

OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E SUA REPERCUSSÃO NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA¹

RESUMO

O Supremo Tribunal Federal – STF – tem mudado seu entendimento no que diz respeito à natureza jurídica dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos e que são acolhidos pela ordem interna na forma prevista no § 2º do art. 5º da Constituição Federal. Até 2.12.2008 emprestava-lhes a natureza de lei ordinária federal; a partir de 3.12.2008, passou a aceitá-los como normas supralegais. Ademais, esse novo posicionamento promove um grande impacto na pirâmide hierárquico-normativa kelseniana, impondo repercussões tanto na ordem subconstitucional, quanto na constitucional propriamente dita. Dessa maneira, o objetivo perseguido pelo presente artigo foi, exatamente, analisar o posicionamento do STF à luz da doutrina do Professor Valerio de Oliveira Mazzuoli e consequente efeito no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, lançou-se mão de vários doutrinadores que estudam a temática e, também, da jurisprudência do STF que trata desse assunto. Dividiu-se o artigo em tópicos e subtópicos, de modo a melhor esmiuçar o objeto de estudo nele traçado. Verificou-se, a final, que aquela Corte equivocou-se ao definir a natureza jurídica dos acordos internacionais veiculadores de direitos humanos, quando aprovados segundo o rito previsto no § 2º do art. 5º da Constituição, imprimindo, desse modo, repercussões também equivocadas na ordem jurídica então vigente.

Palavras-chave: Tratados internacionais. Direito humanos. Natureza jurídica. Repercussão. Ordem jurídica brasileira.

INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS TREATIES AND THEIR IMPACT ON THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

ABSTRACT

The Brazilian Supreme Court has changed its understanding regarding the legal nature of international treaties that deal with human rights, which are sheltered by domestic order as provided in § 2 of art. 5 of the Federal Constitution. Until 12.02.2008 the Court considered them as federal common law; from 12.03.2008 on, they have been accepted as supralegal rules. Moreover, this new positioning promotes a great impact on the Kelsenian hierarchical-normative pyramid, imposing consequences both in subconstitucional order, as the constitutional itself. Thus, the objective aimed by this article was precisely analyze the position of the Supreme Court in the light of the doctrine of Professor Valerio de Oliveira Mazzuoli and its consequent effect on the Brazilian legal system, based on several indoctrinators who study the subject, as well as the jurisprudence of the Supreme Court. The article was divided into topics and subtopics to better scrutinize the object of study outlined therein. At last, it has been found that the Court mistook the definition of legal nature of the international human rights agreements, when approved after the rite laid down in § 2 of art. 5 of the Constitution, printing, thus also misleading impact on current law.

Keywords: International treaties. Human rights. Legal nature. Repercussion. Brazilian juridical order.

¹ Francisco José Garcia Figueiredo, professor do curso de Direito da UFPB, doutorando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal. Robson Antão de Medeiros, professor do curso de Direito da UFPB, Pós-Doutro em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal.

INTRODUÇÃO

A dignidade da pessoa humana, princípio basilar da República brasileira, tem imposto mudanças hermenêutico-materiais relativamente à apreensão dos conteúdos semântico-jurídicos e respectiva aplicação da Constituição de 5 de outubro de 1988 aos casos concretos diante do Judiciário deduzidos.

Exemplo emblemático dessa afirmação é, exatamente, a mudança paradigmática do Supremo Tribunal Federal – STF – concernentemente à natureza jurídica dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos e consequente mudança do perfil de outro – também – princípio constitucional, qual seja, a soberania.

Até 2 de dezembro de 2008, aquela Corte entendia que os tratados internacionais veiculadores de direitos humanos inseridos na ordem doméstica tinha a natureza jurídica de lei ordinária federal. A partir de 3 de dezembro de 2008, contudo, seu entendimento mudou consideravelmente, passando a ser o de norma supralegal com todas as repercussões na ordem subconstitucional daí decorrentes, bem como na própria ordem constitucional.

Assim, o presente artigo tem o escopo de analisar o entendimento do STF à luz dos princípios hermenêuticos constitucionais, levando-se em conta os tratados internacionais dos quais o Brasil é subscritor, quer tratem de direitos humanos, quer tratem da forma como um tratado deve ser construído, respeitado e internalizado.

Nesse norte, é possível desde logo indagar-se: teria o STF acertado na definição da natureza jurídica (*status* jurídico) dos tratados internacionais sobre direitos humanos ao resolver, por exemplo, sobre a repercussão da inserção do Pacto de São José da Costa Rica segundo o procedimento previsto no § 2º do art. 5º da Constituição?

Dadas às possibilidades diversas de entendimentos, com fundamentos jurídicos também diversos, a investigação da problemática acima levantada importa para a comunidade acadêmica, no sentido de se ter ou se buscar uma outra visão – também jurídica – das hipóteses concernentes à natureza jurídica dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos e que adentrem à ordenança posta.

Para a consecução desse intento, o presente artigo foi dividido em quatro subtópicos, sendo, no primeiro, abordado os princípios hermenêuticos constitucionais que embasariam, mais à frente, as premissas levantadas para a defesa do raciocínio esposado. Após, enumerou-se o processo constitucional de internalização dos instrumentos normativos internacionais para, em seguida, enfrentar-se a repercussão desses acordos ao passarem, na forma determinada nos §§ 2º e 3ª do art. 5º da Constituição, a fazer parte da ordem jurídica brasileira. Por último, demonstrou-se o posicionamento do STF sobre o assunto,

apresentando-se um contraponto no momento oportuno.

1 DOS PRINCÍPIOS HERMENÊUTICOS CONSTITUCIONAIS ELUCIDADORES DE UMA MELHOR APLICAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

A fim de que a Constituição seja melhor concretizada e, assim, suas normas sejam aplicadas segundo o real intento do legislador constituinte (originário e/ou derivado), a doutrina (BARROSO; BARCELLOS, 2006; SILVA, 2005) tem desenvolvido ou sistematizado meios interpretativos capazes de extrair o teor semântico-jurídico do Texto Maior, por meio de princípios instrumentais de interpretação que, embora não constem expressamente do conteúdo material da Constituição, constituem – ditos princípios – verdadeiras

premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas que devem anteceder, no processo intelectual do intérprete, a solução concreta da questão posta. Nenhum deles encontra-se expresso no texto da Constituição, mas são reconhecidos pacificamente pela doutrina e pela jurisprudência (BARROSO; BARCELLOS, 2006, p. 359).

Dentre os vários princípios hermenêuticos constitucionais criados doutrinariamente, apresenta-se, aqui, apenas aqueles que de modo mais direto interessa para a construção do raciocínio a ser desenvolvido na defesa do tema proposto para o presente artigo científico.

Eis, então, os princípios hermenêuticos constitucionais:

a) Princípio da supremacia da Constituição: ao se verificar a hierarquia das normas existentes na ordenança posta, tem-se, decorrente do princípio da supremacia da Constituição, que ela – Constituição – sempre figurará no topo da pirâmide exteriorizadora do escalonamento das normas levando-se em conta seu fundamento de validade. Assim, as “leis, atos normativos e atos jurídicos em geral não poderão existir validamente se incompatíveis com alguma norma constitucional” (BARROSO; BARCELLOS, 2006, p. 360). Essa obediência de todas as leis e atos normativos à Constituição pode ser controlada de maneira incidental – quando, dentro de um processo em andamento, é questionada a (in)constitucionalidade de certa norma – por intermédio do controle difuso ou, ainda, quando esse controle é feito por mecanismos próprios e de maneira direta junto ao STF, por meio de uma ação direta de inconstitucionalidade exemplificativamente. A lei ou o ato normativo poderá ter sua eficácia paralisada com efeitos *inter partes* ou *erga omnes* caso seu texto ou a forma como fora construído tiver desobedecido aos ditames constitucionais. São as denominadas inconstitucionalidades material e formal, questionadas em controles difuso e concentrado respectivamente;

b) Princípio da máxima efetividade da Constituição: decorrente desse princípio, o intérprete e aplicador do direito, ao ler para interpretar e, conseqüentemente, aplicar a Constituição ao caso concreto, deve fazê-lo tentando extrair sua máxima força eficazional. Noutras palavras, o intérprete, ao buscar o conteúdo da norma constitucional, deve tentar responder à seguinte indagação mental: ao positivizar a Constituição nos moldes em que ela se encontra, o legislador tinha o que em mente, isto é, a que visava concretizar? Obtida a resposta a essa pergunta, certamente, ter-se-á extraído da norma constitucional em apreço sua maior eficácia. É nesse sentido que Canotilho (1999, p. 1149) ensina sobre o alcance do princípio da máxima efetividade: “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê”;

c) Princípio da força normativa da Constituição: a partir desse princípio, tem-se que o intérprete, ao apreender os conteúdos semântico-jurídicos constitucionais para aplicá-los ao caso concreto, deve considerar a realidade fático-jurídica que permeia a sociedade destinatária dessa mesma Constituição, proporcionando um vivenciar o mais próximo possível dos ditames constitucionais aliado, esse vivenciar, à “experiência de vida da comunidade para a qual se projeta a norma concretizada” (SILVA, 2005, p. 284). Dessarte, a interpretação da Constituição sob a batuta do presente princípio, deve sempre se aliar à realidade circundante, a ponto de suas normas lograrem a eficácia – e, portanto, a força necessária – imprescindível à regência do Estado alvo de seus comandos e, por consequência, a normatização da sociedade correspondente. Tanto é assim que “uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição” (HESSE, 1991, p. 23), a fim de que sua força normativa imponha-se às novas situações advindas da evolução sócio-político-econômica da sociedade à qual é dirigida;

d) Princípio da unidade da Constituição: as normas constitucionais, por se encontrarem em um mesmo patamar hierárquico, devem conviver harmonicamente sem qualquer prevalência dum sobre as outras. Na ordem infraconstitucional, qualquer regramento antinômico impõe ao intérprete a eleição da norma a sobreviver. Para tanto, deverá lançar mão dos “critérios tradicionais da hierarquia, da norma posterior e o da especialização” (BARROSO; BARCELLOS, 2006, p. 362). Havendo, contudo, aparente conflito de normas na ordem constitucional, pelo princípio da unidade da Constituição, que revela a impossibilidade de antinomias nesse patamar hierárquico, o intérprete e aplicador do direito, utilizando-se da técnica da ponderação, deverá buscar a

harmonização possível, *in concreto*, entre comandos que tutelam valores ou interesses que se contraponham. Conceitos como os de ponderação e concordância

prática são instrumentos de preservação do princípio da unidade, também, conhecido como princípio da unidade hierárquico-normativa da Constituição (BARROSO; BARCELLOS, 2006, p. 362).

Importa ressaltar, por oportuno, que o STF (BRASIL, 1995) entendeu, definitivamente, acerca da inexistência de hierarquia entre normas constitucionais, enaltecendo, dessarte, o princípio em tela ao rejeitar a alegação de inconstitucionalidade do art. 33 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT –, quando comparada sua força eficazional com a intensidade da eficácia e a prevalência das normas postas no texto principal da Lei Fundamental republicana².

e) Princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade³: princípio implícito constitucional, cuja base encontra repouso nas noções de “devido processo legal substantivo e na de justiça” (BARROSO; BARCELLOS, 2006, p. 363). Importante meio de salvaguarda dos direitos fundamentais e, também, do interesse público, uma vez que propicia o controle da “discrecionalidade dos atos do Poder Publico e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema” (BARROSO; BARCELLOS, 2006, p. 363). Noutro dizer, o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade vai autorizar o Judiciário a sempre poder adequar, quando solicitado, os atos provindos do Legislativo (leis, atos normativos diversos etc.) e do Executivo (decretos presidenciais, políticas públicas etc.) a uma situação que melhor promova a justiça no caso concreto.

Esses, os princípios hermenêutico-instrumentais norteadores de uma melhor apreensão dos conteúdos normativos constitucionais, capazes de melhor capacitar o intérprete e aplicador do direito quando instado a concretizar os direitos e as garantias fundamentais insertas na Carta Magna de 1988.

Especificamente, eles – os princípios – contribuirão para uma compreensão mais aguçada do teor eficazional do § 2º do art. 5º da Constituição da República brasileira, mormente no que concerne à natureza jurídica dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos e sua consequente repercussão na ordem jurídica interna.

Para melhor representar essa natureza jurídica, passasse, agora, a se detalhar o

² Esse posicionamento foi firmado pelo STF no RE 160486, provindo de São Paulo, cujo acórdão foi publicado no DJ de 09.06.1995.

³ Vocábulos utilizados, aqui, de maneira praticamente sinônima, por serem detentores dos “mesmos valores subjacentes”, a saber, “racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos”, conforme lição apreendida por Barroso e Barcellos (2006, p. 362-3) a partir dos ensinamentos de Fábio Corrêa Souza de Oliveira, em sua obra **Por uma teoria dos princípios. O princípio constitucional da razoabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

procedimento constitucional previsto para a internalização dos tratados internacionais para, a seguir, identificar-se a natureza jurídica dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos e que se quadrem na hipótese prevista no citado momento constitucional.

2 TRATADOS INTERNACIONAIS E O PROCESSO DE INTERNALIZAÇÃO NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA: NECESSIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO DA SOBERANIA

2.1 Soberania como fundamento não absoluto da República brasileira

Sabe-se que a soberania é um dos pilares do arcabouço jurídico constitucional, garantindo, grosso modo falando, a não intromissão de Estados estrangeiros no Estado brasileiro, bem como a supremacia desse mesmo Estado brasileiro sobre as demais organizações que se encontram localizadas sob os auspícios na Ordem instaurada em 5 de outubro de 1988.

Esse é o entendimento, também, da doutrina mais abalizada. Veja-se, a propósito, o que enuncia Carvalho (2009, p. 670):

Soberania, palavra que tem sua origem em *super omnia, superanus* ou *supremitas*, indica o poder de mando de última instância numa sociedade politicamente organizada. No plano internos, consiste na supremacia ou superioridade do Estado sobre as demais organizações, e, no externo, quer dizer independência do Estado em relação aos demais Estados.

Mesmo a soberania fazendo parte do rol formador dos fundamentos republicanos, na forma do inciso I do art. 1º da Constituição Federal, ela não se impõe de maneira absoluta.

Aliás, o próprio art. 4º da Carta Política deixa clara a possibilidade de a República relacionar-se com Estados alienígenas, desde que se pautem pelos princípios ali anotados, dentre eles o da prevalência dos direitos humanos, podendo, inclusive, fazer parte de blocos econômico-sociais, dentre outros, no intuito de implementar os objetivos ali mesmo propostos. *In verbis*, a passagem constitucional neste momento comentada:

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

[...]

II - prevalência dos direitos humanos;

[...]

IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;

[...]

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

Além desse citado trecho, o próprio § 2º do art. 5º da Constituição da República

deixa clara a possibilidade de flexibilização da soberania, quando, então, ao se assinar um tratado internacional que trate de direitos humanos, após sua internalização nos moldes constitucionais, ele disputará espaço com as próprias determinações fundamentais elencadas, de modo concentrada, nos incisos que compõem o art. 5º do Texto Magno. É o que se infere, à luz do princípio da máxima efetividade da Constituição, a partir da leitura do mencionado § 2º do art. 5º:

Art. 5º [...] § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Quer isso dizer que se o Brasil for signatário de tratados internacionais que tenham em seu bojo determinações atinentes a direitos fundamentais, além de todos aqueles enumerados na Constituição, deverão ser considerados os que esse instrumento normativo estrangeiro também veicular.

Para se saber como se deve proceder ao impasse revelado pela dúvida de se aplicar a Constituição e/ou instrumentos normativos internacionais portadores de direitos fundamentais, passa-se à demonstração do *modus operandi* relativo à assimilação desses documentos na ordem brasileira. Seguidamente, abordar-se-á a forma de se resolver quando conflitantes, perante um caso concreto, Constituição e tratado internacional, especificamente veiculadores de direitos humanos.

2.2 Processo constitucional de inserção dos tratados internacionais na ordem jurídico-brasileira

A internalização dos tratados internacionais segue um padrão formal bastante rígido, tipificado na Constituição Federal. Dessa maneira, o modo pelo qual eles passam a fazer parte, em definitivo, da ordem jurídica brasileira, vem minudentemente detalhado na Constituição, da forma explicitada logo abaixo.

Antes, porém, cabe se fazer algumas considerações quanto às denominações dadas a esses documentos internacionais, na conformidade da Convenção de Viena de 1969.

2.2.1 Denominações dadas aos instrumentos normativos internacionais

Inicialmente, é necessário deixar claro que as nomenclaturas utilizadas para se designar algum instrumento normativo internacional do qual o Brasil seja signatário, é o que menos importa. Dessa forma, utilizar-se-á as nomenclaturas pacto, acordo, tratado, convenção, dentre outras, para se referir, indiscriminadamente, a esses instrumentos estrangeiros.

Assim ocorre, porque as denominações a eles – instrumentos – dadas não importa para se aferir, por exemplo, o tamanho de sua repercussão dentro da ordem jurídica brasileira ao ser por ela – ordem – assimilados ou, ainda, para se mensurar sua (in)validade ante os parâmetros constitucionais.

Isso decorre do fato de o Brasil ser signatário da Convenção de Viena, de 1969, sobre o Direito dos Tratados, cujo Decreto Legislativo aprobatório de seus termos é o de nº 496, de 17.07.2009, tendo o Decreto Presidencial nº 7.030, de 14.12.2009, promulgado dita Convenção, passando, de uma vez por todas, a vigor no ordenamento jurídico brasileiro.

E logo seu Artigo 2 assim determina:

Artigo 2

Expressões Empregadas

1. Para os fins da presente Convenção:

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 [...].

Veja-se, também, o que a doutrina (MAZZUOLI, 2014, p. 53) leciona acerca das denominações dadas aos instrumentos normativos internacionais:

A Convenção de 1969 deixa bem claro que a palavra *tratado* refere-se a um acordo regido pelo Direito Internacional, “qualquer que seja sua denominação específica”. É dizer, *tratado* é expressão genérica, variando as denominações utilizadas conforme a sua forma, seu conteúdo, o seu objeto ou o seu fim (grifo do autor).

Reafirme-se, conseqüentemente, que a partir deste instante e durante todo o transcurso do presente artigo, os vocábulos tratado, convenção, pacto, acordo ou similares serão manejados de modo a significar um instrumento normativo internacional veiculador de normas a ser observadas pelos Estados signatários.

2.2.2 Fases do processo de celebração e posterior inserção dos tratados internacionais na ordem jurídico-brasileira

São quatro, basicamente, as fases solenes de celebração e assimilação dos tratados internacionais, segundo o que dispõe a Constituição da República. Ei-las:

a) Celebração pelo Presidente da República: para que o Estado brasileiro obrigue-se a qualquer acordo internacional, mister se faz, como primeiro passo, que o Presidente da República celebre (assine) o pacto na conformidade de sua competência privativa, estampada no inciso VIII do art. 84 da Constituição: “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”.

Antes de cumprido todo o caminho necessário para sua validade e consequente obrigatoriedade, em consonância com os ditames constitucionais, não há se falar em subordinação aos seus comandos. Dessa maneira entendeu o STF (BRASIL, 1998), quando resolveu acerca de Carta Rogatória enviada de Buenos Aires (Argentina), em sede de recurso de agravo regimental, por decisão denegatória do *exequatur*, proferida pelo então Presidente daquela Corte. A necessidade de posicionamento do STF deveu-se, dentre outras, pelo questionamento da obrigatoriedade – ou não – de cumprimento de acordo internacional que não havia ainda concluído todos os requisitos para sua inserção na ordem brasileira;

b) Referendo do Congresso Nacional: todos os atos internacionais que o Presidente tiver praticado sob sua competência privativa, na forma do art. 84, inciso VIII da Constituição Federal – CF –, deverá submeter-se ao crivo do Congresso Nacional que, na conformidade de sua competência exclusiva, decidirá, em última palavra, sobre os instrumentos normativos do qual o país seja signatário: “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”. Aprovado, será expedido um Decreto Legislativo veiculando a decisão congressional;

c) Ratificação do Presidente da República: dando continuidade ao processo formal e solene concernente à incorporação de acordo assinado pelo Presidente da República e referendado pelo Congresso Nacional, tem-se a ratificação. Essa terceira fase é atribuição exclusiva do Chefe do Executivo Federal, consubstanciando-se no ato de depósito do Decreto Legislativo no organismo internacional onde houve a assinatura primeira. Efetuado esse depósito, o Estado brasileiro vincula-se, formalmente, às determinações do instrumento, comprometendo-se, assim, perante a sociedade internacional;

d) Promulgação e publicação: a quarta e última fase surge da necessidade de o Presidente, também sob sua competência privativa, dá executoriedade ao ato internacional, fazendo nascer o início da vigência interna do ato ratificado. O comando inserto no inciso IV do art. 84 da CF demonstra essa necessidade: “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”. Nesse passo, publicado o Decreto Presidencial, via de regra, o acordo internacional passa a ser exigível no país, incorporando-se de uma vez por todas à ordem positivada.

Ocorre que o ato internacional vigente na ordem brasileira ainda pode ser denunciado por ato unilateral do Presidente da República. Nessa etapa, não há a necessidade de participação do Poder Legislativo.

Esse ato presidencial tem a serventia de informar e tornar público, perante a comunidade internacional, que a partir de certa data sua vigência cessará internamente.

3 OS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS E OS §§ 2º E 3º DO ART. 5º CONSTITUCIONAL

Para se entender o movimento do direito nacional *versus* o direito internacional aqui na ordem brasileira, é necessário apreender-se o alcance prático-jurídico dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal.

Para tanto, expor-se-á, em primeiro lugar, os posicionamentos doutrinários acerca do § 3º antes citado, de uma vez que sua compreensão é de inteligibilidade mais pragmática. Após, serão tecidos comentários sobre o § 2º do art. 5º constitucional, voltados, certamente, ao mister do presente artigo.

3.1 Os tratados de direitos humanos e o § 3º do art. 5º da Constituição

Delimita o § 3º do art. 5º constitucional a natureza jurídica dos tratados de direitos humanos que forem aprovados segundo o rito procedimental ali previsto. Após aprovação, passam a ter equivalência a emendas constitucionais, passando a compor o bolo de constitucionalidade e servindo de parâmetro para aferir a convencionalidade do direito doméstico. Eis seu conteúdo:

Art. 5º [...] § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Desse modo, o tratado internacional que veicular direitos humanos e for aprovado consoante os ditames do § 3º do art. 5º retromencionado, comporá a ordem constitucional, passando a ser cláusula pétrea por ordem mesma do inciso IV do § 4º do art. 60 da CF: “Art. 60 [...] § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais”.

A convencionalidade deve ser entendida, aqui, como sendo a compatibilidade vertical material da produção normativa doméstica (leis ordinárias, leis complementares, atos normativos em geral etc.), quando comparada aos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos e tenham sido aprovados na conformidade acima discutida.

A doutrina mais abalizada (Mazzuoli, 2013, p. 45) assim também entende:

Como se deduz da leitura do novo § 3º do art. 5º do Texto Magno, basta que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos sejam aprovados pela maioria qualificada ali prevista, para que possam equivaler às emendas constitucionais.

E continua, mais adiante, o mesmo autor (2013, p. 147-8):

[...] não basta que a norma de direito doméstico seja compatível apenas com a Constituição Federal, devendo também estar apta para integrar a ordem jurídica internacional sem violação de qualquer de seus preceitos. A *contrario sensu*, não basta a norma infraconstitucional ser compatível com a Constituição e incompatível com um tratado ratificado pelo Brasil [...], pois, nesse caso, operar-se-á de imediato a terminação da validade da norma [...].

A compatibilidade do direito doméstico com os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no país faz-se por meio do controle de convencionalidade, que é complementar e coadjuvante do conhecido controle de constitucionalidade [...]. O controle de convencionalidade tem por finalidade compatibilizar verticalmente as normas domésticas [...] com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado e em vigor no território nacional.

Comunga, ainda, desse mesmo entendimento, Marinoni (2013, p. 66), ao afirmar que

O controle da compatibilidade da lei com os tratados internacionais de direitos humanos pode ser feito mediante ação direta, perante o Supremo Tribunal Federal, quando o tratado foi aprovado de acordo com o § 3º do art. 5º da Constituição Federal. Obviamente, estes tratados também constituem base ao controle difuso.

Fácil é entender o *status* jurídico dos pactos internacionais que portam direitos humanos e são, na medida da Constituição republicana, inseridos na ordem jurídica brasileira.

Mas, e os acordos internacionais que versam sobre direitos humanos e que são assimilados na forma do § 2º do art. 5º da CF? O que deles dizer?

3.2 Os tratados de direitos humanos e o § 2º do art. 5º da Constituição

O § 2º do art. 5º da Constituição designa a natureza jurídica dos tratados internacionais que, porventura, sejam internalizados na forma do art. 47 constitucional, isto é, por quórum de maioria simples.

Pelo teor de mencionado § 2º, os tratados internacionais que ingressarem na ordem jurídica posta terão status de norma materialmente constitucional. Veja-se sua literalidade:

Art. 5º [...] § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Infere-se – enfatize-se – do texto supradestacado que o rol dos incisos do art. 5º constitucional revelam, simplesmente, uma lista exemplificativa dos direitos e das garantias fundamentais existentes no presente. Todavia, instrumentos internacionais – dentre outras possibilidades decorrentes da própria literalidade do § 2º – vindouros poderão veicular direitos fundamentais em seus bojos, independentemente do modo procedimental de acolhimento na

ordenança jurídica positivada, ou seja, ou por quórum de maioria simples (art. 47 c/c § 2º do art. 5º, ambos da CF) ou quórum de maioria qualificada (§ 3º do art. 5º da CF).

Dessa forma, todo tratado internacional que versar sobre direitos humanos e passar a fazer parte do ordenamento brasileiro terá, minimamente, o *status* jurídico de norma materialmente constitucional, de acordo com a determinação contida no § 2º do art. 5º ora estudado.

É o que assevera Marinoni (2013, p. 96):

A tese da constitucionalidade dos tratados repousa sobre o § 2º do art. 5º da Constituição. A lógica é a de que esta norma recepciona os direitos consagrados nos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo país. Ao afirmar que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem os direitos dos tratados internacionais de que o Brasil é parte, o § 2º do art. 5º estaria conferindo-lhes o *status* de norma constitucional. O § 2º do art. 5º constituindo uma cláusula aberta, admitiria o ingresso dos tratados internacionais de direitos humanos na mesma condição hierárquica das normas constitucionais e não com outro *status* normativo.

Os tratados internacionais de direitos humanos submetidos ao rito do § 2º do art. 5º da CF passam, dessarte, a fazer parte do paradigma de controle difuso das leis internas, podendo – na verdade, devendo – qualquer juiz ou tribunal controlar a ordem subconstitucional tendo como parâmetro aferidor da legalidade de tais normas as convenções internacionais internalizadas nos moldes previstos no parágrafo em apreço.

O alcance do teor semântico-jurídico do § 2º do art. 5º constitucional é menor do que o previsto no parágrafo que lhe é imediatamente posterior (§ 3º). Enquanto aquele somente pode ser modelo para o controle difuso de convencionalidade, por exemplo, este pode ser base de validação da produção normativa doméstica tanto sob essa forma, quanto na modalidade de controle concentrado, uma vez que as convenções aprovadas segundo seu rito serão, concomitantemente, formal e materialmente constitucionais.

3.3 Considerações sobre as repercussões da aplicação dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição da República à luz dos princípios hermenêuticos constitucionais

Tendo-se por base, então o princípio da supremacia da Constituição, bem como o da unidade e da máxima efetividade do texto constitucional, não seria possível, ao menos sob a interpretação desses princípios hermenêuticos, chegar-se a conclusões outras envolvendo os §§ 2º e 3º do art. 5º constitucional.

Quer isso dizer que todo tratado de direitos humanos, por força do § 1º do art. 5º do Texto Maior (“Art. 5º [...] § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”), quando interpretado à luz do princípio da força normativa da

Constituição, leva o intérprete e aplicador do direito às seguintes conclusões:

1ª) todo tratado internacional portador de direitos humanos, ao ser internalizado, terá *status* jurídico mínimo de norma materialmente constitucional;

2ª) se passou a fazer parte da ordem brasileira sob o influxo do § 2º do art. 5º, servirá de paradigma para o controle difuso de convencionalidade, invalidando todas as normas domésticas que com ele conflitam e dentro do alcance do incidente processual gerador dessa modalidade de controle;

3ª) se passou a fazer parte da ordem brasileira sob o influxo do § 3º do art. 5º, servirá de paradigma para os controles difuso e concentrado de convencionalidade, pois, além de ingressarem com o *status* de materialmente constitucional, também o são formalmente falando. Nesse caso, invalidará todas as normas domésticas que com ele conflitam e dentro do alcance do incidente gerador dessas modalidades de controle, podendo, no controle concentrado, a invalidação da norma subconstitucional ter eficácia *erga omnes*, nos exatos termos do § 2º do art. 102 da Constituição:

Art. 102 [...] § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

4ª) o controle de convencionalidade (difuso e/ou concentrado) será feito manejado da mesma maneira que o é o de constitucionalidade, inclusive com os mesmos efeitos dele decorrentes.

4 OS TRATADOS INTERNACIONAIS E O STF

Estudados os §§ 2º e 3º do art. 5º constitucional, levando-se em conta os princípios hermenêuticos constitucionais que, por sua vez, tentam melhor elucidar os teores semântico-jurídicos postos no Texto Magno, mormente no que diz respeito às passagens constitucionais atinentes aos direitos humanos, passa-se a averiguar o posicionamento do STF em relação ao tema até agora discutido.

O § 3º do art. 5º não oferta qualquer dificuldade no que concerne à sua aplicação ao caso concreto. O STF, até agora, ainda não se posicionou especificamente em relação a tal aplicação, até porque somente uma convenção foi aprovada sob o rito procedimental do parágrafo em comento, qual seja, a “Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007” (BRASIL, 2008, 2009).

Importa, isso sim, verificar a visão sedimentada da Suprema Corte em relação à aplicação do § 2º do art. 5º da Carta Política.

Pois bem!

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal – STF – pacificou a natureza jurídica dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos e que passem a fazer parte da ordem jurídico-brasileira segundo o rito do § 2º do art. 5º.

Fala-se, neste momento, do HC nº 87.585-8/TO e do RE nº 466.343/SP (ambos julgados em 3.12.2008).

Eles são uma evidência de como aqueles conceitos e princípios clássicos do direito constitucional e do direito internacional são passíveis de causar confusão, uma vez que o entendimento ali esposado revela uma incongruência lógico-jurídica como há de se ver logo mais abaixo.

O inciso LXVII do art. 5º da Constituição (“Art. 5º [...] LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”) elevou a controvérsia a esse patamar, uma vez que ele prevê as duas únicas hipóteses de prisão civil.

O parágrafo único do art. 904 do CPC (BRASIL, 1973), alinhando-se ao supracitado comando constitucional, determina, expressamente, a prisão do depositário infiel: “Art. 904 [...] Parágrafo único. Não sendo cumprido o mandado, o juiz decretará a prisão do depositário infiel”.

Acontece que o Brasil é subscritor da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que, em seu “Artigo 7º”, “Item 7º” (BRASIL, 1992), impõe que “Ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

É signatário, também, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que, em seu “ARTIGO 11” comanda: “Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual”.

Nesse cenário, flagra-se um ordenamento confuso em que normas ordinárias preveem a possibilidade de prisão do depositário infiel, um tratado internacional – que já vige na ordem posta – restringe a possibilidade da prisão civil a casos de inadimplemento de obrigação alimentícia, outro tratado internacional, também em vigor, de maneira mais alargada, dispõe de maneira genérica sobre a vedação de prisão por dívida e a Constituição admite, por sua vez, a possibilidade da prisão civil tanto no caso da dívida alimentícia quanto

na situação do depositário infiel.

O que fazer?

Diante dessa celeuma jurídica, por assim dizer, o STF (BRASIL, 2008) entendeu, no HC nº 87.585-8/TO e no RE nº 466.343/SP, cujos julgamentos deram-se simultaneamente, datados de 3.12.2008, que o Pacto de São José da Costa Rica, por ter sido aprovado segundo o rito localizado na determinação do § 2º do art. 5º constitucional, tinha a natureza jurídica de norma supralegal, acarretando, com isso, a invalidação de toda a legislação infraconstitucional que com ele conflitar.

Eis o ementário do entendimento esposado pelo STF no RE nº 466.343/SP:

EMENTA :PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

Com esse entendimento, o STF descartou a possibilidade de tal Convenção ter o *status* de norma materialmente constitucional, desalinhando-se dos princípios hermenêuticos denominados de supremacia da Constituição, força normativa e máxima efetividade do texto constitucional.

Com essa diminuição de *status* normativo, certamente, o § 2º do art. 5º, bem como os acordos internacionais que ingressarem no ordenamento jurídico brasileiro sob seu comando terão seus alcances mitigados, indo – o entendimento do STF – na contramão do direito internacional dos direitos humanos.

CONCLUSÕES

Os princípios hermenêuticos constitucionais são um instrumento demasiadamente eficaz no auxílio do intérprete e aplicador do direito quando da aplicação da Constituição ao caso concreto diante do Judiciário deduzido.

Por seus intermédios são revelados o verdadeiro teor semântico jurídico dos ditames constitucionais, deixando o intérprete bem mais próximo do intento do legislador constituinte (originário e/ou derivado) no momento de concretizar as normas constitucionais.

O processo de internalização de instrumentos normativos internacionais submete-se a um rígido percalço tipificado constitucionalmente, tendo em vista a soberania ser um dos fundamentos republicanos.

Muito embora assim se comporte o Texto Maior, infere-se dele próprio que a

soberania não se impõe de modo absoluto, existindo momentos dentro da Carta onde ela é flexibilizada, principalmente quando está em discussão a prevalência de direitos humanos encontrados em tratados ou convenções internacionais.

A assimilação de instrumentos normativos internacionais, dessa maneira, tem como principais parâmetros os comando insertos nos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição.

Quando ingressados na forma do § 2º, tem o *status* jurídico de norma supralegal, segundo entende o STF. Na conformidade demonstrada no raciocínio do presente artigo, contudo, tem a natureza jurídica de norma materialmente constitucional, chegando-se à conclusão, tal como demonstrado, que aquela Corte equivocou-se ao atribuir natureza diversa da aqui apontada.

Já quando a internalização dá-se pelo rito previsto no § 3º desse mesmo art. 5º constitucional, nenhuma dificuldade é experimentada no que diz respeito à sua natureza jurídica, isto é, sua recepção dá-se na forma de emenda constitucional.

Com se vê, há uma necessidade de aprofundamento no estudo do direito internacional e na sua conseqüente repercussão nas ordens internas, mormente na brasileira, a fim de que fique identifique, de uma vez por todas, seu real papel no cenário nacional.

REFERÊNCIAS

BARROS, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paulo de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 327-378.

BRASIL. Constituição. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 5 ago. 2014.

_____. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 2 ago. 2014.

_____. Decreto nº 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: 2 ago. 2014.

_____. Decreto nº 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: 5 ago. 2014.

_____. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 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: 5 ago. 2014.

_____. Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm>. Acesso em: 5 ago. 2014.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em: 2 ago. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Carta Rogatória nº 8279. Justiça Rogatória: Juiz Nacional de Primeira Instância no Cível e Comercial Federal nº 4 de Buenos Aires. Diligência: requerer, junto ao juiz de direito da comarca de Belém - Pará, providências no sentido de proceder ao embargo das mercadorias consignadas em nome de Coagulantes Argentina S/A, que se encontrem a bordo do navio Santos Dumont, de propriedade de Chaval Navegação Ltda, bem como sua interdição para navegar. Relator: Min Celso de Mello. Brasília, DF, DJ 29.06.1998. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1700845>>. Acesso em: 5 ago. 2014.

_____. _____. Recurso Extraordinário nº 466.343-1 – São Paulo, do Plenário. Relator: Min. Cezar Peluso. Recorrente: Banco Bradesco SA. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Julgado em 03.12.2008. DJe nº 104. Divulgação em 04.06.2009. Publicação em 05.06.2009. Ementário nº 2363-6. Recurso improvido, unânime. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 24 jul. 2014.

_____. _____. *Habeas Corpus* nº 87.585 – Tocantins, do Plenário. Relator: Min. Marco Aurélio. Paciente: Alberto de Ribamar Ramos Costa. Impetrante: Alberto de Ribamar Ramos Costa. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Julgado em 03.12.2008. DJe nº 118. Divulgação em 25.06.2009. Publicação em 26.06.2009. Ementário nº 2366-2. Ordem concedida, unânime. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em: 24 jul. 2014.

_____. _____. Recurso Extraordinário nº 160486. Recorrente: Município de Santos. Recorrida: Santos e Ferreira Ltda. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, DJ 09.06.1995. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1556542>>. Acesso em: 5 ago. 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 15. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte, Del Rey, 2009.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZUOLLI, Valeiro de O. (Coords.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito dos tratados**. 2. de. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro, Forense, 2014.

_____. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2013.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica de direitos fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada**. Prefácio de Inocêncio Mártires Coelho. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.