



Ingo Sarlet
Juiz e professor

Tratados de Direitos Humanos no ordenamento jurídico

Que também a Constituição Federal de 1988 pode ser caracterizada como

sendo uma Constituição de um Estado aberto, especialmente em matéria de direitos humanos e fundamentais, mas também um Estado do tipo cooperativo, é sustentável pelo menos tendo em conta as diretrizes textuais do artigo 4º da CF e do já referido artigo 5º, parágrafo 2º — clique [aqui](#) para ler a coluna anterior. Tal dispositivo, aliás, como é sabido, foi complementado pela inserção, mediante emenda constitucional (2004), de um parágrafo 3º, estabelecendo que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Desde então o debate sobre o modo de incorporação e o valor jurídico dos tratados de direitos humanos no Brasil acabou sendo revitalizado, ademais de ganhar novos contornos, seja quanto aos aspectos procedimentais, relativos ao processo de incorporação, seja quanto a hierarquia de tais tratados na ordem interna e as consequências de sua aplicação. Aliás, embora o debate durante muito tempo tenha sido focado no problema da prisão civil do depositário infiel, cuida-se de problema muito mais amplo e de inequívoca atualidade e relevância, inclusive no que diz com a doutrina e prática do assim chamado controle de convencionalidade das leis, difundido entre nós a partir da monografia de Valério Mazzuoli sobre o tema e que gradualmente começa a receber a atenção da doutrina e da jurisprudência.

Mas, tendo em conta a dimensão do problema, vamos priorizar aqui a segunda dimensão apontada, a do valor jurídico dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil e aprovados pelo Congresso Nacional.

Embora seja possível afirmar que o parágrafo 3º do artigo 5º da CF tenha representado um significativo avanço ao assegurar, desde que observado o procedimento nele estabelecido, uma hierarquia constitucional equivalente a das emendas constitucionais, distinta da hierarquia supralegal atualmente consagrada pelo STF para os demais tratados de direitos humanos, tal solução é parcial e não afasta uma série de aspectos problemáticos.

Em caráter ilustrativo, é possível afirmar que com isso ainda não foi resolvida a questão da hierarquia constitucional, em se considerando as relações entre o tratado incorporado (equivalente às emendas) e o texto constitucional originário, pois convém lembrar que as emendas constitucionais sempre podem ser declaradas inconstitucionais em caso de conflito com as assim designadas *cláusulas pétreas* da nossa Constituição, que, consoante vitoriosa doutrina, abrangem tanto os limites materiais explícitos (art. 60, parágrafo 4º), quanto os limites materiais implícitos, mesmo que não se verifique um consenso em relação a qual exatamente a abrangência dos assim designados limites materiais implícitos.

Seguindo esta linha de raciocínio e em se partindo da premissa de que não há como falar, ainda mais no contexto dos direitos fundamentais, de uma hierarquia abstrata entre normas formalmente (e, em regra, também materialmente) constitucionais e normas apenas materialmente constitucionais, a própria incorporação mediante o procedimento previsto no parágrafo 3º, do artigo 5º, CF, pode ser desvantajosa em relação ao sistema anterior.

Com efeito, há que levar em conta que a prevalecer o argumento (advogado pela doutrina majoritária nessa seara) de que o reconhecimento da condição de materialmente constitucionais e fundamentais dos direitos assegurados nos tratados, em função especialmente da abertura expressamente consagrada no art. 5º, parágrafo 2º, da CF, por si só já assegura a hierarquia constitucional (equivalente a da constituição originária) aos tratados em matéria de direitos humanos, o recurso ao parágrafo 3º do art. 5º não seria apenas desnecessário, mas, admitindo-se uma declaração de inconstitucionalidade da emenda pelo simples fato de contrastar com os limites materiais ao poder de reforma da Constituição, até mesmo desvantajoso.

É que em se partindo de uma equivalência entre os direitos da Constituição e os dos tratados incorporados por norma infraconstitucional, mas com *status* de materialmente constitucionais, como, de resto, advogado pela doutrina majoritária, haveriam de ser observados, consoante já sustentado no segmento anterior, os princípios e critérios que regem os conflitos entre os direitos e princípios originariamente reconhecidos pelo Constituinte, que exigem uma exegese sistemática e pautada por uma adequada ponderação dos interesses (valores) em pauta, sempre privilegiando, como destacado alhures, uma solução mais favorável à garantia da dignidade da pessoa.

De qualquer modo, há de ser levado a sério o argumento de que mediante o cumprimento do disposto no parágrafo 3º do artigo 5º da CF os tratados assim incorporados teriam um regime jurídico mais forte (*status* de emenda constitucional) do que os tratados anteriores, os quais, a prevalecer a atual orientação do STF, gozam de hierarquia supralegal, sem prejuízo, contudo, da possibilidade de uma interpretação que, ao fim e ao cabo, assegure uma paridade em termos de hierarquia. Por outro lado, o dispositivo introduzido pela EC 45 pode ser compreendido como buscando reforçar o entendimento de que os tratados anteriores, já por força do art. 5º, parágrafo 2º, da CF, possuem hierarquia materialmente constitucional, sem falar na interpretação — igualmente colacionada, mas aqui questionada — de acordo

com a qual os tratados anteriores teriam sido recepcionados como equivalentes às emendas constitucionais pelo novo parágrafo 3º do artigo 5º da CF.

Assim, à vista do exposto, enquanto não sobrevenha uma posição uniformizadora, ao que tudo indica, são duas as possibilidades atualmente reconhecidas pelo STF: a) hierarquia (equivalente) de emenda constitucional, no caso dos tratados de direitos humanos incorporados mediante observância do rito estabelecido pelo parágrafo 3º do artigo 5º da CF; b) hierarquia supralegal, aplicável aos tratados de direitos humanos ratificados pelo sistema convencional, por meio de Decreto Legislativo aprovado com maioria simples;

Procedendo-se a uma leitura crítica da posição do STF há que enfatizar que a condição de direitos fundamentais é absolutamente incompatível com uma hierarquia normativa infraconstitucional, visto que — de acordo com o que buscamos demonstrar nas colunas anteriores — direitos fundamentais são sempre direitos constitucionais e não podem estar à disposição plena do legislador ordinário.

Entendimento diverso, mesmo em que seja em favor de uma hierarquia supralegal dos tratados (posição hoje adotada pelo Supremo Tribunal Federal na matéria!), ainda que tenha representado um considerável avanço em relação ao entendimento antes prevalente (que consagrava a paridade entre lei ordinária e tratado) segue relegando os direitos humanos consagrados nos tratados internacionais a uma posição secundária em face dos direitos fundamentais da Constituição, sendo, de tal sorte, no mínimo questionável, visto que o STF, como bem apontado também por Valerio Mazzuoli, acabou (em matéria de tratados de direitos humanos) criando uma “duplicidade de regimes jurídicos”.

Nessa quadra, embora o reconhecimento, pelo STF, da hierarquia supralegal dos tratados de direitos humanos, com prevalência, em caso de conflito, da solução preconizada pela Constituição, não há como transigir — no nosso sentir — com a noção de que direitos fundamentais são sempre direitos constitucionalmente assegurados e que não podem estar sujeitos a uma livre disposição por parte das maiorias legislativas, pena de contradição insuperável.

Se por um lado é certo que não se deve negligenciar, como oportunamente lembrou o Ministro Gilmar Mendes, que “a sempre possível ampliação inadequada dos sentidos possíveis da expressão direitos humanos poderia abrir uma via perigosa para uma produção normativa alheia ao controle de sua compatibilidade com a ordem constitucional interna”, pois – assim prossegue o Magistrado e Jurista — “o risco de normatizações camufladas seria permanente^[1]”, não é, de outra parte, menos correto afirmar que tal argumento, por si só, não poderia ter o condão de deslegitimar a tese da paridade entre tratados de direitos humanos e Constituição.

Com efeito, mesmo a possível multiplicação das hipóteses de conflitos entre os direitos consagrados na Constituição e os direitos — com igual dignidade normativa — assegurados nos tratados de direitos humanos, não poderia sustentar a tese da hierarquia infraconstitucional (ainda que, pelo menos, supralegal) desses tratados. Eventuais distorções – assim como ocorrem em casos de inadequada aplicação até mesmo dos direitos consagrados na Constituição (que, não esqueçamos, incluem os previstos nos tratados, consoante dicção expressa do art., 5º, parágrafo 2º) — haverão de ser superados, com sensibilidade, pela aplicação das cabíveis diretrizes hermenêuticas, como é o caso dos critérios da concordância prática, ponderação, e proporcionalidade.

Também o argumento de que a expressa referência de que cabe Recurso Extraordinário de decisão que declarar a inconstitucionalidade de tratado internacional importa em exegese excludente da hierarquia constitucional dos tratados em matéria de direitos humanos e implique em controle de constitucionalidade de todo e qualquer ato normativo que não o extraído diretamente da Constituição originária não convence.

Em primeiro lugar, o fato de que se uma regra de competência em matéria recursal indica a possibilidade deste controle em matéria de tratados isto não significa necessariamente que esta seja uma solução para todo e qualquer tratado e que o próprio sistema constitucional, como evidentemente o fez com a redação outorgada ao parágrafo 2º do artigo 5º, não possa prever exceções. Em segundo lugar, pela circunstância de que nada impede que paralelamente ao direito constitucional em sentido também formal não possam existir normas materialmente constitucionais e que, ainda mais por força de dispositivo constitucional expresso, recebam igual valor normativo.

Nesse sentido, há que destacar a tese de que a inovação trazida pela Reforma do Judiciário pode ser interpretada como assegurando hierarquia pelo menos materialmente constitucional a todos os direitos fundamentais, já que, uma vez incorporados, os direitos humanos passam também — e acima de tudo — a serem todos direitos fundamentais, sem prejuízo da possibilidade de serem também formalmente constitucionais, em especial quando incorporados por emenda constitucional e mesmo pelo rito do artigo 5º, parágrafo 3º, da CF (com estatuto equivalente ao das emendas), tal como, entre outros, o tem defendido Flávia Piovesan.

Assim sendo, tais tratados receberiam (de vez que alguma diferenciação nos parece inevitável) um tratamento distinto (no sentido de mais reforçado), seja quanto ao fato de — ainda que não mediante alteração de dispositivos da Constituição — passarem a integrar a Constituição formal, seja quanto ao fato de enrobustecerem a (controversa) tese da impossibilidade de uma posterior denúncia do tratado e da responsabilização até mesmo interna se este vier a ocorrer.

Com isso, caso cancelada a posição de que sempre todos os direitos humanos sediados em tratados internacionais ratificados pelo Brasil (incorporados, ou não, por emenda constitucional) possuem *status* materialmente constitucional — compreendido sempre no sentido da igual dignidade constitucional dos direitos humanos e fundamentais — eventual situação de conflito (neste caso mesmo em se cuidando de contraste entre emenda incorporadora de tratados de direitos humanos e disposições fundamentais da Constituição originária) haveria de se resolver, até mesmo para impedir um tratamento incoerente e inconsistente de tais conflitos no âmbito do sistema constitucional, pelas diretrizes hermenêuticas que presidem a solução de conflitos entre normas de direitos fundamentais, mas com particular atenção para as diretrizes estabelecidas pelo sistema internacional de proteção dos direitos humanos (dentre os autores que aderem a tal linha, ainda que com alguma peculiaridade, referem-se aqui, dentre tantos, especialmente Antônio A. C. Trindade, Flávia Piovesan, André de Carvalho Ramos e o já referido Valerio Mazzuoli).

Aliás, tal exegese implica mesmo o abandono de uma lógica hierarquizada por uma lógica pautada pelo diálogo e que parte da premissa de que a construção de uma pauta de soluções para as situações concretas há de levar sempre em conta os maiores níveis de proteção e promoção dos direitos humanos e fundamentais. Na próxima coluna iremos voltar ao ponto com exemplos e no contexto do assim

chamado “controle de convencionalidade”.

[1] Cf. passagem do seu voto no RE 466.343-1, São Paulo, p. 06.

Date Created

27/03/2015