas, fazendo a analogia a um caso concreto já decidido pelo Pretório Excelso brasileiro, demonstrando uma possível solução para compatibilizar o ordenamento interno com o diploma internacional incorporado, pois apesar de a Constituição federal prever essa hipótese de suspensão, ela relega a regulação dessa suspensão a uma lei ordinária de natureza não penal, sendo que convenção internacional fala em suspensão em caso de processo penal.

2 TRATADOS INTERNACIONAIS

2.1 Considerações iniciais sobre os tratados e sua incorporação ao ordenamento brasileiro

Em razão da intensificação das relações bilaterais ou multilaterais entre os Estados nos últimos tempos, houve a necessidade de que essas relações contivessem regras claras, a fim de se estabelecerem os direitos e as obrigações oriundas dessas relações e o instrumento de materialização desses direitos e obrigações recíprocas são os tratados internacionais. Esses instrumentos, apesar de uma intensa utilização após o pós-positivismo, não são de todo novos na ordem jurídica mundial, pois, em tempos mais remotos, já foram celebrados acordos entre Estados que produziram efeitos na ordem jurídica internacional, como por exemplo, o Tratado de Tordesilhas, de 1494.

É sabido que, do século XX em diante, o termo tratado é utilizado como gênero, pois este abarca uma série de espécies, a saber: tratados, convenção, pactos, acordo, protocolo, carta, declaração, convênio, estatuto, etc., sendo que a utilização de cada nomenclatura vai de acordo com a prática internacional, em razão dos temas propostos e a abrangência do referido instrumento, pois a Convenção de Viena sobre os direitos dos Tratados, de 1969, introduzida no ordenamento jurídico nacional através do Decreto nº 7.030/2009, não tratou de especificar a nomenclatura de acordo com cada assunto que pode ser abordado nesses instrumentos. Mazzuoli (2016, p. 209) diz que “a doutrina, por sua vez, vem se esforçando para delinear os contornos de cada um desses tipos de instrumentos, levando em conta a denominação que recebem”.

Sobre a não vinculação de uma determinada terminologia a um instrumento específico, bem clara é a redação do artigo 2, 1, a, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que assim dispõe:

- a) “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;

Dessa forma, percebe-se que o mais importante ao se celebrar instrumentos dessa natureza são os assuntos tratados nesses acordos internacionais,

independentemente do nome que venham a ter. Pode-se, assim, estabelecer uma analogia no plano jurídico interno com princípio da instrumentalidade das formas, onde se busca alcançar a finalidade de determinado ato judicial, independente da forma e do nome que este venha a possuir.

Importante destacar, também, que ao celebrar um tratado internacional, ele passa por uma série de etapas até entrar em vigor tanto no plano internacional, quanto no plano nacional. No plano internacional, o próprio tratado determina em seu bojo um número de ratificações ou adesões, a fim de que ele possa entrar em vigor, sendo essas nomenclaturas previstas na Convenção de Viena e que cada Estado a utiliza de acordo com sua ordem jurídica interna. No Brasil, após a vigência internacional do tratado, há um processo de internalização do mesmo, pois a competência, diga-se de passagem privativa, para celebra tratados internacionais é do Presidente da República, contudo, este ato precisa ser referendado pelo Congresso Nacional, conforme estabelecido na CRFB/88, artigo 84, VIII, conforme segue:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;

Então, após a celebração do tratado, esse ato é submetido ao Congresso Nacional que, em caso de aprovação, edita o respectivo decreto legislativo sobre a matéria, conforme artigo 49, I, *in verbis*:

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

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

Dessa forma, o decreto legislativo é encaminhado ao Presidente da República para posterior ratificação, promulgação e publicação do decreto, a fim de que o tratado internacional venha a surtir efeitos na ordem jurídica interna. Porém, a grande questão é que não há prazo para que o Presidente da República edite o referido decreto, sendo um ato discricionário. Tem-se que, dessa forma, uns tratados entram em vigência mais rápido do que outros, e também há a possibilidade de, após assinado e aprovado pelo decreto legislativo, o texto jamais vir a ser ratificado.

Importante consignar que, em razão do assunto esposado no tratado, bem como da sua natureza, alguns desses instrumentos permitem que sejam efetuadas reservas às cláusulas nele contidas e outros não. A reserva é feita antes de o tratado entrar em vigência no plano interno, sendo o instituto no qual um Estado

pode assinar/ratificar/aderir ao respectivo tratado sem precisar se submeter a uma ou algumas cláusulas nele dispostas. A reserva está disposta no artigo 2, 1, d, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, conforme segue:

d) “reserva” significa uma declaração unilateral, qualquer que seja a sua redação ou denominação, feita por um Estado ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, com o objetivo de excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado em sua aplicação a esse Estado;

Para que sejam apresentadas reservas devem ser observadas duas condições, sendo uma de forma e uma de fundo. Nesse sentido, importante é a lição de Mello (2004, p. 247) que ensina:

As reservas, para serem válidas, devem preencher uma condição de forma e outra de fundo. A condição de forma é que ela deve ser apresentada por escrito pelo poder competente dentro do Estado para o trato dos assuntos internacionais, isto é, pelo Poder Executivo. O Legislativo não pode apresentar reservas no plano internacional. A condição de fundo é a aceitação de reserva pelos outros contratantes.

Assim, vê-se que, com esse instituto, busca-se preservar o ordenamento interno de influências externas que sejam com ele incompatíveis. Porém, caso essa reserva feita se conflite com uma fonte do direito das gentes, essa reserva não valerá, pois só pode haver derrogação ou ab-rogação por norma posterior e de mesma natureza, sem contar que dependendo da natureza do tratado, este não a comporta, pois, se fosse feita a reserva de algum ou alguns de seus dispositivos, correria o risco de se esvaziar o quanto pretendido e a finalidade de sua celebração. Ademais, nos dizeres de Mello (2004) e Rezek (2013) só são cabíveis reservas em instrumentos multilaterais, pois, nos instrumentos bilaterais, as partes concordam com o que fora ajustado, sem o qual não há finalização do acordo, iniciando-se, novamente, as tratativas em torno do tratado.

Depois de incorporados ao ordenamento nacional, com ou sem reservas, o tratado passa a valer indefinidamente, salvo disposição expressa em seu bojo. Vale a pena destacar que existem diversas formas que põe fim a execução dos tratados em âmbito internacional, porém a mais utilizada pelo Estado brasileiro é a denúncia. A denúncia é o ato formal pelo qual o Estado se desobriga de cumprir um acordo internacional firmado. Apesar de haver discussões doutrinárias a respeito da necessidade de a denúncia ser referendada pelo Congresso Nacional, ainda mais quando o tratado for incorporado pelo rito do art. 5º, §3º, da CRFB/88, haja vista que essa espécie de tratado quando incorporado tem eficácia de emenda constitucional

e de cláusula pétrea, prevalece hoje a denúncia como ato do Presidente da República. Accioly, *apud* Mello (2004, p. 259), assim define a denúncia unilateral: “é o ato pelo qual uma das partes contratantes comunica à outra ou outras partes a sua intenção de dar por findo esse tratado ou de se retirar do mesmo”. À vista disso, nos tratados multilaterais, a denúncia só irá desobrigar o denunciante em relação ao tratado denunciado e não desobrigará os demais signatários que permanecerão sob a égide do instrumento pactuado.

Feitas essas considerações iniciais, passar-se-á, na sequência, a abordagem sobre o conceito de tratado internacional, bem como uma abordagem sobre o *jus cogens*, além do posicionamento dos tratados no ordenamento interno e as influências de alguns desses instrumentos no ordenamento pátrio.

2.2 Conceito de tratado e as normas de *jus cogens*

2.2.1 Conceito de tratado

Sendo os tratados internacionais a fonte principal do direito internacional, seja em razão das matérias tratadas, seja devido à multiplicidade de utilização desses instrumentos (MELLO, 2004), não havia como deixar de ser estabelecido um conceito base sobre esse instrumento de relevância ímpar. Dessa forma, conforme já exposto no item XX.1, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados trouxe um conceito gênero, formal, conforme segue:

- a) “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 foi necessária, pois a doutrina internacional não chegava a um consenso sobre essa terminologia, bem como da imprecisão ao se tentar estabelecer a referida definição (MAZZUOLI, 2016). Nomenclaturas diversas a parte, estima-se que na França haja cerca de, pelo menos, trinta e oito e que em língua portuguesa existam duas dezenas, sem contar as variações existentes de nomes composto (REZEK, 2013). O aspecto que se privilegiou com a conceituação no diploma internacional foi o aspecto da natureza formal do tratado, como alguns elementos mínimos, pois a utilização da nomenclatura para um acordo multilateral vai da praxe internacional.

Decompondo-se esse conceito, extraem-se cinco elementos essenciais, e um não essencial, sobre o que seja um tratado internacional, a saber: **essenciais** (acordo internacional; celebrado por escrito; entre Estados ou organizações internacionais; regido pelo Direito Internacional; celebrado em instrumento único ou em dois ou mais conexos); **não essencial** - ausência de denominação específica (MAZZUOLI, 2016).

Guardadas as devidas proporções, as condições de validade de um tratado internacional se assemelham em muito as condições de validade de qualquer negócio jurídico, sendo apontadas por Mello (2004, p. 214) as seguintes condições: “capacidade das partes contratantes; habilitação dos agentes signatários; objeto lícito e possível; consentimento mútuo”. Assim, ao se celebrar um tratado internacional de qualquer espécie, não estando o Estado sob ameaça ou coação, e estando presentes os requisitos essenciais, se estará diante de um verdadeiro instrumento internacional regido e protegido pelo direito das gentes, pois, do contrário, se estará diante de qualquer instrumento menos diante de um tratado internacional, sem contar que se houver ameaça ou coação haverá nulidade *ab initio* do instrumento celebrado.

2.2.2 Normas de *jus cogens*

Abordado o conceito de tratado, não se pode deixar de abordar as normas de *jus cogens* e qual a sua relação com esses instrumentos internacionais, haja vista estarem umbilicalmente unidos. Essa união é corolário de que pode haver conflitos na celebração de tratados internacionais e a norma de *jus cogens*, sendo que a forma de solucionar esses conflitos encontra a sua previsão em dois artigos (53 e 64), do Tratado de Viena, que serão a seguir transcritos:

Artigo 53

Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*)

É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.

Prosseguindo com o artigo 64:

Artigo 64

Superveniência de uma Nova Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*)

Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se.

Não obstante o quanto previsto, vê-se que podem surgir conflitos de tratados internacionais com normas de *jus cogens* de duas formas: no artigo 53, há a norma de *jus cogens* e o tratado vem posteriormente; e no artigo 64, há o tratado e surge a norma de *jus cogens* posterior a este. Dessa forma, por tratar-se de conflito com norma imperativa, se o tratado, no momento de sua conclusão colidir com a norma imperativa, este será nulo, e se a norma imperativa vier posteriormente ao tratado, e sendo este com ela incompatível, ele se torna nulo.

Assim, conforme Mazzuoli (2016, p.184):

Dizer que o *jus cogens* é norma imperativa do “Direito Internacional” geral não significa dizer que os seus preceitos são somente *obrigatórios*, uma vez que mesmo aqueles derivados do *jus dispositivum* também o são, mas que significar que são *insusceptíveis de derrogação pela vontade das partes*. Portanto, o que diferencia a norma de *jus cogens* das demais normas jurídicas e exatamente esse aspecto: a impossibilidade de derrogação pela vontade das partes. Assim, a imperatividade das normas de *jus cogens* passa a encontrar o seu fundamento de validade em sua inderrogabilidade.

Para se tentar clarificar, bem como visualizar a importância do que sejam as normas de *jus cogens*, a simples tradução literal da expressão iria reduzir e esvaziar muito seu significado. Dessarte, importante a lição de Rodas (1977, p. 235/236) que traz:

[...] O *jus cogens* exprime valores éticos, que só se podem impor com força imperativa se forem absolutos e universais. Uma norma de *jus cogens* pode ser modificada por outra de mesma natureza, pois ele evolui em função das transformações da situação sócio-histórica da sociedade internacional e das modificações das concepções políticas, éticas, filosóficas e ideológicas.

[...] A comissão de Direito Internacional não precisou o conteúdo do *jus cogens*. Uma das razões para isso talvez tenha sido o temor de cristalizar um conceito em constante evolução.[...]

Para finalizar, vale a pena trazer a lume o conceito de *jus cogens* nas palavras de Rezek (2013, p. 153) que aduz “seria ele o conjunto de normas que, no plano do direito das gentes, impõem-se objetivamente ao Estado, a exemplo das normas de ordem pública que em todo sistema de direito interno limitam a liberdade contratual das pessoas”. Portanto, depreende-se que a norma de *jus cogens* é uma norma imperativa do direito das gentes, não sendo um conceito fechado; é uma espécie de norma hipotética superior do direito internacional que fundamenta a validade dos tratados internacionais e que traz consigo uma proteção inderrogável

por vontade das partes, tendo, pois, os Estados que se absterem de estipular contratos contrários a essa proteção internacional.

2.3 Posicionamento dos tratados no ordenamento nacional – enfoque nos tratados de direitos humanos

Apesar de haver normas internacionais relacionadas com outras questões que não sejam de direitos humanos, o foco do presente trabalho será o posicionamento das normas internacionais de direitos humanos, pois houve, sobre estas, uma interessante discussão e um posicionamento firmado pela suprema corte brasileira – o STF – sendo que esse entendimento firmado, por ora e por maioria, no sentido de os tratados de direitos humanos ratificados antes de 2004 terem caráter supralegal. Os demais tratados, que versam sobre assuntos não relacionados aos direitos humanos, possuem natureza de lei ordinária, portanto, são tidos como de natureza legal.

Porém, questão interessante é a que envolve os tratados de direitos humanos que não passam pelo processo previsto no art. 5º, §3º, da CRFB/88. Antes da EC n.º 45/2008, denominada reforma do Judiciário, parte da doutrina tratava esses tratados como normais constitucionais, independentemente de terem sido incorporados ao ordenamento nacional em razão da matéria ali tratada. Outra parte da doutrina tratava esses tratados como norma supralegal, pois estariam acima das leis ordinárias, contudo abaixo da Constituição. Portanto, prevalece hoje, por ora, o entendimento firmado no RE n.º 466.343/SP, de 03.12.2008, de que as normas de direitos humanos, que não passaram pelo processo do art. 5º, §3º, da CRFB/88, têm caráter supralegal prevalecendo a tese do Min. Gilmar Mendes.

Boa parte da doutrina se manifesta no sentido de que pode haver uma diferenciação de normas de direitos humanos, pois apesar de ambas serem materialmente constitucionais, uma poderia passar pelo procedimento previsto no 5º, §3º, da CRFB/88, tornando-se formalmente equiparável a emenda constitucional e, portanto, estaria em um patamar acima de outra norma de mesma índole que não passou pelo procedimento descrito.

Fato é que a jurisprudência deu tratamento de norma supralegal às normas de direitos humanos anteriores a 2004, a fim de proteger o formalismo do processo legislativo ordenamento interno, bem como do processo de emenda à Constituição e

o legislador encontrou uma solução para que estas mesmas venham a ter equiparação à emenda constitucional. Porém, cabe a esses mesmos legisladores observarem a natureza dos tratados para não dar a um uma importância maior do que a outro de mesma natureza, ou até mesmo que um de natureza menos abrangente seja superior a um tratado mais abrangente, em razão do processo de incorporação interno adotado.

A título de exemplo sobre essa falta de cuidado no trato dos assuntos relacionados aos tratados de Direitos Humanos, tem-se que a CADH (ou PSJCR) possui natureza supralegal, conforme julgamento citado, e a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, terem tratamento equivalentes à emenda constitucional, pois fora observado o procedimento do art. 5º, § 3º, da CRFB/88. Essa convenção e seu protocolo facultativo, até a presente data, foram os únicos incorporados pelo tratamento diferenciado previsto na Constituição, porém, não serão os últimos, pois há outros na fila aguardando a promulgação do decreto e posterior publicação pelo Poder Executivo, porém não há prazo para que isso ocorra.

Nos dizeres de Mazzuoli (2016, p. 94) “essa ‘desigualdade de iguais’ que permite o §3º ao estabelecer ditas ‘categorias de tratados’, é totalmente injurídica por violar o princípio (também constitucional) da *isonomia*”. Permanecendo-se assim teremos, no ordenamento brasileiro, Direitos Humanos de primeira categoria e Direitos Humanos de segunda categoria, fato este teratológico e inadmissível, em razão dos assuntos dispostos (um de caráter geral e mais abrangente subalterno e um de caráter restrito e menos abrangente superior).

2.4 Influência dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro

Tendo já tratado das considerações iniciais dos tratados e sua incorporação interna, bem como da questão sobre conceituação, das normas de *jus cogens* e do posicionamento dos tratados no ordenamento interno com enfoque nos tratados de direitos humanos, resta agora tratar da influência dos tratados no ordenamento jurídico nacional. Assim, neste subcapítulo, serão tratados três assuntos em específico, a saber: a prisão do depositário infiel e sua impossibilidade; a Lei Maria da Penha; e o crime de desacato.

Desses assuntos apontados, os dois primeiros influenciaram diretamente o ordenamento interno em razão de tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil faz parte ou aderiu, sendo que o último ainda é fruto de debate acalorado nos tribunais superiores, especificamente no STJ, debates estes ainda incipientes com posição jurisprudencial não firmada, tampouco vinculada, sendo assim, a discussão quanto ao desacato ainda está longe de terminar.

2.4.1 A prisão do depositário infiel e a sua impossibilidade

A prisão do depositário infiel está disposta na CRFB/88, no artigo 5º, inciso LXVII, conforme segue: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”. Esse instrumento era utilizado no ordenamento interno como forma de coagir alguém a quitar o débito sob pena de ser levado ao cárcere. Mazzuoli (2002, p. 17) ensina que:

A prisão civil, cumpre dizer, é a técnica executória de *caráter indireto*, funcionando como meio coercitivo que visa a fazer com que o infiel depositário cumpra a sua obrigação, reconhecida por decisão judicial. Funciona, pois, como meio de pressão psicológica, ameaçando o devedor a cumprir, por ato próprio, a prestação devida (*execução indireta*).

Gomes (2016, p. 85) se manifesta no sentido de que:

No Estado de direito (puramente) *constitucional* também poderia ser imposta prisão civil contra o depositário infiel, porque a Constituição brasileira a possibilita (CF, art. 5º, inc. LVXVII). Já no Estado Constitucional e Humanista de Direito, que é fruto da soma do direito constitucional mais o direito internacional (transnacional), a impossibilidade é mais do que manifesta (tal como reconhece o STF).

Apesar de previsto na CRFB/88, esse dispositivo não se coaduna com o plano internacional do qual o Estado brasileiro faz parte, pois, em razão de este ser signatário de diversos instrumentos internacionais, a ordem interna sofre influência desses instrumentos e não haveria de ser diferente quanto à prisão civil do depositário infiel. A fim de não restarem dúvidas, no julgamento do RE n.º 466.343/SP, ficou decidido que não cabia a prisão civil do depositário infiel, pacificando-se a questão da prisão do depositário infiel, sendo esta incabível no ordenamento pátrio por influência do Pacto de São José da Costa Rica, fato este que culminou com a edição da Súmula Vinculante de n.º 25, conforme enunciado

que segue: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.”

2.4.2 A Lei Maria da Penha

Também em razão de influência dos diplomas internacionais, o legislador interno fora obrigado a editar uma lei, senão como forma de coibir a violência praticada contra a mulher, mas, pelo menos, como forma de responder a essa violência crescente, pois, conforme EM n.º 016 - SPM/PR, da subchefia de assuntos parlamentares, de 16 de novembro de 2004, consta que:

Dentre os inúmeros compromissos internacionais ratificados pelo Estado Brasileiro em convenções internacionais, merecem destaque a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), o Plano de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher (1995), Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará, 1994), o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, além de outros instrumentos de Direitos Humanos.

Após denúncias levadas à Comissão de Direitos Humanos da OEA pelo Centro pela Justiça pelo Direito Internacional (CEJIL) e pelo Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), fora expedido o relatório, de n.º 54, no qual houve recomendações ao Governo brasileiro sobre essa questão da violência e contra a mulher, em específico o caso de Maria da Penha Maia Fernandes, pois o Brasil não estaria cumprindo diversos preceitos de compromissos internacionais firmados.

Entre a promulgação da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (conhecida como Convenção de Belém do Pará, 1994), ao recebimento da denúncia e a expedição da recomendação, até a edição da Lei n.º 11.340/2006, houve um lapso temporal considerável (cerca de 12 anos) e muitas vidas foram ceifadas. Porém, fora demonstrado que os mecanismos de proteção internacional dos Direitos Humanos estão aí para serem acionados e fazerem seu papel, estando esgotados ou não os meios internos para cumprimento das normas internacionais, pois a morosidade estatal não pode ser utilizada para justificar a violação de compromissos assumidos fora de sua jurisdição.

2.4.3 O crime de desacato

Sobre o crime de desacato, conforme apontado anteriormente, a discussão ainda é incipiente, sendo o diploma paradigma a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos e essa questão foi levantada junto ao STJ no julgamento dos REsp n.º 1.640.084, julgado em 15.12.2016, onde havia sido firmado que o desacato era incompatível com o artigo 13, do PSJCR, que trata da liberdade de pensamento e expressão. Contudo, no julgamento do HC de n.º 379.269-MS, julgado em 24.05.2017, do qual a relatoria coube ao Min. Reynaldo Soares da Fonseca, houve uma reviravolta sobre o desacato e a liberdade de expressão voltando, portanto, a figurar que o desacato configura crime, não sendo incompatível com a liberdade de expressão preconizada no PSJCR, pois esta não se revela absoluta e o desacato tem por fim proteger o agente público de excessos.

Dessa maneira, vê-se que a discussão ainda não se findou, sem contar que para que a jurisprudência seja firmada leva um bom tempo de discussão e amadurecimento do tema nos tribunais superiores e, essa questão, por envolver o direito fundamental à liberdade de expressão, pode sair da corte superior que trata dos assuntos relacionados à legislação ordinária (STJ), indo parar na corte superior que trata da guarda da Constituição (STF).

2.5 Conflito entre o direito internacional e o direito interno – enfoque nos conflitos relacionados às normas internacionais de direitos humanos

Sobre o conflito entre o direito internacional e o direito interno, o enfoque a ser abordado é o que trata das normas de direito humanos, pois, como já fora visto no subcapítulo 2.2.2, havendo conflito entre os tratados em geral e uma norma *jus cogens*, prevalece esta, pois se trata de norma imperativa que valida sua existência em razão dessa condição. Dessa forma, sobre as normas internacionais de direitos humanos em conflito com as normas internas, prevalece sempre o princípio *pro homine ou pro persona*, no qual havendo antinomia dessa natureza, prevalece a norma que, no caso concreto, mais beneficie e proteja o ser humano, sujeito de direito (MAZZUOLI, 2016). Estabelece-se, assim, o efeito *cliquet*, no qual se veda o retrocesso em matéria de direitos humanos permitindo que só haja avanços em matéria de direitos humanos em âmbito nacional e internacional, pois conforme já

demonstrado, o Estado brasileiro faz parte de um Estado Constitucional e Humanista de Direito (GOMES, 2016) sendo influenciado na sua órbita jurídica interna pelos documentos internacionais do qual adira ou faça parte.

Tem-se, assim, que há duas naturezas de conflitos em matéria de normais internacionais com o ordenamento interno: em se tratando de normais internacionais relacionadas com assuntos diversos de direitos humanos, há que se observar a compatibilidade material e formal com o ordenamento interno, tendo como plano de fundo o *jus cogens*; em se tratando de matéria de direitos humanos, sempre irá prevalecer a norma mais favorável ao ser humano, em razão do princípio *pro homine* ou *pro persona*, também conhecido por vedação de retrocesso ou efeito *cliquet*.

Essa distinção, nesse momento, é fundamental, pois, além do conflito das normas externas com as normas internas, há outra possibilidade de conflito, porém, relacionada com a norma externa incorporada ao ordenamento interno como de natureza supralegal, com uma norma interna ordinária. Esse conflito de normas vigentes no ordenamento interno de hierarquia e natureza diversas será tratado mais adiante, sendo aí que aparece/pode aparecer a chamada inconveniência da lei, que é quando a lei está materialmente e formalmente de acordo com os ditames previstos, mas conflita-se com o tratado internacional incorporado.

3 DIREITOS POLÍTICOS

Os direitos políticos, assim como os direitos civis, pertencem àquela categoria de direitos humanos chamada de primeira geração (ou dimensão) em que a população buscava mais protagonismo social no trato de suas relações sociais de cunho pessoal ou negocial e participação ativa na tomada das decisões que iriam interferir diretamente em suas vidas. Mazzuoli (2013, p. 211) nos ensina que “[...] não há verdadeira representação popular quando inexistem eleições livres, capazes de levar ao governo aqueles que o povo desejou (por meio de voto) ver no comando dos assuntos do Estado”. Assim, eles estão entre os mais consolidados direitos humanos relacionados aos Estados democráticos de direito, pois sendo o Estado a ficção que regula a vida dos seus indivíduos através de suas leis, este terá que definir e deixar bem claras as regras do jogo, a fim de que o povo possa participar dessa tomada de decisões que lhe são afetas, seja diretamente, seja indiretamente, haja vista que Estado democrático e participação popular estão intrinsecamente ligados um a outro.

Dessa forma, nesse capítulo será abordada a questão envolvendo os direitos políticos na CRFB/88, na Convenção Americana de Direitos Políticos (ou PSJCR) **com enfoque principal na suspensão destes direitos**, principalmente os relacionados à Lei de Improbidade Administrativa, pois, em razão de o Estado brasileiro ser signatário da referida convenção, uma lei que passou pelo processo legislativo formal regular, assim declarado na ADI n.º 2.182/DF, tem a inconvenção relacionada ao aspecto da suspensão, estando aí definido o liame entre o processo de elaboração das leis internas ter de observar os pactos internacionais para não incorrer nessa situação, sendo certo que o Judiciário brasileiro se apequena diante da declaração das inconvenções, seja por falta de provocação, seja por desconhecimento dos que militam na área.

3.1 Direitos políticos na CRFB/88 e sua suspensão

Antes de se adentrar na questão dos direitos políticos, a CRFB/ 88 deixa claro que **a pena** será regulada levando em conta uma série de graduação, sendo importante a transcrição desse dispositivo, inciso XLVI, que se encontra no art. 5º,

pois este se encontra topograficamente perto de outros que tratam de assuntos relacionados à pena. *In verbis*:

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;** (sem grifo no original)

Percebe-se que como o presente trata da suspensão ou interdição de direitos, direitos aqui entendidos de forma ampla, necessária é a remissão ao Capítulo IV – Dos direitos políticos, que vai do art. 14 ao art.16, pois aí que se vislumbra a aparente constitucionalidade da suspensão dos direitos com base em improbidade administrativa. Porém, nos dispositivos desse mesmo capítulo, deixa-se claro que, de modo alternativo, a suspensão só se dará em virtude de sentença transitada em julgado, além da improbidade administrativa, conforme segue:

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

- I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;
- II - incapacidade civil absoluta;

III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;

IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII;

V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º. (sem grifo no original)

Importante nesse momento diferenciar a suspensão da perda, pois seus efeitos são diversos, sendo estes mais gravosos e irreversíveis do que aqueles. Sobre esses dois institutos, vale a pena mencionar as lições de Ramayana (2010, p. 59/60) que aduz:

Na suspensão dos direitos políticos, o cidadão ficará afastado temporariamente da capacidade eleitoral ativa e passiva (direito de votar e ser votado); na perda dos direitos políticos, a privação é definitiva. [...] Na suspensão dos direitos políticos, o cidadão sofre a restrição por prazo fixado na lei ou aguarda a aquisição do direito pelo transcurso do prazo legal com no caso, *v.g.* do menor de 16 anos de idade.

Como já fora falado, os quesitos acima são alternativos, ou seja, não é necessária a cumulação de mais de um para que os direitos políticos sejam suspensos, bastando apenas a presença de um para que o(a) cidadão(ã) não possa exercê-lo. Todavia, o inciso V faz a remissão ao art. 37, §4º, da CRFB/88, que será demonstrado na sequência, estando aí inconveniência dessa suspensão, pois se a regulamentação dessa suspensão por ato de improbidade fosse prevista no

diploma Magno, não haveria que se falar em tal inconveniência. Entretanto, como o art. 37, §4º, relega essa gradação a uma lei, fica estabelecida a antinomia entre uma lei ordinária – Lei de Improbidade Administrativa – e um tratado de direitos humanos de natureza supralegal – Pacto de São José da Costa Rica – que será tratada no próximo capítulo.

Questão fundamental relacionada aos direitos políticos está relacionada com definição do que seja cidadão, pois as figuras do nacional e do cidadão são correlacionadas como se fossem a mesma coisa e os desdobramentos que decorrem dessa definição. Todavia, juridicamente, são conceitos distintos, haja vista que a CRFB/88 trata em capítulos diversos a questão da cidadania e dos direitos políticos. Pode-se afirmar que todo cidadão é um nacional, pois, para ser cidadão, o indivíduo tem que estar no pleno gozo dos seus direitos políticos, mas nem todo nacional é um cidadão, em razão de não ter se atingido ou se cumprido algum requisito legalmente estabelecido.

Cidadão, conforme definição de Temer (2015, p. 212) “é aquele apto a participar dos negócios políticos do Estado, podendo escolher dirigentes ou ser escolhido para dirigir”, ou seja, é o indivíduo que possui a capacidade eleitoral, sendo esta gênero, cujas espécies abrangem a ativa e a passiva. Adquire-se, portanto, a condição de cidadão com o alistamento eleitoral. Nas lições de J. J. Gomes (2014, p. 153):

Os direitos políticos ou cívicos denotam a capacidade de votar e ser votado, significando a prerrogativa de participar direta ou indiretamente do governo, da organização e do funcionamento do Estado são adquiridos com o alistamento eleitoral. [...]

O alistamento eleitoral é condição *sine qua non* para a aquisição da cidadania, pois é por ele que o corpo de eleitores é organizado. Não estando inscrito no cadastro de eleitores, é impossível que o nacional exerça direitos políticos, já que nem sequer terá título de eleitor. Na verdade, o não alistado encontra-se fora do sistema.

Dessa forma, preenchidas as condições de elegibilidade estabelecidas, sendo que o primeiro desses requisitos é o alistamento eleitoral, e não incorrendo nas causas de inelegibilidades, o nacional adquire a condição de cidadão podendo exercer a capacidade eleitoral ativa, votando, ou a capacidade eleitoral passiva, sendo votado, participando da tomada de direção estatal. Essa distinção entre capacidade eleitoral ativa e passiva se faz necessária, pois em caso de suspensão dos direitos políticos, ambas ficam restringidas (art. 15, III), estando ligadas diretamente à suspensão dos direitos na Convenção Americana e a

inconveniência dessa suspensão na Lei de Improbidade Administrativa, que serão tratada mais adiante.

3.2 Direitos políticos no PSJCR e sua mitigação

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também chamada de Pacto de São José da Costa Rica, foi introduzida no ordenamento nacional através do Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992. Apesar de boa parte da doutrina dizer que se trata de norma constitucional em razão da matéria, independente da forma de incorporação, formalmente não é o que prevalece, pois sua natureza fora definida no RE n.º 466.343/SP, onde a tese, por ora vencedora, a definiu como norma supralegal. Divergências doutrinárias a parte sobre a natureza constitucional material ou formal do referido tratado, o fato é que por ser um tratado do qual o Estado brasileiro faz parte, em seu bojo há um artigo que também trata dos direitos políticos, que deve orientar o Estado brasileiro na elaboração da sua normatização interna. Segue o dispositivo:

Artigo 23. Direitos políticos

1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades:
 - a. de participar na direção dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos;
 - b. de votar e ser eleitos em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores; e
 - c. de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.
2. **A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades a que se refere o inciso anterior, exclusivamente por motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal.** (sem grifo no original)

Vê-se que o pleno exercício dos direitos políticos deve estar presente nos Estados democráticos modernos, porém, podem ser mitigadas por uma série de requisitos positivos ou negativos. No parágrafo segundo, estão dispostos uma série desses requisitos que estão presentes no nosso diploma Maior. Todavia, percebe-se que a Convenção Americana deixa clara uma forma de mitigação da capacidade eleitoral passiva, qual seja, “**condenação, por juiz competente, em processo criminal**” e não fala, em momento algum, em mitigação desses direitos por improbidade administrativa, colidindo-se, dessa maneira, com o nosso diploma constitucional que relegou a regulamentação dessa forma de mitigação a uma lei

ordinária. Para finalizar, importante a lição de Mazzuoli (2013, p. 212) asseverando que “tais hipóteses são *numerus clausus* e que não podem ser ampliadas (perceba que a convenção se utiliza da expressão “exclusivamente” ao versar as hipóteses elencadas no dispositivo)”.

3.3 Direitos políticos na Lei de Improbidade Administrativa - suspensão

Antes de adentrar na suspensão dos direitos políticos, importante destacar que tramitava uma ADI - ação direta de inconstitucionalidade - de autoria do Partido Trabalhista Nacional (PTN), onde se buscava a declaração de inconstitucionalidade da Lei n.º 8.249/1992 por vício formal, onde não teria sido observado o rito bicameral do Congresso Nacional por alguma mudança na lei por uma das casas e não ter sido revisado pela outra. Essa questão foi decidida pelo STF, por maioria, que declarou ser a lei formalmente constitucional, superando, assim, esse vício, cuja ementa segue:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. 1. QUESTÃO DE ORDEM: PEDIDO ÚNICO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DE LEI. IMPOSSIBILIDADE DE EXAMINAR A CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. 2. MÉRITO: ART. 65 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI 8.429/1992 (LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA): INEXISTÊNCIA. 1. Questão de ordem resolvida no sentido da impossibilidade de se examinar a constitucionalidade material dos dispositivos da Lei 8.429/1992 dada a circunstância de o pedido da ação direta de inconstitucionalidade se limitar única e exclusivamente à declaração de inconstitucionalidade formal da lei, sem qualquer argumentação relativa a eventuais vícios materiais de constitucionalidade da norma. 2. Iniciado o projeto de lei na Câmara de Deputados, cabia a esta o encaminhamento à sanção do Presidente da República depois de examinada a emenda apresentada pelo Senado da República. O substitutivo aprovado no Senado da República, atuando como Casa revisora, não caracterizou novo projeto de lei a exigir uma segunda revisão. 3. Ação direta de inconstitucionalidade improcedente. (ADI 2.182/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12/05/2010. DJe-168, de 10.09.2010).

Por outro lado, perdura ainda uma ADI de n.º 4.295/DF, ajuizada em 2009, pelo Partido da Mobilização Nacional (PMN), cujo relator também é o Min. Marco Aurélio, onde dentre os pedidos estão a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 9º, 10 e 11 (com seus respectivos incisos), sendo que esta se encontra sem previsão de julgamento, prevalecendo os efeitos da respectiva lei com seus dispositivos guerreados, pois não fora efetuado pedido liminar algum. Dessa forma, enquanto a questão da constitucionalidade material não for definida, cabe a análise

da convencionalidade, ou não, desses dispositivos, a fim de não ter prejudicado o pleno exercício dos direitos políticos.

A suspensão dos direitos políticos com base em improbidade administrativa está disposta, conforme demonstrado, no art. 15, V, da CRFB/88, fazendo remissão ao art. 37, § 4º, do mesmo diploma. Faz-se necessária a transcrição desse dispositivo, a fim de se entender e relacionar os principais pontos, que assim dispõe:

Art. 37. [...]

[...]

§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Do dispositivo acima se extrai que tem natureza jurídica cível a ação com base nos atos de improbidade descritos no dispositivo constitucional, pois, se assim não fosse, o dispositivo nada precisaria dizer sobre “**sem prejuízo da ação penal cabível**”, pois bastaria que, por uma ficção estatal, o ato de improbidade fosse considerado como crime que o problema da suspensão do direito político em razão de improbidades cometidas estaria acabado, mas assim não o fez e, não o fazendo, persiste o problema. A fim de não restarem dúvidas sobre a natureza da ação de improbidade e corroborando com a doutrina majoritária sobre o assunto, o STJ, no julgamento de um *habeas corpus*, sedimentou quaisquer dúvidas sobre o assunto, asseverando essa natureza. Segue o excerto do julgado:

CRIMINAL. HC. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO DE NATUREZA CIVIL. AUSÊNCIA DE RISCO À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. IMPROPRIEDADE DO WRIT. ORDEM NÃO CONHECIDA. Em ação de improbidade administrativa, o writ constitui-se em meio impróprio para a análise da alegação de ausência de intimação dos acusados e de seus defensores para apresentação das alegações finais. As sanções previstas na ação de improbidade administrativa possuem caráter civil, uma vez que as penas previstas são as de perda dos bens, ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil e proibição de contratar ou receber benefícios do Poder Público. Caracterizada a impropriedade da via eleita, nos termos da previsão constitucional, que institucionalizou o habeas corpus como meio próprio à preservação do direito de locomoção, quando demonstrada ofensa ou ameaça decorrente de ilegalidade ou abuso de poder. Precedentes. Ordem não conhecida. (HC 50.545/AL. Rel. Min. Gilson Dipp. j. 15.08.2006, DJ 04.09.2006, p. 298).

Superada a questão da natureza da ação, resta saber o que seria propriamente dito a improbidade administrativa. No diploma legal que rege a matéria, a Lei 8.429, de 2 de junho de 1992, não há um conceito do que seja este termo, sendo necessário socorrer à doutrina que também possui dificuldade para

chegar a um consenso que, com algumas variações, possuem um núcleo de convergência. Assim, nas lições de Costa (2006, p. 126):

Improbidade administrativa é o termo técnico para designar atos de corrupção na esfera pública, os quais podem ou não ter conseqüências patrimoniais. Os atos de improbidade, portanto, são ilícitos, praticados por agentes públicos, entendidos tais as pessoas que possuam vínculo com órgãos ou entidade da administração pública; ou com entidades subvencionadas pelo erário público, ou com entidades concessionárias, permissionárias, delegatárias, outorgatárias ou contratadas por órgão público.

Estando definida a improbidade, mister verificar no diploma legal quais são os atos de improbidade administrativos ensejadores da suspensão dos direitos políticos. Até antes da edição da Lei Complementar n.º 157, de 29 de dezembro de 2016, havia 3 hipóteses de atos de improbidade, sendo que em todas havia a previsão da suspensão dos direitos políticos. Com a alteração legislativa produzida no diploma original, passou-se a ter a previsão de 4 hipóteses de atos de improbidade, sendo que essa nova hipótese, seguindo a linha das anteriores, também passou a prever a hipótese da suspensão dos direitos políticos. Assim, a tipificação legal das condutas, com a graduação da suspensão, ficou assim definida:

- art. 9º - enriquecimento ilícito (suspensão de 8 a 10 anos);
- art. 10 – prejuízo ao erário (suspensão de 5 a 8 anos);
- art. 10-A (introduzido pela alteração) – concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro tributário (de 5 a 8 anos); e
- art. 11 – atentado contra os princípios da Administração Pública (de 3 a 5 anos).

Cada uma das condutas descritas pode ensejar, dentre outras penalidades, a suspensão de direitos políticos a ser modulada caso seja aplicada essa penalidade ao agente que praticar quaisquer das condutas previstas nos artigos acima. Importante é a redação do art. 12, da Lei n.º 8.429, a fim de elucidar essa possibilidade de aplicação de sanções isoladas ou cumuladas, conforme segue:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009).

Perceba que, conforme o caso e a depender do magistrado, poderá ser aplicada a suspensão dos direitos políticos cumulada ou isolada com qualquer outra penalidade disposta nos incisos do artigo referido sendo que, no presente artigo,

importa somente a questão da possibilidade de suspensão dos direitos políticos em razão da inconveniência. Costa (2006, p. 126) explicita que:

Diferentemente do que ocorre com a suspensão dos direitos políticos em razão da condenação criminal transitada em julgado, a improbidade administrativa, declarada em sentença judicial, não gera a suspensão dos direitos políticos como efeito anexo, automático. Necessário que a decisão qualificadora de determinado ato administrativo como ímprobo expressamente disponha sobre a suspensão dos direitos políticos do agente público que o praticou.

Vê-se que é uma medida a ser imposta analisando-se o caso concreto, à medida que esta pode ser efetivada ou não, além de poder ser aplicada cumulativamente. Não se está a negar a importância do diploma legal e toda sua regulamentação, pois a doutrina é unânime quanto sua importância para minorar a permanência no serviço público de agentes mal intencionados que pensam em locupletar-se de alguma maneira à custa dos contribuintes. A questão da aplicação dessa penalidade, seja isolada ou não, é que vai de encontro com o estabelecido no art. n.º 23, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, sendo que neste diploma só há previsão expressa de suspensão de direitos em processo penal por juiz competente e não em casos de improbidade.

A questão da constitucionalidade formal já se encontra superada, conforme demonstrado através da ADI n.º 2182/DF. Persiste, ainda, a questão da constitucionalidade material (ADI 4295/DF), fato este que leva a vigência da lei e sendo esta vigente e, por hora, válida, está apta e produzindo resultados por suspender os direitos políticos, caso venha a ser assim declarado pelo magistrado, circunstância esta que geralmente ocorre, a fim de moralizar o serviço público. Fato é que o ordenamento jurídico tem que estar apto a produzir resultados em conformidade com todo o seu conjunto e não de forma isolada, mitigada, para se cumprir uma finalidade específica (moralidade pública a qualquer preço). Até que se defina a questão da constitucionalidade material, ou não, do diploma que trata da improbidade, resta analisar a questão da conveniência desse diploma legal, aferindo se o pleno exercício dos direitos políticos pode ser mitigado total em razão de uma ação de natureza cível que a pessoa venha a sofrer, pois, conforme já demonstrado, a aparente constitucionalidade da lei esbarra na conveniência em razão de o Estado brasileiro ser signatário de diversos tratados internacionais, principalmente tratados de direitos humanos, pois estes têm, conforme já

demonstrado, natureza supralegal, tendo assim o poder de anular os efeitos de uma norma que não está no mesmo plano hierárquico.

À vista disso, a inconvencionalidade, que será o assunto tratado no próximo capítulo, tem que ser pensada como aliada ao exercício dos direitos políticos, assim como de muitos outros direitos, pois constitui uma barreira que bloqueia os excessos legislativos interno, vedando o retrocesso em matéria de direitos humanos (efeito cliquet).

4 LEGISLAÇÃO INTERNA VERSUS LEGILAÇÃO EXTERNA – INCONVENCIONALIDADE E A SOLUÇÃO DA ANTINOMIA

Conforme vem sendo demonstrado ao longo do presente, pode haver conflito de normas internas com as externas em razão de o Estado brasileiro ser signatário de diversos diplomas internacionais. Nem sempre esse conflito é de fácil identificação, pois alguns instrumentos possuem regras quanto à adesão que podem ser com reservas e sem reservas sendo este o mecanismo que permite afastar o cumprimento de uma cláusula de um tratado. Nesse caso específico, o conflito de norma interna com a norma externa – inconvencionalidade - se dá em um ponto bastante específico, qual seja, a suspensão de direitos políticos na Lei de Improbidade Administrativa em face da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Todavia, a suspensão relacionada com a improbidade da LIA pode ser declarada pelo magistrado, ou não, em razão do caso concreto, conforme demonstrado no capítulo antecedente.

Ocorre que se a suspensão desses direitos políticos estivesse regulamentada na nossa Carta Magna de 1988, não haveria que se falar em inconvencionalidade, haja vista que a Constituição está acima de todos os diplomas legais, estando os tratados de direitos humanos abaixo dela e acima das leis ordinárias. Porém, não foi dessa maneira que ocorreu a regulamentação dessa suspensão, sendo deixada para que uma lei ordinária viesse a fazê-lo, e assim o fez através da Lei nº 8429/1992 que, conforme já demonstrado, foi objeto de ações de inconstitucionalidade formal (já superada) e inconstitucionalidade material (ainda em curso e sem previsão de julgamento). Caso esta também venha a ser superada, restaria a inconvencionalidade dos respectivos dispositivos, pois o objeto da ação (ADI nº 4295) é que sejam declarados inconstitucionais, dentre vários artigos, os artigos 9º, 10 e 11, do diploma citado, porque, conforme principal argumentação utilizada na ação, estes dispositivos, além dos outros atacados, são extremamente vagos, valendo destacar o seguinte parágrafo da aludida ação: “Uma lei que não contenha parâmetros firmes e bem identificáveis das condutas puníveis com drásticas sanções não se comporta no âmbito do Estado Democrático de Direito instituído pelo constituinte”.

Dessa forma, serão tratadas na sequência a questão da inconvenção e a solução dessa antinomia com base no quanto disposto no ordenamento e na jurisprudência, tendo por base um caso concreto por analogia, em razão de estar diretamente ligado ao diploma internacional que mitiga a suspensão dos direitos políticos em razão da improbidade administrativa, qual seja, a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, também chamada de Pacto de São José da Costa Rica.

4.1 A antinomia das normas e a inconvenção

A questão da antinomia das normas não resta dúvida alguma, pois está se tratando de uma norma ordinária e uma norma internacional que foi dado o status de supralegal, haja vista tratar de assuntos de direitos humanos, sendo este o caminho encontrado pela jurisprudência em razão da matéria de relevante importância, prevalecendo, por hora a tese do julgamento do RE 466.343/SP. Divergências doutrinárias à parte, enquanto a norma de direitos humanos não passar pelo rito previsto no art. 5º, §3º, da CRFB/88, ela não será equivalente à emenda constitucional, sendo que este rito foi o jeito que o legislador arranhou para tentar solucionar uma discussão doutrinária que se fazia presente em razão na natureza diferenciada dos tratados humanos em relação aos tratados de outra natureza. Porém, como já demonstrado, isso pode gerar que tratados de mesma natureza relacionados a assuntos de direitos humanos tenham tratamento diferenciado no ordenamento interno, fato este que pode gerar mais problemas, pois tratados mais abrangentes podem ser tido “por inferiores” a tratados menos abrangentes, pois a velocidade de adesão ou ratificação dos tratados é superior a do processo legislativo de sua incorporação, devendo o legislador se atentar para não ocorrer tais diferenciações.

Fato é que no PCSCR está assim disposto em seu artigo 23:

Artigo 23. Direitos políticos

1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades:
 - a. de participar na direção dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos;
 - b. de votar e ser eleitos em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores; e
 - c. de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.

2. A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades a que se refere o inciso anterior, exclusivamente por motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal. (sem grifo no original)

Conforme se percebe, dentre as mitigações possíveis estabelecidas no diploma supralegal, em plena vigência interna, não se vislumbra a questão da improbidade administrativa, havendo assim a colisão entre a norma supralegal (Convenção Americana) e a norma ordinária (Lei de Improbidade Administrativa), pois apesar de ter sido relegado pela CRFB/88, em seu artigo 37, §4º, a regulamentação dessa suspensão, esta se demonstra inconvenção, pois colocam frente a frente duas normas de pesos distintos, tratando sobre a mitigação de um direito fundamental na participação dos assuntos estatais através do voto ou sendo votado. Aqui se faz importante a lição de Bobbio (2014, p. 59) que assevera que “As normas inferiores dependem das superiores. [...] Em virtude da presença de um ordenamento jurídico de normas superiores e inferiores, este apresenta uma *estrutura hierárquica*. As normas de um ordenamento são dispostas em *ordem hierárquica*”. Desse modo, para que uma norma possa estar vigente, ser válida e apta a produzir resultados, ela não pode colidir com outra norma de patamar superior, devendo guardar com esta a compatibilidade formal e, principalmente, material, sob pena de ter seu conteúdo esvaziado.

4.1.1 Controle de convencionalidade

Sobre o controle de convencionalidade de normas internas em conflito com as normas externas incorporadas ao ordenamento pátrio, vale a pena ressaltar que como todo assunto em direito demora um tempo para que se possa surtir algum efeito, vindo a amadurecer para ganhar corpo ao longo do tempo, seja doutrinariamente, seja jurisprudencialmente, o mesmo ocorre também com o controle de convencionalidade, pois este é um assunto que apareceu no continente americano pela primeira vez em 2003, na Corte Interamericana, mas que foi ganhando corpo a partir de 2006, sendo que, em 2010, ocorreu o ápice do controle de convencionalidade sendo firmada a necessidade desse controle em âmbito interno. Conforme demonstrado por Mazzuoli (2016, p. 51):

Foi, porém, no *Caso Cabrera García e Motiel Flores Vs. México*, j. 26.11.2010, que a Corte Interamericana (por unanimidade de votos) afirmou em definitivo sua doutrina jurisprudencial sobre o controle de convencionalidade. **A partir desse momento, fixa-se ainda, vez por todas, a obrigação dos juízes e**

tribunais nacionais em aplicar a Convenção Americana segundo a interpretação que dela faz a Corte Interamericana, atribuindo-se ao controle de convencionalidade um efeito *positivo ou construtivo*. (sem grifo no original)

Depreende-se, portanto, que o Estado brasileiro, através do Estado-juiz, tem o dever de aferir a validade da lei em consonância com os diplomas internacionais, caso este controle não seja exercido preventivamente ao se ratificar o instrumento fazendo a reserva a um ou a alguns dispositivos do tratado, caso seja possível fazê-la, pois, do contrário, o tratado estará em pleno vigor e os casos de inconvenção deverão ser tratados vencendo-se a inércia da jurisdição mesmo que a (in)convencionalidade não seja abordada no caso concreto, pois, apesar dessa ausência, a posição da doutrina é no sentido de haver essa possibilidade de ofício, pois se entende que mesmo que não seja instado a manifestar-se sobre esse assunto, seria matéria de ordem pública, não podendo o Estado se abster de exercer tal controle.

A fim de não restarem dúvidas sobre o controle de convencionalidade, bem como da regra *pacta sunt servanda* esculpida no art. 26, da Convenção de Viena, regra esta que baliza a ratificação dos tratados em razão da boa-fé, segue o art. 27, do mesmo diploma, que assim dispõe “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”. Assim sendo, nenhum Estado está obrigado a ratificar um tratado, mas se o fizer deve cumpri-lo, em razão das boas práticas e dos princípios internacionais envolvidos e que afetam toda comunidade internacional relacionada com o assunto, sendo que a oposição ao cumprimento só deve ser feita através da reserva ou da denúncia, jamais em razão do quanto disposto no ordenamento interno.

4.2 Critérios para solução da antinomia das normas

Tendo já sido demonstrada a antinomia e a importância relacionada ao controle de convencionalidade, importante demonstrar os critérios para que se resolva o imbróglio entre o diploma nacional e o diploma internacional, sendo importante demonstrar o porquê da importância em solucionar a antinomia e demonstrar os critérios para a solução das mesmas. Segundo Bobbio (2014, p. 91) antinomia jurídica é “aquela situação que se verifica entre duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento e com o mesmo âmbito de validade”. Dessa forma, extraem-se

do conceito duas condições necessárias para que ela ocorra: a norma tem que pertencer ao mesmo ordenamento e tem que ter o mesmo âmbito de validade.

Para se demonstrar a importância da correção da antinomia entre as normas de um ordenamento jurídico, o nobre jusfilósofo italiano fez uma diferenciação entre antinomia (incompatibilidade) e a injustiça (falta de proporcionalidade). Nas lições de Bobbio (2014, p. 92/93):

O que antinomia e injustiça têm em comum é que ambas dão lugar a uma situação que requer correção, mas a razão pela qual se corrige uma antinomia é diferente daquela pela qual se corrige a injustiça. A antinomia produz *incerteza*; a injustiça produz *desigualdade*, e, portanto, a correção obedece, nos dois casos, a dois valores diferentes, num caso. Aos valores da ordem, no outro, àquele de igualdade.

Para que não parem dúvidas quanto à validade de uma norma, ou não, caso haja o conflito, deve-se chegar a uma maneira de solucioná-lo para que não se sobreponha a insegurança jurídica à certeza das relações necessárias em um Estado de direito, sendo que para isso existem três critérios tradicionais, quais sejam: o cronológico, que prevalece a lei posterior; o da especialidade que prevalece lei especial sobre lei geral; e o hierárquico, onde prevalece a lei superior (BOBBIO, 2014). A importância dos critérios estabelecidos pelo douto jusfilósofo e adotado pelo ordenamento brasileiro é que não se deixa margem de dúvidas quanto ao subjetivismo que pode ser aplicado, casuisticamente, caso a caso. Com os critérios definidos, um vai eliminando o outro, não deixando margem para dúvidas quanto à aplicação objetiva.

Esses critérios de solução de antinomias estão dispostos de maneira esparsa em nosso ordenamento, sendo encontrados na CRFB/88 no art. 5º (critério da especialidade e no art. 2º, do Decreto-Lei n.º 4.657/1942 (critério cronológico), sendo que o critério hierárquico é decorrente lógico de haver uma hierarquia entre as normas, prevalecendo as de patamar superior às leis de patamar inferior. Aqui importante é a lição de Tartuce (2011, p. 39) sobre a solução havendo o choque entre os critérios hierárquico e o da especialidade:

- Solução do Poder Legislativo – cabe a edição de uma terceira norma, dizendo qual das duas normas em conflito deve ser aplicada.
- Solução do Poder Judiciário – o caminho é a adoção do princípio máximo de justiça, podendo o magistrado, o juiz da causa, de acordo com sua convicção e aplicando os arts. 4º e 5º da Lei de Introdução, adotar uma das duas normas, para solucionar o problema.

A par do critério apontado acima, poderia o magistrado, em razão do princípio do livre convencimento motivado, adotar uma solução levando-se em conta o

estabelecido em uma norma inferior (LIA), que é o quem tem acontecido, pois os direitos políticos podem ser suspensos, em razão de um processo de natureza cível, desde que conste expressamente na sentença, em detrimento do quanto estabelecido em uma norma de caráter supralegal (PSJCR), que preconiza a suspensão somente em caso de condenação em processo penal por juiz competente, estabelecendo-se, assim, uma insegurança quanto aos critérios para a solução das antinomias vigentes, prevalecendo casuisticamente o subjetivismo, em detrimento do critério objetivo hierárquico estabelecido, sem contar que em matéria de direitos humanos, o princípio que deverá prevalecer é o *pro homine*, ou *pro persona*, que será abordado na sequência.

Pelo exposto e se não houvesse um critério ainda mais benéfico em relação à aplicação das normas relacionadas a direitos humanos, a fim de não restarem dúvidas sobre qual critério tradicional deva objetivamente prevalecer havendo uma antinomia entre uma norma superior e uma norma inferior, Bobbio (2014, p. 95) aduz que:

Uma das conseqüências da hierarquia normativa é justamente esta: as normas superiores podem revogar as inferiores, mas as inferiores não podem revogar as superiores. A inferioridade de uma norma em relação a outra consiste na menor força de seu poder normativo: essa menor força se manifesta justamente na incapacidade de estabelecer uma regulamentação que esteja em oposição à regulamentação de uma norma hierarquicamente superior.

Dessa forma, em razão de a Convenção Americana ser hierarquicamente superior à Lei de Improbidade Administrativa, deve aquela prevalecer sobre esta quanto a haver a suspensão de direitos políticos em razão de sentença em processo penal por juiz competente, pois a convenção não deixa dúvida ser incabível quanto a improbidade, pois se trata de rol taxativo as mitigações lá expostas. Ressalta-se que a CADH não fala em sentença penal transitada em julgado como na CRFB/88, sendo nesse quesito ela é mais prejudicial do que benéfica para o cidadão, pois qualquer sentença penal poderia ensejar a suspensão dos direitos políticos.

No caso em estudo, o critério hierárquico amoldou-se com perfeição à solução da antinomia das normas em conflito, tanto no caso se só haver suspensão em razão de sentença em processo penal e não em processo cível (improbidade), bem como de não ser qualquer sentença penal (PSJCR), mas sim em sentença penal transitada em julgado (CRFB/88). Porém, a doutrina sobre os direitos humanos tem preconizado o diálogo das fontes para a solução das antinomias, pois

os critérios tradicionais de solução das antinomias não iriam solucionar adequadamente os conflitos em matéria de direitos humanos e, a depender do caso concreto, uma norma inferior ou uma norma mais antiga, em razão de darem mais proteção ao ser humano, iriam prevalecer em detrimento dos critérios tradicionais de solução de antinomias, haja vista o *princípio pro homine* ou *pro persona* que, conforme Mazzuoli (2010, p. 227):

Por meio dele não há que se falar na primazia absoluta de uma norma em rechaço a outras, tampouco no estabelecimento de fórmulas ou critérios *fechados* de solução de antinomias, incapazes de levar ao diálogo das fontes e de sopesar qual o melhor direito para o ser humano no caso concreto. Se os métodos tradicionais de solução de antinomias somente levam à *monossolução*, o princípio internacional *pro homine* leva a uma solução plural, em que o juiz “coordena” o diálogo das fontes “escutando” o que elas dizem.

Logo, em matéria de direitos humanos, não há que se falar somente nos critérios tradicionais de solução de antinomia de normas (o hierárquico, o cronológico e o da especialidade), mas também se deve observar o princípio *pro homine* ou *pro persona* no qual independente de uma norma ser superior, ser mais nova, ou ser específica em relação a outra, se estas trouxerem menos proteção em matéria de direitos humanos em relação às anteriores que venham a conflitar, prevalecerão as que mais projetam os direitos humanos, pois é vedado o retrocesso nessa matéria (efeito cliquet).

4.3 Suspensão dos direitos políticos na Lei de Improbidade Administrativa – analogia com a prisão do depositário infiel

Em razão de o ordenamento jurídico buscar dar segurança aos que dele necessitam, existem vários meios de se chegar a uma conclusão plausível sem haver uma norma que se amolde perfeitamente a uma determinada situação sendo que uma dessas ferramentas é a analogia, que é a busca por uma solução em relação à semelhança para fatos jurídicos que, aos olhos menos atentos parecem muito distintos, mas que guardam um liame. Nas lições de Bobbio (2014, p.142):

Entende-se por “analogia” aquele procedimento pelo qual se atribui a um caso não regulado a mesma disciplina de um caso regulado de *maneira similar*. [...] A analogia é certamente o mais típico e o mais importante dos procedimentos interpretativos de determinado sistema normativo: é aquele procedimento mediante o qual se manifesta a chamada tendência de todo sistema jurídico a *expandir-se* para além dos casos expressamente regulados.

Vê-se que se trata de importante “método de autointegração” (Bobbio, 2014, p. 141) e que há a previsão expressa em nosso ordenamento, conforme art. 4º, do Decreto-Lei n.º 4.657/1942, *in verbis*: “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Dessa forma, a solução dada no RE n.º 466.343/SP, deverá ser a mesma dada no presente caso de não haver a possibilidade de suspensão de direitos políticos em processo de improbidade que tem natureza cível, tendo como base o PSJCR. A fim demonstrar o silogismo relacionados a ambos os casos, segue a ementa do recurso referido:

EMENTA: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentação 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 n.º 349.703 e dos HCs n.º 87.585 e n.º 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. . (RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE n.º 466.343. Relator: Min. Cezar Peluso. DJ: 08.12.2008).

Assim, trata-se de matérias análogas, pois:

- a que foi decidida no RE n.º 466343/SP tratava de violação de direitos humanos, em razão da prisão civil do depositário infiel, com previsão no Texto Magno, tendo por base uma norma interna regulamentadora inferior em conflito com a norma externa incorporada com caráter supralegal;
- o objeto do presente estudo, trata de violação de direitos humanos, em razão da suspensão de direitos políticos em razão da falta de sentença penal condenatória (diga-se processo cível de improbidade), com previsão no Texto Magno, tendo por base uma norma interna reguladora inferior em conflito com a norma externa incorporada com caráter supralegal.

Dessa forma, a fim de se manter a integridade do ordenamento jurídico com a segurança jurídica para aqueles que buscam a paz social através do monopólio estatal para a resolução de conflitos, deve-se dar àqueles que buscarem a tutela jurisdicional no caso da suspensão dos direitos políticos por questão de improbidade administrativa o semelhante ao dado no caso paradigma, qual seja, no sentido de afastar a aplicação da lei ordinária em conflito com a lei internacional. Tanto é assim que, corroborando não validade da norma interna, o STF sedimentou, por completo, o nível hierárquico superior, conforme segue excerto do julgamento do HC n.º 88240/SP:

[...]

Há o caráter especial do Pacto Internacional dos Direitos Civis Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ratificados, sem reserva, pelo Brasil, no ano de 1992. A esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. **O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação.** [...] (STF, Segunda Turma, HC n.º 88.240/SP. Rel. Min. Ellen Gracie, j. 07.10.2008, v.u., DJe de 23.10.2008). (sem grifo no original)

Por essa razão, independentemente de qual o direito humano que esteja sendo violado, em razão da proteção de que dispões essa matéria, a norma interna que esteja em antinomia com a norma externa estará vigente no ordenamento interno, todavia não será válida e não estará apta a produzir resultados.

4.4 Possível solução para a celeuma da suspensão dos direitos políticos relacionados à improbidade

Já tendo sido demonstrada a inconveniência da suspensão de direitos políticos na lei de improbidade Administrativa em face do Pacto de São José da Costa Rica, resta demonstrar como tal suspensão poderia se efetivar sem o Estado brasileiro ser taxado como violador de direitos humanos e tratados internacionais regentes desses direitos de primeira geração, preservando a questão da moralidade no tocante aos agentes públicos, sendo que o caminho a ser trilhado é o do processo legislativo relacionado aos direitos políticos.

Como os direitos políticos são um termo que compreende a capacidade eleitoral da qual decorrem duas espécies, a capacidade eleitoral ativa e a passiva, a questão passa por um dos requisitos/condições que compõem a capacidade eleitoral passiva, pois para que o cidadão possa ser votado, dentre outros ele deve: preencher a capacidade eleitoral ativa (ser alistado como eleitor); filiar-se a um partido político por um tempo mínimo; ser escolhido na convenção partidária para o cargo pretendido; registrar a candidatura para o cargo pretendido; ter a residência eleitoral na circunscrição eleitoral por um tempo mínimo; ter a idade mínima para o cargo; não incidir nas causas de inelegibilidade. Perceba que os requisitos/condições a serem atendidos para que a capacidade eleitoral passiva seja exercida são bastante amplos, sendo que a capacidade passiva decorre diretamente

da ativa, porque não tem como se preencher aquela se esta não estiver preenchida em primeiro lugar.

Nesse sentido, falar em suspensão de direito político por improbidade abarca a capacidade eleitora ativa e passiva, fato este inaceitável em razão do diploma internacional incorporado ao ordenamento pátrio com caráter superior ao da lei ordinária de regência. O que a lei de improbidade pode ser alterada é no sentido de haver um **recesso ou entreato** da capacidade eleitoral passiva, em razão da improbidade administrativa; assim, o cidadão manteria a capacidade eleitoral ativa intacta, podendo votar plenamente, e teria mitigada a capacidade eleitoral passiva em razão da condenação por improbidade, mantendo todos os demais requisitos da capacidade passiva. Dessa maneira, quando se cessasse o **recesso ou entreato** relativo ao requisito da improbidade, e caso o cidadão quisesse, poderia sair como candidato porque já teria todas as demais condições preenchidas, sendo isso de importância ímpar haja vista que na intercorrência do período eleitoral poderia haver a cessação do entreato e depois de ter passado período do registro da candidatura e o dia da votação o estrago já teria sido feito, somente podendo sair como candidato no próximo pleito.

5 CONCLUSÃO

Os Estados, no trato com outros sujeitos de direito público internacional, têm um instrumento para regular os compromissos recíprocos assumidos que são os tratados internacionais. Nenhum Estado está obrigado a ratificar um tratado internacional, mas caso venha a fazê-lo deverá cumprir o quanto estabelecido em razão do princípio do *pacta sunt servanda*. Do contrário, para se abster ao cumprimento às cláusulas do tratado deve ser utilizada a reserva, ou estando em vigor o tratado deve ser utilizada a denúncia. Tratado é um termo gênero que abarca uma série de espécies, sendo que a praxe internacional é que defina qual espécie será utilizada em razão do assunto nele será consignado, sendo o Estado brasileiro sobre influência direta em seu ordenamento jurídico interno quando estes instrumentos internacionais entram em vigor no ordenamento interno, principalmente no tocante aos tratados internacionais de direitos humanos.

Os tratados internacionais de direitos humanos possuem uma natureza peculiar, pois a doutrina e a jurisprudência divergem no sentido de possuírem natureza constitucional ou supralegal, em razão da matéria neles elencados, sendo que, por ora, prevalece o entendimento de que se não passarem pelo rito previsto na CRFB/88, art. 5º, §3º, eles terão natureza supralegal, sendo esta a natureza do Pacto de São Jose da Costa Rica no ordenamento pátrio. Essa convenção prevê a mitigação de alguns direitos, dentre estes os direitos políticos, em razão de sentença penal prolatada por autoridade judiciária competente, não cabendo a mitigação em casos de improbidade administrativa.

Os direitos políticos são uma das espécies de direitos humanos de primeira geração (dimensão), funcionando eles como marcos regulatórios da participação do cidadão na tomada de decisões afetas a sua vida, podendo participar ativamente (votando) ou passivamente (sendo votado), estando estabelecidas as condições iniciais dessa participação na CRFB/88.

A CRFB/88 estabelece uma série de condições que devem ser preenchidas e outras que o cidadão deve abster-se de possuir, a fim de poder votar e ser votado, sendo que a improbidade administrativa está entre as hipóteses de suspensão de direitos políticos elencadas no diploma magno, que delega a regulação dessa

hipótese de suspensão a outro diploma normativo que é conhecido como Lei de Improbidade Administrativa, sendo esta lei de natureza cível comum.

Em razão de Lei de Improbidade Administrativa ser de natureza cível ordinária e a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos ser de natureza supralegal, há a colisão entre dois diplomas normativos em pleno vigor no ordenamento interno ocasionando, assim, a inconveniência da Lei de Improbidade em face da Convenção Americana no tocante à suspensão dos direitos políticos, sendo que aqui o critério hierárquico é o suficiente para resolver a colisão de assuntos regulados por diplomas diversos. Não fosse esse o caso, em razão do princípio *pro homine* ou *pro persona*, segundo a doutrina, prevaleceria a norma mais favorável independente da hierarquia do diploma em razão da vedação do retrocesso em matéria de direitos humanos (efeito cliquet).

Tem-se que, de maneira análoga, a suspensão dos direitos políticos em caso de improbidade merece o mesmo tratamento dado ao depositário infiel, pois, em ambos os casos, há a violação de diploma internacional de direitos humanos, em pleno vigor e de natureza supralegal, em razão de previsão constitucional regulada por norma de natureza inferior a do diploma internacional.

Assim, para que o Estado brasileiro possa compatibilizar seu ordenamento interno que trata da improbidade administrativa em face da norma incorporada de natureza supralegal, é necessária uma mudança legislativa na qual haja a previsão de que a improbidade administrativa não seja causa de suspensão de direitos políticos, mas que esta seja um dos requisitos da capacidade eleitoral passiva a serem preenchidos, caso o cidadão pretenda se candidatar, pois a falta desse requisito específico, dentre vários outros que ele deve possuir, seria um recesso ou entreato, ou seja, o cidadão estaria apto a votar e impedido de ser votado por falta da probidade.

BIBLIOGRAFIA

AGNES, C.; HASS, H.; HELFER, I. *Normas para apresentação de trabalhos acadêmicos*. 2. ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2017. Disponível em: <http://www.unisc.br/editora/e_books_normas.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2018.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Ari Marcelo Sollon; prefácio Celso Lafer; apresentação Tercio Sampaio Ferraz Junior. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2014.

BRASIL. Constituição de 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 abr. 2018.

_____. Decreto n.º 678, de 6 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/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 08 abr. 2018.

_____. Decreto n.º 1.973, de 1º de agosto de 1996. *Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm>. Acesso em: 09 abr. 2018.

_____. Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009. *Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm>. Acesso em: 09 abr. 2018.

_____. *Decreto n.º 7.030, de 14 de dezembro 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 08 abr. 2018.

_____. Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942. *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 08 jul. 2018.

_____. Decreto n.º 19.841, de 22 de outubro de 1945. *Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 09 abr. 2018.

_____. Decreto legislativo n.º 89, de 03 de dezembro de 1998. *Aprova a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do reconhecimento, de acordo com o previsto no parágrafo primeiro do art. 62 daquele instrumento internacional.* Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1998/decretolegislativo-89-3-dezembro-1998-369634-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

_____. Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992. *Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 08 abr. 2018.

_____. Lei n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006. *Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 09 abr. 2018.

_____. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 08 abr. 2018.

_____. Lei Complementar n.º 157, de 29 de dezembro de 2016. *Altera a Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003, que dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa), e a Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990, que “dispõe sobre critérios e prazos de crédito das parcelas do produto da arrecadação de impostos de competência dos Estados e de transferências por estes recebidos, pertencentes aos Municípios, e dá outras providência.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/lcp/Lcp157.htm>. Acesso em: 11 jun. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recursos Extraordinários. *REsp n.º 1.640.084-SP.* Relator: Ministro Ribeiro Dantas. DJ: 15.12.2016. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=crime+desacato&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma. *HC n.º 50.545/AL.* Rel. Min. Gilson Dipp. j. 15.08.2006, DJ 04.09.2006, p. 298. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=+hc+50545&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 11. jun. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. *HC n.º 379.269-MS*. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. DJ: 24.05.2017. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=crime+desacato&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Habeas Corpus. *HC n.º 88.240/SP*. Rel. Min. Ellen Gracie. j. 07.10.2008, v.u., DJe de 23.10.2008. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2367988>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE n.º 466.343-1/SP*. Relator: Ministro Cezar Peluso. j. 08.12.2008. DJe de 05.06.2009. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28466343%2E%2E%2E+OU+466343%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jaxlvxq>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. *ADI n.º 2182/DF*. Rel. Min. Marco Aurélio. j. 21.05.2010. DJe 168, 10.09.2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%282182%2E%2E%2E+OU+2182%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hmwr99n>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI n.º 4295/DF*. Rel. Min. Marco Aurélio. Tramitando. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3751870>>. Acesso em: 11. Jun. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmulas Vinculantes. *Súmula Vinculante n.º 25*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. E. 46, v.1. São Paulo: Saraiva, 1977.

COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral*. 6. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

GOMES, Luiz Flavio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

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

_____. *Curso de direito internacional público*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Prisão civil por dívida e o Pacto de San José da Costa Rica: (especial enfoque para os contratos de alienação fiduciária em garantia)*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. ver. e aumen. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

NEVES, Daniel Amorim Assunção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. *Manual de improbidade administrativa*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMAYANA, Marcos. *Direito eleitoral*. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 14. ed. ver., rev., aumen. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. São Paulo: MÉTODO, 2011.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 3ª tiragem. 24. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.