

A EFICÁCIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO DIREITO BRASILEIRO E O PROJETO DE LEI DO SENADO FEDERAL Nº 5.282/2019

THE EFFECTIVENESS OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS TREATIES IN BRAZILLIAN LAW AND BILL Nº 5.282/2019

Marcos José Santos Meira¹
PUC/SP

Resumo

Inspirado no Estatuto de Roma (ER), em 2019, foi apresentado no Congresso um Projeto de Lei que impõe ao Ministério Público a obrigação de entregar à defesa evidências que possam interferir na responsabilidade criminal do réu. A proposta, a nosso ver, revela-se incoerente, considerando a recepção do ER no ordenamento brasileiro e a posição hierárquica que este confere aos tratados internacionais de Direitos Humanos. Partindo de uma ótica interdisciplinar, exploramos a questão do princípio da dignidade humana como esteio constitucional, e como tal princípio norteia a incorporação e aplicabilidade dos tratados internacionais que versam sobre Direitos Humanos. Analisando posições jurisprudenciais (como a que restou firmada no Recurso Extraordinário – RE nº 466.343/SP) e construções doutrinárias sobre a exegese dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil (CF/88), abordamos a hierarquia normativa dos tratados de Direitos Humanos em nosso país e a criação de um novo paradigma de controle das leis internas – chamado controle de convencionalidade –, para, ao final, demonstrar a inutilidade/desnecessidade de uma nova lei ordinária para normatizar o que já se encontra positivado na ordem jurídica brasileira, por força da incorporação do ER, instrumento normativo que goza de *status* de supralegalidade.

¹ Doutorando em Direito Administrativo e Mestre em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Bacharel em Direito pela UFPE. Advogado e Procurador do Estado de Pernambuco. Presidente da Comissão Especial de Direito de Infraestrutura do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e membro do Fórum Nacional de Precatórios (CNJ). E-mail: marcos@mmeira.adv.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9499856610431412>.

Palavras-chave

Estatuto de Roma; Projeto de Lei do Senado Federal nº 5.282/2019; hierarquia normativa; tratados internacionais de Direitos Humanos; dignidade humana; controle de convencionalidade.

Abstract

Inspired by the Rome Statute, in 2019, was presented in Congress a bill that establishes the obligation of the Public Prosecution Service to hand over to the defense evidence that may interfere with the criminal responsibility of the defendant. The proposal, in our view, proves to be incoherent, considering the reception of the aforementioned Statute in the Brazilian legal system and the hierarchical position that it confers on international human rights treaties. Starting from an interdisciplinary perspective, we explore the issue of the principle of human dignity as a constitutional pillar, and how this principle guides the incorporation and applicability of international treaties that deal with human rights. Analyzing jurisprudential positions (such as the one signed in the Extraordinary Appeal – RE nº 466.343/SP) and doctrinal constructions on the exegesis of §§ 2 and 3 of the Constitution (CF/88), we approach the normative hierarchy of human rights treaties in our country and the creation of a new paradigm of control of internal laws – called conventionality control –, in order to, in the end, demonstrate the uselessness/unnecessity of a new ordinary law to standardize what is already positive in the Rome Statute, a normative instrument received by Brazil and enjoys supralegal status.

Keywords

Rome Statute; Federal Senate Bill nº 5.282/2019; normative hierarchy; international human rights treaties; human dignity; conventionality control.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em 2019, o senador Antonio Anastasia (PSDB-MG) apresentou o Projeto de Lei nº 5.282, sob a justificativa de se evitar a parcialidade na produção da prova penal. O projeto fora inspirado em artigo do ano anterior, apresentado pelo eminente jurista Lenio Streck no site Consultor Jurídico - Conjur, por meio do qual propõe estabelecer “*a obrigatoriedade de o Ministério Público buscar a verdade dos fatos também a favor do indiciado ou acusado, isto é, a acusação é obrigada a entregar à defesa eventuais evidências que possam exonerar o réu*” (STRECK, 2019).

Pelo projeto, seriam acrescentados dois parágrafos ao artigo 156 do Código de Processo Penal – CPP, nos seguintes termos:

§ 1º Cabe ao Ministério Público, a fim de estabelecer a verdade dos fatos, alargar o inquérito ou procedimento investigativo a todos os fatos e provas pertinentes para a determinação da responsabilidade criminal, em conformidade com este Código e a Constituição Federal, e, para esse efeito, investigar, de igual modo, na busca da verdade processual, as circunstâncias que interessam quer à acusação, quer à defesa.

§2º O descumprimento do § 1º implica a nulidade absoluta do processo. (STREK, 2019)

Strek deriva sua proposta dos abusos perpetrados no âmbito da Operação Lava Jato, objetivando reforçar conceitos existentes no ER, ou em suas próprias palavras “*oficializar*” algo já incorporado ao Direito brasileiro, “*institucionalizando o dever da imparcialidade*”.

A base do Projeto é o artigo 54 do já citado ER – um Tratado Internacional de Direitos Humanos TIDH, por meio do qual foi criado o Tribunal Penal Internacional – que determina:

A fim de estabelecer a verdade dos fatos, alargar o inquérito a todos os fatos e provas pertinentes para a determinação da responsabilidade criminal, em conformidade com o presente Estatuto e, para esse efeito, investigar, de igual modo, as circunstâncias que interessam quer à acusação, quer à defesa.

O ER foi ratificado pelo Brasil e recepcionado em nosso ordenamento jurídico pelo Decreto Federal nº 4.388, de 24 de setembro de 2002. Considerando esse fato, qual seja, o de que o ER já compõe o acervo normativo brasileiro, há de se questionar se realmente é necessária a edição de uma nova lei, que repete termos, conceitos, ideias já previstos na

legislação? Qual a lógica por trás dessa proposição? Parece mais coerente criar uma nova lei em lugar de reforçar a aplicação daquela já existente? O que, exatamente, garante que a nova lei será mais respeitada?

São esses questionamentos que orientam o presente trabalho, na tentativa de compreender o lugar que os tratados têm no ordenamento brasileiro, sua força legal e como se deve proceder para ampliar sua aplicabilidade, sem passar por um caminho de multiplicação legislativa desnecessária.

Quer-se assim demonstrar, analisando as construções teóricas – especialmente acerca da hierarquia normativa dos tratados internacionais que versam sobre Direitos Humanos –, a efetividade de tais normas recepcionadas, tudo à luz da jurisprudência, doutrina, bibliografia e documentos disponíveis.

Para tanto, parte-se de uma ótica interdisciplinar, envolvendo o Direito Constitucional e o Direito Internacional, com ênfase na Emenda Constitucional nº 45/2004 (EC nº 45/2004) e como ela afetou a disciplina dos tratados de Direitos Humanos ratificados antes de sua promulgação. Enfatiza-se, também, a posição do Supremo Tribunal Federal – STF, consolidada no julgamento do RE nº 466.343/SP, sobre a incorporação e aplicabilidade dos tratados internacionais e sobre o controle jurisdicional da convencionalidade das leis.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Há inúmeros marcos históricos na formação e fundamentação dos Direitos Humanos: cita-se, mais remotamente, a Magna Carta de 1215 e a *Bill of Rights* de 1689, na Inglaterra; em sucessão, vieram a Declaração de Independência dos Estados Unidos de 1776 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, na França Revolucionária.

Na moderna sistemática de proteção internacional desses direitos, consideram-se marcos importantes o surgimento do Direito Internacional

Humanitário (DIH)²; a Liga das Nações, predecessora da ONU; e diversos tratados e convenções no âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Estes três eventos mais recentes foram responsáveis pela internacionalização dos Direitos Humanos, uma vez que ajudaram a redefinir “o âmbito e alcance do tradicional conceito de soberania estatal”, bem como “o *status* do indivíduo no cenário internacional, para que se tornasse verdadeiro sujeito de Direito Internacional” (PIOVESAN, 2018, p. 203).

Contudo, apenas no pós-guerra de 1945, é que se vê uma verdadeira consolidação do que hoje se conhece como o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), em clara reação aos abusos e violações perpetrados pelos nazistas e seus aliados.

Flávia Piovesan, ao dissertar sobre o assunto, observa que

A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor fonte do direito. Diante dessa ruptura, emerge a necessidade de reconstruir os direitos humanos, como referencial e paradigma ético que aproxime o direito da moral. (...) Nasce ainda a certeza de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao âmbito reservado de um Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional. Sob esse prisma, a violação dos direitos humanos não pode ser concebida como questão doméstica do Estado, e sim como problema de relevância

² O DIH, que também é conhecido como Direito Internacional dos Conflitos Armados, é formado por um conjunto de normas e princípios que tem por objetivo limitar os efeitos dos conflitos armados a partir de razões humanitárias. Ele surgiu na segunda metade do século XIX, a partir de convenções internacionais que buscavam limitar o uso de armas e proteger os feridos em conflitos militares. Entre elas, destacam-se as Convenções de Genebra de 1864, 1906, 1929 e 1949.

internacional, como legítima preocupação da comunidade internacional. (PIOVESAN, 2018, p. 210-211)

De forma simbólica, pode-se identificar o nascimento do DIDH com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, votada pela Assembleia da ONU em 1948, representando, nas palavras do jurista Norberto Bobbio,

A consciência histórica que a humanidade tem dos próprios valores fundamentais na segunda metade do século XX. É uma síntese do passado e uma inspiração para o futuro; mas suas tábuas não foram gravadas de uma vez para sempre. (BOBBIO, 1992, p. 34)

Este documento se diferencia das cartas citadas anteriormente por seu alcance e extensão – até as duas grandes guerras, essas eventuais legislações se restringiam à proteção dos direitos de seus cidadãos no âmbito interno dos Estados, enquanto, a partir da Declaração de 1948, esta proteção ultrapassa as fronteiras do Estado-Nação.

Há de se ressaltar, contudo, que o DIDH é um conjunto não codificado de normas, isto é, não condensadas num único instrumento normativo, mas em diversas convenções, declarações de direitos e tratados, alguns destes extensíveis até mesmo aos países não signatários – como a Convenção de Prevenção e Repressão ao crime de Genocídio, por exemplo.

Os Direitos Humanos tornaram-se, assim, um núcleo duro de direitos – um conjunto de normas que constituem direitos de caráter supranacional e que implicam a responsabilização internacional de todo e qualquer Estado que os viole.

É preciso compreender que o Direito é um objeto cultural, passível de mudanças, influenciado pelo momento histórico e sujeito à evolução natural de uma sociedade. E os Direitos Humanos constituem também uma classe variável. Bobbio escreve a respeito que

O elenco dos direitos do homem se modificou e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade *sacra et inviolable*, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações. (...) O que prova que não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e outras culturas. (BOBBIO, 1992, p. 18-19)

Destarte, haverá diferentes conceitos para um mesmo instituto, a depender dos costumes e da realidade sócio-econômica de uma época. Pérez Luño define os Direitos Humanos como

Un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional y internacional. (LUÑO, 2003, p. 48)

Os Direitos Humanos são verdadeiras conquistas históricas, os quais, por opção didática, costumam ser classificados como *gerações de direitos*.

A primeira destas gerações – ou, como tem se convencido mais recentemente chamar para evitar interpretações hierárquicas, as dimensões – é aquela que trata dos Direitos Humanos que conformarão a relação entre Estado e indivíduo, surgindo como limites à atuação estatal – é o direito à

vida, à intimidade, à propriedade, à liberdade. Está relacionada ao liberalismo e é herança direta da Revolução Francesa. Na lição do saudoso professor Paulo Bonavides

Os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente. (...) Têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributo da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. (BONAVIDES, 2005, p. 563-564)

Essa fase do desenvolvimento dos Direitos Humanos privilegia o homem como ser singular, e a individualidade como o centro da discussão. Num segundo momento, contudo, o foco se desvia para o coletivo, num debate que dominou parte do século XX.

Os direitos da segunda dimensão são os direitos sociais, culturais e econômicos. Exigem do Estado uma conduta positiva. Se o primeiro ciclo de direitos se apoiava no vetor liberdade, este segundo ciclo se apoia na igualdade. Bonavides observa que os direitos sociais

Fizeram nascer a consciência de que tão importante quanto salvaguardar o indivíduo, conforme ocorreria na concepção clássica dos direitos da liberdade, era proteger a instituição, uma realidade social muito mais rica e aberta à participação criativa e à valoração da personalidade que o quadro tradicional da solidão individualista, onde se formara o culto liberal do homem abstrato e insulado, sem a densidade dos valores

existenciais, aqueles que unicamente o social proporciona em toda a plenitude. Descobria-se assim um novo conteúdo dos direitos fundamentais: as garantias institucionais. (BONAVIDES, 2005, p. 565)

O final do século XX viu nascer os direitos da terceira dimensão. Se, a princípio, exaltou-se o ser humano em sua individualidade e, posteriormente, no coletivo, nesta fase é o gênero humano como um todo que encontrará proteção – os direitos da terceira geração são a cristalização do princípio da fraternidade e uma consequência direta do fenômeno da globalização. Consistem, pois, no dizer de Bobbio,

A passagem da consideração do indivíduo humano *uti singulus* que foi o primeiro sujeito ao qual se atribuíram direitos naturais (ou morais) – em outras palavras, da “pessoa” -, para sujeitos diferentes do indivíduo, como a família, as minorias étnicas e religiosas, toda a humanidade em seu conjunto; e, além dos indivíduos humanos considerados singularmente ou nas diversas comunidades reais ou ideais que representam, até mesmo para sujeitos diferentes dos homens, como os animais. (BOBBIO, 1992, p. 69)

Identificamos nessa categoria o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente equilibrado, ao patrimônio comum da humanidade, para ficar em apenas alguns exemplos.

Há também os direitos da quarta dimensão, relacionados às mudanças mais recentes de nossa sociedade – como a facilitação de acesso à informação e os avanços nas pesquisas de manipulação genética, por exemplo. Abarca-se, entre eles, o direito à democracia, à pluralidade, à comunicação, ao patrimônio genético, entre outros institutos que ainda são novidades jurídicas e estão em processo de definição.

Para Marcelo Novelino,

(...) tais direitos foram introduzidos no âmbito jurídico pela globalização política, compreendem o direito à democracia, informação e pluralismo. Os direitos fundamentais de quarta dimensão compendiam o futuro da cidadania e correspondem à derradeira fase da institucionalização do Estado social sendo imprescindíveis para a realização e legitimidade da globalização política. (NOVELINO, 2008, p. 229)

Este elenco de direitos ultrapassou o Direito Internacional, tendo sido incorporado, *positivado* nas Constituições de quase todos os países que adotam o regime democrático, revestindo-se, inclusive, da rigidez de cláusulas pétreas: converteram-se naquilo que hoje chamamos de direitos fundamentais.

É necessário, porém, atentar para o fato de que estes direitos, da forma como foram recepcionados, tornaram-se o próprio ordenamento interno da quase totalidade dos países democráticos. Nesse aspecto, perde relevância o debate acerca da integração, porque estes direitos passaram a compor as ordens jurídicas internas, independentemente de convenções e tratados internacionais; deixam, pois, de ser tema do Direito Internacional para se tornarem parte do Direito Constitucional.

É esse fato, aliás, que fundamenta a distinção entre Direitos Humanos e direitos fundamentais, reservando-se este último para designar os Direitos Humanos positivados a nível interno³.

³ “Em que pese seja ambos os termos (‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à

Os valores incorporados expressamente aos textos constitucionais traduzem, em sua maioria, direitos que podem ser encapsulados no princípio *mater* do respeito à dignidade da pessoa humana. Diz-se que esse princípio é a síntese dos direitos fundamentais porque, todos eles, de maneira mais ou menos imediata, visam resguardar a dignidade da pessoa humana, seu mínimo existencial.

Segundo Ingo Sarlet, a dignidade da pessoa humana é

(...) a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2001, p. 60)

Não é exagero afirmar que a dignidade da pessoa humana foi alçada, pelas Constituições contemporâneas, à categoria de princípio maior do sistema jurídico, à vista do qual devem ser interpretadas não apenas as outras normas constitucionais, mas também as demais normas que compõem o sistema jurídico.

A dignidade da pessoa humana não é um direito, mas um atributo que todo ser humano adquire ao nascer, independentemente de sua origem, sexo, idade, crença ou condição social. O ordenamento jurídico não confere dignidade a quem quer que seja, mas tem a função de protegê-la contra qualquer tipo de violação.

validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)". (SARLET, 2006, p. 35 e 36)

No Brasil, a CF/88 listou o princípio como um dos fundamentos da República no art. 1º, inciso III (“A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos (...) a dignidade da pessoa humana”).

A dignidade da pessoa humana compõe o núcleo essencial de cada um dos direitos fundamentais, conferindo-lhes unidade axiológica e inspirando a interpretação e aplicação de todas as outras normas do sistema jurídico. O princípio é o “epicentro axiológico da ordem constitucional” (SARMENTO, 2004, p.110), irradiando seu comando valorativo sobre todos os quadrantes do ordenamento jurídico, de conteúdo publicista ou privatista⁴.

A dignidade da pessoa humana, como síntese dos direitos fundamentais, tem sido adotada como paradigma hermenêutico das decisões do Supremo, inclusive em julgados que limitam a ação do Estado. Julgamentos como a ADPF nº 54/DF⁵, de 2012, que trata da interrupção

⁴ O Supremo Tribunal Federal, em algumas oportunidades, afirmou o princípio como postulado axiológico fundamental, ocupando posição de destaque e centralidade no sistema jurídico, *verbis*:

“A duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém ofende, de modo frontal, o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa – considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) – significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo”. (HC 85.237, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 17-3-2005, Plenário, DJ de 29-4-2005)

No mesmo sentido: HC 95.634, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 2-6-2009, 2ª Turma, DJE de 19-6-2009; HC 95.492, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 10-3-2009, 2ª Turma, DJE de 8-5-2009.

⁵ Cujas ementa é a seguinte:

“ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da

de gravidez em caso de feto anencéfalo; ou a ADI nº 3.510/DF⁶, de 2008, sobre as pesquisas com células-tronco embrionárias, são amostras interessantes de como o STF aborda a questão.

Essa delimitação conceitual mínima permite afirmar que o já transcrito artigo 54 do ER, que dá fundamento ao Projeto de Lei examinado neste ensaio, contém uma norma básica de Direitos Humanos associada ao vetor liberdade (Direitos Humanos de 1ª geração).

Com efeito, ao impor ao órgão de persecução que investigue e apure todos os fatos importantes à responsabilização criminal, compartilhando com a defesa eventuais informações favoráveis ao acusado ou indiciado, o ER nada mais fez do que blindar o princípio da liberdade, evitando condenações injustas e exigindo que o processo esteja sempre pautado na verdade material (e não apenas num arremedo de verdade ou verdade formal).

gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. (ADPF 54, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe 29-04-2013)

⁶ Cujas ementa é, em parte, a seguinte:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO. I - O CONHECIMENTO CIENTÍFICO, A CONCEITUAÇÃO JURÍDICA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E SEUS REFLEXOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE BIOSSEGURANÇA. (ADI nº 3510, Rel. Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, DJe 27-05-2010)

Não há dúvida, portanto, de que o art. 54 do ER enuncia uma norma de Direitos Humanos, protetiva do valor liberdade, conclusão que se mostra relevante para definir o regime jurídico que lhe é aplicável e o *status* hierárquico que recebe em nosso ordenamento jurídico.

2.2 A EFICÁCIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. O PROCESSO DE SUA INCORPORAÇÃO AO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNO. O CASO BRASILEIRO

Enunciar direitos é a parte mais simples da jornada. Recepção-los, positivá-los também não é difícil – como já se disse, a maior parte das Constituições nacionais trazem em seu bojo a ideia dos direitos fundamentais consolidados, especialmente quando se coloca a questão da dignidade humana como princípio basilar delas. A dificuldade real é quando se passa a discutir a eficácia dos tratados internacionais de Direitos Humanos, com a incorporação de suas previsões no ordenamento jurídico interno.

Cabe aqui tratar brevemente das teorias e correntes de pensamento acerca da hierarquia dos tratados internacionais, em especial, dos tratados de proteção aos Direitos Humanos frente ao direito interno de cada país signatário.

As relações entre o Direito Internacional e o direito interno passam especialmente pela questão do que fazer em caso de conflito entre normas ligadas a cada um desses espaços normativos. Afinal, está-se diante de duas ordens jurídicas tangentes, mas que, em teoria, não se cruzam. Elas têm relações sociais, fontes e estruturas diferentes.

Nesse contexto, uma primeira teoria, denominada **dualista**, defende que uma norma internacional, para ser aplicada em âmbito interno, deve antes ser incorporada ao sistema jurídico, transformando-se assim, ela mesma, em norma interna. De outro turno, há a chamada **teoria monista**, que defende a existência de uma única ordem jurídica, dividindo-se ainda entre aqueles que entendem haver primazia do direito interno e os que veem

a prevalência do Direito Internacional⁷. Entre os dois campos, há espaço para os teóricos da conciliação, que tentam unir as duas doutrinas, sustentando a independência entre as ordens jurídicas, mas coordenadas sob o direito natural (MELLO, 2004, p. 125).

Tendo em vista essas teorias, bem como as mudanças advindas da EC nº 45/2004, e decisões do STF a respeito, há no Brasil quatro correntes sobre a hierarquia dos tratados internacionais de Direitos Humanos.

A primeira delas, defendida por Agustín Gordillo⁸ e Hildebrando Accioly sustenta um *status* supraconstitucional de tais tratados; sendo esta a posição dominante na doutrina internacional. Nesta toada, num conflito entre um TIDH e uma norma constitucional, prevaleceria o tratado:

É lícito sustentar-se, de acordo, aliás, com a opinião da maioria dos internacionalistas contemporâneos, que o Direito Internacional é superior ao Estado, tem supremacia sobre o direito interno, por isto que deriva de um princípio superior à vontade dos Estados. (ACCIOLY, 2004, p. 5-6)

A segunda posição, adotada por Francisco Rezek e em julgados do STF anteriores à EC nº 45/2004, sugere a paridade hierárquica entre tratados e lei federal, sem fazer qualquer distinção quanto aos tratados de Direitos Humanos:

⁷ O monismo com primazia do Direito Internacional foi desenvolvido pela Escola de Viena, cujos principais representantes foram Kelsen (*Théorie de Droit International Public*, 1953), Kunz e Verdross (*Derecho Internacional Publico*, 1974). Essa corrente ganha força no pós 2ª guerra impulsionada pelo fortalecimento da ordem jurídica internacional e pela tendência de globalização das relações internacionais surgida, sobretudo, a partir da criação da Organização das Nações Unidas - ONU. Dentre os autores nacionais, Hildebrando Accioly é adepto do monismo com primazia do Direito Internacional (*Manual de Direito Internacional Público*, 2004).

⁸ O autor afirma que “a supremacia da ordem supranacional sobre a ordem nacional preexistente não pode ser senão uma supremacia jurídica, normativa, detentora de força coativa e imperatividade” (*Apud* PIOVESAN, 2011, p. 103).

Quanto aos tratados em geral, a doutrina e a jurisprudência têm entendido, (...) que o tratado e a lei estão no mesmo nível hierárquico, ou seja, que entre aquele e este se verifica uma ‘paridade’ – paridade essa que, todavia, funciona a favor da lei. De facto, a lei não pode ser afastada por tratado com ela incompatível; mas se ao tratado se suceder uma lei que bula com ele, essa lei não revoga, em sentido técnico, o tratado, mas ‘afasta sua aplicação’, o que quer dizer que o tratado só se aplicará se e quando aquela lei for revogada. (REZEK, 1991, 103)

À terceira posição, majoritária na doutrina brasileira, filiam-se José Gomes Canotilho, Cançado Trindade, Valério Mazzuoli e Flávia Piovesan. Entendem esses autores pela natureza constitucional dos TIDH, algo decorrente da cláusula aberta ou expansiva, consubstanciada no §2º do artigo 5º da CF/88, o qual estabelece que os direitos e garantias ali expressos “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”.

Por este dispositivo, consagra-se uma abertura constitucional a novos direitos fundamentais originários de outras fontes que não o texto da Constituição. Em outras palavras, o catálogo constitucional não é taxativo.

Tal interpretação também decorreria do exposto no artigo 4º, inciso II, da CF/88, que apresenta a prevalência dos Direitos Humanos como princípio norteador do Brasil em suas relações internacionais.

Assim explica Piovesan:

Uma vez mais, corrobora-se o entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente ao mencionado parágrafo, ou seja, anteriormente à Emenda Constitucional n. 45/2004, têm hierarquia

constitucional, situando-se como normas material e formalmente constitucionais. Esse entendimento decorre de quatro argumentos: a) a interpretação sistemática da Constituição, de forma a dialogar os §§ 2º e 3º do art. 5º, já que o último não revogou o primeiro, mas deve, ao revés, ser interpretado à luz do sistema constitucional; b) a lógica da racionalidade material que deve orientar a hermenêutica dos direitos humanos; c) a necessidade de evitar interpretações que apontem a agudos anacronismos da ordem jurídica; e d) a teoria geral da recepção do Direito brasileiro. (PIOVESAN, 2018, p. 151)

Também Mazzuoli:

Segundo o nosso entendimento, a cláusula aberta do § 2º do art. 5º da Carta de 1988, sempre admitiu o ingresso dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no *mesmo grau* hierárquico das normas constitucionais, e não em outro âmbito de hierarquia normativa. Portanto, segundo sempre defendemos, o fato de esses direitos se encontrarem em tratados internacionais jamais impediu a sua caracterização como direitos de *status* constitucional. (MAZZUOLI, 2018, p. 80)

A última corrente, capitaneada pelo Min. Gilmar Mendes e adotada pelo STF desde o julgamento do RE nº 466.343/SP, já na esteira das mudanças previstas pela EC nº 45/2004, defende a ideia de que estes tratados têm hierarquia infraconstitucional, embora supralegal.

Não obstante essa diversidade de posições, pode-se perceber que há certa uniformidade quanto à concepção de que os TIDH são superiores hierarquicamente a todos os demais atos internacionais; são normas de especial força obrigatória, chamada de *jus cogens* – normas imperativas de

Direito Internacional de uma forma geral, não admitindo acordo em contrário, podendo ser modificadas apenas por lei posterior que possua o mesmo *status* e que, de forma geral, atua como uma obrigação *erga omnes*.

Uma vez signatário destes tratados, o Estado assume uma responsabilidade com os indivíduos sob sua proteção e, na hipótese de violação dos Direitos Humanos, podem ser inclusive responsabilizados internacionalmente, com a atribuição de sanções, uma vez que assumiram uma *obrigação* internacional.

É o que se pode entender da opinião consultiva nº 2 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 1982, na qual foi exarado o seguinte entendimento:

Ao aprovar estes tratados sobre direitos humanos, os Estados se submetem a uma ordem legal dentro da qual eles, em prol do bem comum, assumem várias obrigações, não em relação a outros Estados, mas em relação aos indivíduos que estão sob sua jurisdição.

Necessário ainda atentar para o fato de que os mecanismos de proteção previstos nestes tratados são subsidiários e não substitutivos aos sistemas nacionais:

No sistema internacional de proteção dos direitos humanos, o Estado tem a responsabilidade primária pela proteção desses direitos, ao passo que a comunidade internacional tem a responsabilidade subsidiária. Os procedimentos internacionais têm, assim, natureza subsidiária, constituindo garantia adicional de proteção dos direitos humanos, quando falham as instituições nacionais. Os tratados de proteção dos direitos humanos consagram, ademais, parâmetros protetivos mínimos, cabendo ao Estado, em sua ordem

doméstica, estar além de tais parâmetros, mas jamais aquém deles. (PIOVESAN, 2018, p. 253)

Bobbio adota postura diversa, afirmando que “só será possível falar legitimamente da tutela internacional dos direitos do homem quando uma jurisdição internacional conseguir impor-se e superpor-se às jurisdições nacionais” (BOBBIO, 1992, p. 40). Este posicionamento deriva das dificuldades que o renomado jurista enxerga no sentido de mais que proclamar, proteger direitos:

A primeira dificuldade depende da própria natureza da comunidade internacional, ou, mais precisamente, do tipo de relações existentes entre os Estados singulares, e entre cada um dos Estados singulares e a comunidade internacional tomada em seu conjunto. Para retomar uma velha distinção, empregada outrora para descrever as relações entre Estado e Igreja, poder-se-ia dizer que os organismos internacionais possuem em relação aos Estados que os compõem, uma *vis directiva* e não *coactiva*. (BOBBIO, 1992, p. 38)

No dizer de Bobbio, a proteção jurídica dada por um Estado funda-se numa *vis coactiva* – a eficácia de sua força – e numa *vis directiva* – o respeito ou temor reverencial incutido pelo Estado sobre o indivíduo que a considera válida como argumento de força e de razão. Trazendo a ideia da *vis directiva* para as relações entre Estado e comunidade internacional, na falta de uma das duas ou mesmo de ambas as condições de sua existência,

Se pode verificar facilmente a situação de insuficiente, e até mesmo de inexistente, proteção aos direitos do homem, situação que deveria ser remediada pela comunidade internacional. O desprezo pelos direitos do homem no plano interno e o escasso respeito à autoridade

internacional no plano externo marcham juntos. Quanto mais um governo for arbitrário em relação à liberdade de seus cidadãos, tanto mais será libertário (que me seja permitido usar essa expressão) em face da autoridade internacional. (BOBBIO, 1992, p. 38)

Trata-se esta, pois, de uma questão de poder – poder político e econômico – bem como de prioridades e peculiaridades de cada país. Aqui, poder-se-ia abrir todo um novo debate sobre questões de relativismo cultural e universalidade dos Direitos Humanos. Lembremos, afinal, que o DIDH é um direito composto de diversas declarações, tratados, pactos e convenções, cuja eficácia real depende diretamente de sua recepção no ordenamento jurídico interno dos países signatários.

É desta dependência que nasce a discussão acerca da integração do DIDH aos sistemas internos de proteção aos Direitos Humanos, bem como os intensos debates entre os adeptos das teorias de relativismo cultural e de universalismo dos Direitos Humanos.

Não se pode negar que os Direitos Humanos, tal como conhecemos hoje, têm suas raízes no paradigma ocidental, cristão, racionalista e individualista do princípio da dignidade humana. E é justamente nesta filiação que a teoria relativista se ampara para questionar a validade dos Direitos Humanos como sendo absolutos.

Países como China e Índia, além das civilizações islâmicas e de nações do continente africano, resistem fortemente ao que chamam de imperialismo dos Direitos Humanos. Estes Estados possuem uma cultura que valoriza o coletivo em detrimento do indivíduo – mais que os direitos civis e políticos, sua prioridade são os chamados direitos sociais, ou de segunda geração.

No argumento deste grupo de países, necessário que se respeitem as diferenças que formam sua identidade cultural – como o sistema de castas na Índia, para ficar em apenas um exemplo óbvio. Estas peculiaridades, ainda na defesa dos relativistas, não devem constituir obstáculo à implementação de outros direitos, em particular, o de desenvolvimento.

Para os universalistas, por outro lado, o argumento do relativismo cultural é falacioso, mantendo-se apenas para encobrir as severas violações a Direitos Humanos basilares, como o próprio direito à vida. A noção de Direitos Humanos relativos, para eles, consubstanciar-se-ia num manto de proteção para ditaduras, fundamentalismo e preconceito, num ataque frontal à própria ideia do princípio da dignidade humana.

É neste princípio, aliás, que se fundamenta toda a tese dos universalistas.

De acordo com os teóricos do universalismo dos Direitos Humanos, a dignidade humana está acima de todos os outros princípios – a bem da verdade, como já se observou, quase toda a ideia dos Direitos Humanos será construída usando-a como base fundamental, do qual todos os outros princípios e direitos seriam derivados.

No que diz respeito à aplicabilidade dos tratados internacionais em território nacional, é necessário que sejam seguidos os devidos procedimentos, em conformidade com a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 1969 e assinada pelo Brasil no mesmo ano, embora só ratificada em 2009, promulgada no Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009.

Essa Convenção deixa a critério de cada Estado signatário as exigências constitucionais para a incorporação dos tratados à ordem jurídica interna; como regra, a negociação e a assinatura dos tratados são de competência do Poder Executivo, com posterior apreciação e aprovação pelo Poder Legislativo e, só então, a ratificação novamente pelo Poder Executivo, momento a partir do qual o documento passa a ter eficácia.

É exatamente esse o roteiro seguido no Direito brasileiro. Conforme o artigo 84, inciso VIII, da CF/88, é de competência privativa do Presidente da República “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”. O inciso I do artigo 49, por sua vez, afirma ser competência exclusiva do Congresso Nacional “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”.

O processo de incorporação no Brasil é assim um ato complexo, com ações do Executivo e do Legislativo, em basicamente quatro fases. A

primeira é a assinatura pelo Presidente da República, que ainda não vincula o país no plano internacional. Em seguida, passa-se à aprovação pelo Congresso Nacional, autorizando assim que o Estado se obrigue internacionalmente.

Apenas de posse dessa autorização, em decreto legislativo, é feito o depósito do tratado internacional, com sua ratificação, começando daí sua vigência no plano internacional. Por fim, há a incorporação à ordem interna do país, com promulgação do decreto presidencial.

Interessante observar, o decreto executivo autoriza a execução do tratado, mas não transforma em lei interna o tratado internacional. Mesmo por que, os TIDH aprovados com quórum qualificado possuem *status* de emendas constitucionais, mas *não são* emendas constitucionais.

Ao STF, conforme o artigo 102, III, b, da CF/88, compete julgar, mediante recurso extraordinário, causas que declarem a inconstitucionalidade de tratado; ao Superior Tribunal de Justiça – STJ, por sua vez, o art. 105, III, a, da CF/88 atribuiu a competência para examinar, por meio de recurso especial, a contrariedade a tratado ou lei federal.

Em junho de 1977, no RE nº 80.004/SE⁹, que discutia a validade da Convenção de Genebra sobre notas promissórias, o STF consolidou a

⁹ Cujas ementa é a seguinte:

CONVENÇÃO DE GENÉBRA, LEI UNIFORME SOBRE LETRAS DE CÂMBIO E NOTAS PROMISSÓRIAS - AVAL APOSTO A NOTA PROMISSÓRIA NÃO REGISTRADA NO PRAZO LEGAL - IMPOSSIBILIDADE DE SER O AVALISTA ACIONADO, MESMO PELAS VIAS ORDINÁRIAS. VALIDADE DO DECRETO-LEI Nº 427, DE 22.01.1969. EMBORA A CONVENÇÃO DE GENÉBRA QUE PREVIU UMA LEI UNIFORME SOBRE LETRAS DE CÂMBIO E NOTAS PROMISSÓRIAS TENHA APLICABILIDADE NO DIREITO INTERNO BRASILEIRO, NÃO SE SOBREPÕE ELA ÀS LEIS DO PAÍS, DISSO DECORRENDO A CONSTITUCIONALIDADE E CONSEQUENTE VALIDADE DO DEC-LEI Nº 427/69, QUE INSTITUI O REGISTRO OBRIGATÓRIO DA NOTA PROMISSÓRIA EM REPARTIÇÃO FAZENDÁRIA, SOB PENA DE NULIDADE DO TÍTULO. SENDO O AVAL UM INSTITUTO DO DIREITO CAMBIÁRIO, INEXISTENTE SERÁ ELE SE RECONHECIDA A NULIDADE DO TÍTULO CAMBIAL A QUE FOI APOSTO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. (RE nº 80.004-SE, Rel. Min. XAVIER DE

posição de que os tratados internacionais – de uma maneira geral, não restritos aos de Direitos Humanos – se equiparavam às leis ordinárias, consagrando uma concepção do monismo moderado (MAZZUOLLI, 2002, p. 17).

Tal entendimento foi reiterado mesmo após a promulgação da CF/88, como se vê de decisões firmadas no Habeas Corpus nº 72.131/RJ, de 1995, que tratou da prisão de devedor como depositário infiel; e na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480/DF, sobre normas de proteção ao trabalhador e a Convenção nº 158 da OIT, julgada em 1997.

Interessante, aliás, verificar o disposto na ementa da decisão cautelar na ADIn nº 1.480/DF, de relatoria do ministro Celso de Mello, que assim expõe:

SUBORDINAÇÃO NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. - No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em consequência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política.

[...]

PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO. - Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no

sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. **No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno.** A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico ("lex posterior derogat priori") ou, quando cabível, do critério da especialidade. [grifos nossos]

A posição histórica do STF claramente tendeu à corrente que compreende os tratados internacionais com *status* de lei ordinária, com primazia do direito interno. Tal posicionamento, contudo, encontrou ressalvas e foi justamente para dirimir as controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias que a já amplamente citada EC nº 45/2004, conhecida como a Emenda da “Reforma do Judiciário”, acrescentou os §§ 3º e 4º ao artigo 5º da CF/88¹⁰.

Ao determinar que os tratados ou convenções internacionais sobre Direitos Humanos aprovados com quórum qualificado – três quintos em dupla votação nas duas Casas do Congresso – equivalem às emendas

¹⁰ “§ 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.

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”.

constitucionais, o debate sobre a hierarquia das normas internacionais frente ao direito interno mudou completamente.

Em outras palavras, os TIDH, ao serem aprovados pelo rito especial previsto da EC nº 45/2004, ingressam no chamado “bloco de constitucionalidade”. Mais que isso até: pela matéria de que tratam - Direitos Humanos -, eles estão gravados por cláusula pétrea; imunes inclusive à denúncia pelo Estado brasileiro.

Importante observar, contudo, que a decisão do Congresso Nacional de aprovar tais tratados pelo rito especial é discricionária, e não automática para todos os TIDH de que o Brasil eventualmente se torne signatário. Até o momento, apenas três tratados receberam tal *status*.

O primeiro deles foi a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, a chamada Convenção de Nova Iorque. Assinada em 2007, foi aprovada pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, e promulgada pelo Presidente da República através do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.

A recepção da Convenção, que reconhece liberdade e autonomia das pessoas com deficiência, deu azo ao Estatuto da Pessoa com Deficiência - Lei nº 13.146/2015 -, servindo de base também para a alteração do Código Civil em seus termos acerca da incapacidade relativa e absoluta de deficientes.

Posteriormente, tivemos o Tratado de Marraqueche, assinado em 2013, e que tem por objetivo permitir a pessoas cegas, com deficiência visual ou outras dificuldades de acesso ao texto impresso, encontrar alternativas às obras publicadas em diversas mídias, facilitando a criação de cópias sem infringir eventuais direitos autorais. O Tratado foi aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 261, de 25 de novembro de 2015, e oficialmente promulgado pelo Decreto nº 9.522, de 08 de outubro de 2018.

Mais recentemente, foi recepcionada a Convenção Interamericana contra o Racismo, assinada em 2013 durante encontro da Organização dos Estados Americanos. A Convenção foi aprovada pelo Congresso por meio do Decreto Legislativo nº 1, de 18 de fevereiro de 2021, e promulgada pelo Presidente com o Decreto nº 10.932, de 10 de janeiro de 2022.

Retornando à importância da EC nº 45/2004, após sua inclusão na CF/88, os TIDH tornaram-se paradigma de controle das leis internas – o que Valério Mazzuoli denomina controle de convencionalidade das leis, um novo tipo de controle das normas infraconstitucionais, em que juízes e tribunais internos precisam compatibilizar “a produção normativa interna com os tratados de direitos humanos (mais benéficos) em vigor no Estado”. (MAZZUOLI, 2018, p. 115)

Ele ainda continua:

Não se trata de técnica apenas legislativa de compatibilização dos trabalhos do Parlamento com os instrumentos de direitos humanos ratificados pelo governo, sequer do bem conhecido mecanismo internacional de apuração dos atos do Estado em relação ao cumprimento de suas obrigações internacionais, mas sim (e especialmente) de meio judicial interno de declaração de invalidade de leis incompatíveis com tais tratados, tanto pela via de exceção (controle difuso ou concreto) como por meio de ação direta (controle concentrado ou abstrato). (MAZZUOLI, 2018, p. 125)

Destarte, as leis internas estariam sujeitas a um duplo processo de compatibilização vertical, obedecendo não apenas aos comandos previstos na CF/88, mas também ao determinado em TIDH que tenham sido regularmente incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro.

Esse controle de convencionalidade pode ser exercido por cortes internacionais, de forma subsidiária ou complementar; internamente, pelo STF, na forma concentrada, ou ainda, na forma difusa, por todos os tribunais brasileiros.

Em suma, os TIDH internalizados com *status* de emendas constitucionais alteram, de forma imediata, o texto constitucional conflitante, diferente do que ocorre com os tratados internalizados por

quórum ordinário. Eles também não podem ser denunciados, como visto anteriormente; e, constituindo paradigma para o controle concentrado de convencionalidade, prevê-se que os mesmos legitimados para o controle concentrado de constitucionalidade ingressem com ações perante o STF para assegurar o respeito aos tratados.

Observe-se que a jurisprudência manteve a posição de que os tratados em geral equivalem à lei ordinária. No entanto, a partir do momento em que se inseriu na CF/88 a ideia de um tratamento diferenciado às normativas sobre Direitos Humanos; e tendo ainda em vista a maior importância do princípio da dignidade da pessoa humana, tornou-se necessário repensar o *status* daquelas normas ratificadas sem o quórum qualificado, mas ainda referentes a Direitos Humanos.

O ER, que passou a vigorar no Brasil em setembro de 2002, encaixa-se exatamente neste debate, já que veicula diversas normas de Direitos Humanos (dentre elas o já citado art. 54) e foi ratificado pelo Brasil antes da EC nº 45/2004, portanto, sem observar o rito de validação qualificada pelo Congresso, previsto no § 3º do art. 5º da CF/88.

Em dezembro de 2008, o STF julgou o já citado RE nº 466.343/SP, que tratava da questão da prisão civil de depositário infiel – permitida pelo direito interno, mas em clara violação ao Pacto de San José da Costa Rica, que entrou em vigor no Brasil em 1992, com a promulgação do Decreto nº 678. Por cinco votos a quatro, prevaleceu a posição do Ministro Gilmar Mendes, para o qual os TIDH aprovados no Congresso com quórum simples – antes, portanto, da EC nº 45/2004 – estão acima da lei, mas abaixo da Constituição: hierarquicamente infraconstitucionais, porém com *status* supralegal.

Interessante acompanhar os detalhes do voto do eminente ministro:

Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em

relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de suprallegalidade.

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.

[...]

Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada pelo ato de adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969.

Tendo em vista o caráter suprallegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. É o que ocorre, por exemplo, com o art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), que reproduz

disposição idêntica ao art. 1.287 do Código Civil de 1916.

Enfim, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel.

De qualquer forma, o legislador constitucional não fica impedido de submeter o Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica, além de outros tratados de direitos humanos, ao procedimento especial de aprovação previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição, tal como definido pela EC nº 45/2004, conferindo-lhes status de emenda constitucional.

A despeito da interpretação consolidada à ocasião, abalizada doutrina, capitaneada por Piovesan e Mazzuoli, insiste na divergência com o STF, adotando a ideia de que os TIDH, ainda que aprovados com maioria simples, têm paridade hierárquica com as normas constitucionais, algo que decorreria dos §§ 1º e 2º do artigo 5º da CF/88.

Tais dispositivos determinam que normas referentes a direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, e ainda, que os direitos e garantias expressos na Constituição *não excluem outros decorrentes de tratados internacionais de que o Brasil seja signatário*. Disserta Flávia Piovesan:

Ao efetuar a incorporação, a Carta atribui aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza

de norma constitucional. Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Essa conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teleológica do Texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos para orientar a compreensão do fenômeno constitucional. (PIOVESAN, 2018, p. 130)

A par dessa dissensão doutrinária, o fato é que o STF, ainda que por maioria apertada, afirmou a supralegalidade dos TIDH ratificados pelo Brasil antes da EC nº 45/2004, embora tenha negado a essas normas internacionais a paridade constitucional defendida por valiosa doutrina. Esse é justamente o caso do ER, como já se afirmou. Segundo a posição do STF, portanto, tem *status* supralegal, ou seja, superior às leis federais.

2.3 ANÁLISE CRÍTICA AO PROJETO DE LEI Nº 5.282, DO SENADO FEDERAL. SUA JUSTIFICAÇÃO FORMAL. SEUS ASPECTOS NEGATIVOS

Primeiramente, cumpre registrar que o Projeto de Lei nº 5.282, do Senado Federal, foi arquivado ao fim da legislatura que se encerrou em dezembro de 2022, nos termos do artigo 332 do Regimento Interno do Senado.

O arquivamento do Projeto não inibe nem prejudica a análise empreendida neste ensaio, seja porque há a possibilidade de seu desarquivamento ou repropositura com o mesmo conteúdo, seja porque – e esta é a justificativa principal – a questão jurídica aqui abordada transcende a mera política legislativa para abarcar considerações hermenêuticas sobre a validade/eficácia do DIDH na ordem interna brasileira e como se dá a acomodação normativa em face da CF/88.

Feito o esclarecimento, passa-se a examinar o texto do Projeto.

Em sua justificativa, ele reconhece que a norma proposta já está positivada no ordenamento brasileiro, especificamente no art. 54, 1, “a” do ER, confessando assim a sua *evidente inutilidade*.

Nada obstante, o Projeto encaminha a proposta de incorporar a referida norma ao CPP, ao argumento de que essa incorporação é necessária para dirimir dúvidas quanto à aplicabilidade do diploma internacional ao processo penal interno e, assim, dissipar certa recalcitrância no Judiciário nacional quanto à sua vigência e eficácia (segundo informado no Projeto, o ER é citado em 123 acórdãos do STF e em apenas 2 do STJ).

Lê-se o seguinte da justificativa:

A regra proposta já está prevista no ordenamento jurídico brasileiro (art. 54, 1, ‘a’, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, promulgado pelo Decreto nº 4.388, de 25.09.2002: (...)

Todavia, sua aplicação ao processo penal interno ainda não é pacificada. Como noticia o professor em seu artigo, o Estatuto de Roma é citado em condenações penais, em 123 acórdãos no Supremo Tribunal Federal e em 2 acórdãos no Superior Tribunal de Justiça.

A ideia central do projeto de lei é eximir as dúvidas quanto à aplicabilidade do diploma ao processo penal interno. O Estatuto de Roma é extremamente avançado e atualizado, pois entrou em vigor em 2002, ao passo que o nosso Código de Processo Penal é de 1941. Com efeito, entendemos ser importante a inserção desse dispositivo no CPP – que é o local mais adequado para definir as regras processuais. Desse modo, buscamos o apoio das senhoras e dos senhores Senadores para a aprovação do projeto.

Ou seja, o próprio Projeto de Lei admite que a regra que pretende inserir no CPP já existe em nosso ordenamento jurídico desde a ratificação interna do ER, a partir de quando a norma internacional adquiriu, no plano jurídico interno, vigência e eficácia normativa.

O ER, com seu *status* supralegal, sobrepõe-se ao Código de Processo Penal, não havendo sentido prático em um projeto que incorpora a uma lei ordinária um dispositivo já existente em norma hierarquicamente superior.

A par da evidente inutilidade, há outros aspectos negativos do referido Projeto de Lei que podem ser aqui realçados.

O *primeiro deles* é o de servir de incentivo à cultura de não aplicar tratados, subestimando o papel que desempenham – ou deveriam desempenhar – na ordem jurídica interna.

Os tribunais brasileiros têm certa dificuldade em aplicar tratados e aceitar a precedência que as convenções internacionais deveriam ostentar em face da ordem interna infraconstitucional, sobretudo quando relativas a Direitos Humanos.

Cançado Trindade, no prefácio que escreveu para a obra de George Galindo, bem expressou a falta de vontade do Poder Judiciário em dar aplicação direta às normas internacionais de proteção aos Direitos Humanos, *verbis*:

O problema – permito-me insistir – não reside na referida disposição constitucional [refere-se ao § 2º do art. 5º da CF/88], a meu ver claríssima em seu texto e propósito, mas sim na falta de vontade de setores do Poder Judiciário de dar aplicação direta, no plano de nosso direito interno, às normas internacionais de proteção dos direitos humanos que vinculam o Brasil. Não se trata de um problema de direito, senão de vontade (*animus*). (*Apud* GALINDO, 2002, p. XXIII)

Essa “resistência” do Poder Judiciário com as normas internacionais pode ser aferida em inúmeros precedentes do STF, formados ao longo de décadas.

Com efeito, até o julgamento do RE nº 80.004-SE (Rel. Min. Cunha Peixoto, julgado em junho de 1977), o STF acolhia, ainda que de modo difuso, a tese da primazia do tratado internacional quando em conflito com norma interna infraconstitucional.

A partir do referido julgamento, passou a predominar no STF a posição que defende a paridade entre lei interna e tratado internacional, com a utilização do critério cronológico (*lex posterior derogat legi priori*) para solucionar eventuais conflitos entre a ordem interna e a internacional.

No citado precedente, o STF examinou o conflito entre a Lei Uniforme de Genebra e uma lei interna posterior. Enquanto esta exigia o aval aposto na nota promissória como requisito para a validade do título, a norma internacional não trazia essa formalidade. Prevaleceu, ao final, a regra interna, tendo o STF decidido com base no critério cronológico, depois de assentar que a norma interna e a internacional estavam no mesmo plano hierárquico.

Essa posição, inclusive, conflita diretamente com a disciplina dos artigos 26 e 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados¹¹, promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Nesse sentido, pontua Flávia Piovesan:

Esta posição afronta, ademais, o disposto pelo art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que determina não poder o Estado-parte invocar posteriormente disposições de direito interno como justificativa para o não-cumprimento de tratado. Tal dispositivo reitera a importância, na esfera internacional, do princípio da boa-fé, pelo qual cabe ao Estado conferir cumprimento às

¹¹ Segundo o art. 26, “*Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé*”; já o art. 27 diz que “*uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado*”.

disposições de tratado, com o qual livremente consentiu. Ora, se o Estado no livre e pleno exercício de sua soberania ratifica um tratado, não pode posteriormente obstar seu cumprimento. Além disso, o término de um tratado está submetido à disciplina da denúncia, ato unilateral do Estado pelo qual manifesta seu desejo de deixar de fazer parte de um tratado. Vale dizer, em face do regime de Direito Internacional, apenas o ato da denúncia implica a retirada do Estado de determinado tratado internacional. (PIOVESAN, 1997, p. 84)

Ou seja, a Convenção de Viena, da qual o Brasil é signatário, expressamente estatuiu a supremacia dos tratados sobre o direito interno (infraconstitucional), já que veda a possibilidade de uma das partes signatárias deixar de cumprir o tratado sob a alegação de que a norma interna com ele conflita.

A partir do julgamento do já citado RE nº 466.343/SP, quando o STF decidiu que a prisão civil do depositário infiel deveria ser abolida, prevalecendo, a respeito, a disciplina do Pacto de São José da Costa Rica, o direito brasileiro passou a admitir três diferentes graus hierárquicos para os tratados internacionais: o de lei ordinária (para os tratados internacionais comuns); o de supralegalidade (para os TIDH não aprovados pelo quorum qualificado de 3/5); e o de equiparação à emenda constitucional (para os TIDH aprovados por 3/5 do Congresso, nos termos do art. 5º, § 3º, da CF/88).

Assim, ressaltados os tratados internacionais sobre direitos humanos, até hoje o STF equipara a norma internacional à lei ordinária, desse modo impondo que a eventual resolução dos conflitos se dê não com base na hierarquia, mas nos critérios cronológico (*lex posterior derogat legi priori*) e da especialidade (*lex specialis derogat legi generali*).

Essa posição – de equiparar as normas internacionais à lei ordinária interna e, assim, subestimar a importância da ordem internacional – reflete, em cascata, nos órgãos jurisdicionais inferiores, criando uma cultura judicial

de não aplicar tratados ou de relativizar o importante papel que exercem sobre a ordem jurídica interna.

Essa posição também repercute no meio político. O Projeto de Lei examinado neste ensaio, por meio do qual se propôs repetir no CPP norma de tratado já ratificado pelo Brasil, é prova dessa inconcebível desvalorização da ordem jurídica internacional.

Consta explicitamente da justificativa do Projeto de Lei que poucos acórdãos do STF e do STJ resolveram conflitos judiciais, até hoje, com base direta no ER. A proposta de incorporar a norma ao CPP vai tornar a aplicação direta do ER ainda mais difícil e remota, alimentando essa arraigada cultura judicial de não aplicar tratados e de subestimar a relevância da ordem internacional, numa exacerbação inaceitável da teoria dualista.

Os aspectos negativos da proposta legislativa veiculada no referido Projeto de Lei não param por aí.

Em segundo lugar, haverá inaceitável redução do nível de proteção do direito fundamental consagrado no ER, com efetivo rebaixamento de seu grau hierárquico (de supralegal para legal ordinário), facilitando eventuais alterações legislativas futuras, que se dará pelo simples critério cronológico.

Com efeito, tomando por base a posição do STF adotada no julgamento do RE nº 466.343/SP, por ser anterior à EC nº 45/2004, o ER foi recepcionado pela ordem jurídica brasileira com o *status* de supralegalidade, ou seja, com ascendência hierárquica em relação à lei federal ordinária (como o CPP, por exemplo). Assim, reproduzir a norma do ER no CPP equivale a rebaixar o seu *status* hierárquico (de supralegal para legal ordinário), tornando o preceito mais vulnerável e permitindo um procedimento mais simples para alteração legislativa futura.

Em *terceiro lugar*, caso venha a ser convertido em lei o Projeto, haverá duas normas no ordenamento jurídico com o mesmo conteúdo, com distintas hierarquias e sujeitas a interpretações discrepantes por qualquer órgão jurisdicional. Esse cenário trará riscos concretos à segurança jurídica, com a quebra da necessária unidade sistêmica.

Isso porque, se positivada no CPP, as duas normas podem não ter idêntica redação, abrindo campo fértil para eventuais dissonâncias interpretativas. E, mesmo que tenham redação idêntica ou muito

assemelhada, ainda assim, essa duplicidade normativa é totalmente contrária à necessária unidade e coesão do sistema, ainda mais prejudicada pelo fato de serem normas de igual conteúdo, mas com diferentes posições na hierarquia normativa.

Por fim, essa dupla normatização poderá, eventualmente, gerar dúvida concreta sobre o tribunal competente para conhecer, em grau de recurso extraordinário *lato sensu*, a apontada violação à norma. Isso porque há os que defendem, como Mazzuoli, que o tratado não aprovado pelo regime de quórum qualificado é norma materialmente constitucional (por força do § 2º do art. 5º da CF/88), embora não componha a Constituição formalmente; assim, a sua violação desafiaria recurso extraordinário *stricto sensu*, dirigido ao STF, e não recurso especial para o STJ, que seria cabível, no caso de a norma do ER vir a ser incorporada ao CPP.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Projeto de Lei nº 5.282, do Senado Federal, propõe incorporar ao CPP normas já estatuídas no ER, ratificado e em vigência no Brasil após a promulgação do Decreto nº 4.388/2002. Tal tratado – que veicula normas protetivas de Direitos Humanos (entre elas o artigo 54 objeto deste ensaio) – foi aprovado por quórum comum, antes da reforma advinda da EC nº 45/2004; assim, possui *status* supralegal, conforme posição firmada pelo STF.

A proposta, tal como se apresenta, é descabida. Tendo em vista todo o arcabouço legal já existente no país, bem como a consolidação do *status* hierárquico das normativas internacionais que versam sobre Direitos Humanos, o debate é desnecessário, fazendo parte de uma cultura que, por um lado, apequena as normas de direito internacional em face da ordem jurídica interna, por outro, dá preferência à criação de leis novas, no lugar de investir nas existentes, criando um emaranhado de normas de difícil compreensão, muitas vezes até contraditórias.

Vivemos uma verdadeira inflação legislativa, um emaranhado de leis, com múltiplas normas tratando do mesmo assunto, com diferentes perspectivas, sem atentar nas que lhe precedem, respondendo a impulsos e

interesses imediatos. Tal comportamento gera prejuízos e insegurança jurídica, exatamente o oposto do que deveria ser o objetivo do legislador.

Assim, além de inócuo, o Projeto de Lei viola a segurança e a necessária unidade da ordem jurídica. Tomando de empréstimo as palavras do Barão de Montesquieu, na conhecida obra *O Espírito das Leis*, “*as leis inúteis debilitam as leis necessárias*”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 11 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 14 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

KELSEN, Hans. **Théorie de Droit International Public**, RCADI, vol.

84, 1953.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 8ª ed. Madri: Editorial Tecnos, 2003.

MAZZUOLLI, Valerio de Oliveira. O Supremo Tribunal Federal e os conflitos entre tratados internacionais e leis internas. In **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 39, n. 154, p. 15 - 29. abr./jun. 2002. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/768>. Acesso em 23. nov. 2023.

_____ **Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2ª ed. Rev. Atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

_____ **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 12ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____ **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

REZEK, Francisco. **Manual de Direito Internacional Público**, São Paulo: Editora Saraiva, 1991.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

STREK, Lenio. Projeto de lei para evitar a parcialidade na produção da prova penal. In **Revista Consultor Jurídico**. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-19/senso-incomum-projeto-lei-evitar-parcialidade-producao-prova-penal>. Acesso em: 23. nov. 2023.

VERDROSS, Alfred. **Derecho Internacional Publico**. Madrid: Aguilar, 1974.