

Tratados de direitos humanos supralegais e constitucionais

Uma abordagem analítico-normativa

BECLAUTE OLIVEIRA SILVA

Resumo: Os tratados sobre direitos humanos podem ser introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro sob a forma de Emenda Constitucional ou como os demais tratados internacionais. O presente estudo analisa o lugar desses tratados na ordem jurídica, verificando sua qualificação dogmática diante da hierarquia das normas, no intuito de averiguar o modo de resolução de eventuais conflitos entre eles e as diversas espécies normativas.

Palavras-chave: Constitucional. Hierarquia das normas. Tratados de Direitos Humanos. Supralegalidade.

Introdução

O presente estudo tem por objetivo analisar a categoria tratado internacional e seu lugar no sistema jurídico brasileiro. Deve-se advertir que não se trata de um trabalho veiculado por um internacionalista ou por um estudioso de direitos humanos, mas de um normativista. Esta será a análise ultimada.

Pretende-se abordar o tema da inserção dos tratados de direitos humanos numa perspectiva normativa com ênfase no aspecto sintático, embora o semântico e o pragmático, por certo, ocasionalmente sejam mencionados. A influência de Hans Kelsen é flagrante, dada a contribuição do autor austríaco à análise escalonada do sistema jurídico, bem como sua visão de norma jurídica – além, claro, da influência do seu pensamento sobre o modo de pensar deste articulista.

O artigo será desenvolvido sob a seguinte sistemática. O primeiro item terá por função fixar algumas premissas que servirão de fio condu-

Recebido em 29/4/15

Aprovado em 29/5/15

tor do que será desenvolvido neste ensaio. No segundo item, a análise voltar-se-á para os tratados de direitos humanos aprovados de forma ordinária, enfatizando-se a distinção feita pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 466.343/SP, que diferenciou, do ponto de vista normativo, os aludidos tratados das demais leis, bem como o modo como estes são inseridos no ordenamento jurídico do País. Neste ponto, destacam-se: a questão da inserção de nova categoria introdutória de normas jurídicas, as leis supralegais, bem como sua eficácia impeditiva, já que esta tem o condão de suspender, de certa forma, o efeito de norma constitucional. Além disso, será efetuada uma pequena abordagem do controle daqueles tratados, sem pretensão de exaurir o tema, já que se busca trazer para o debate, sob um prisma formal, alguns problemas da atual conjuntura constitucional. O último item tem por objeto a possibilidade de o Poder Constituinte Reformador inserir no sistema nova cláusula pétrea. Esta discussão é relevante no intuito de situar normativamente os tratados de direitos humanos, que, uma vez inseridos via Emenda Constitucional, veiculam direitos e/ou garantias fundamentais.

Eis a proposta e o caminho a ser trilhado. Cumpre lembrar que as opiniões aqui lançadas não são verdadeiras nem falsas, mas apenas uma forma de ver o mundo.

1. Estabelecendo algumas premissas

Ao se referir ao Poder Constituinte, Carlos Ayres Britto fez questão de salientar a necessidade de se delimitar as linhas que o separam do Poder Reformador. Lança assim as seguintes ponderações: “[...] o Poder Constituinte é o poder de dispor sobre o todo da Constituição, e não menos; o Poder Reformador (que é um poder estatal, e, portanto, constituído) é o poder de dispor sobre partes da Constituição, e não mais” (BRITTO, 2003, p. 47-48).

Acrescenta que o Poder Constituinte impede que o mundo jurídico mude por conta própria “a ponto de dar a si mesmo um novo começo” (BRITTO, 2003, p. 48). Desse modo, não pode o constituído tornar-se constituinte. Essas premissas fixadas no trabalho de Alf Ross (1993) e de Carlos Ayres Britto nortearão algumas das linhas neste trabalho.

Para que o Poder Constituinte Originário seja preservado em nosso sistema, devem-se respeitar as denominadas cláusulas pétreas, entre as quais estão os direitos e as garantias fundamentais. Só com a delimitação dos contornos do que sejam tais cláusulas é possível demarcar a competência do Poder Reformador.

Outro ponto relevante é entender como se insere no sistema jurídico a categoria “supralegalidade”. Trata-se de uma lei abaixo da Constituição e acima das demais leis? A resposta a essa questão repercute no modo como se compreende o ordenamento pátrio. Significativa, no caso, é a concepção kelseniana relativa à função criativa do ato de aplicar o direito, segundo a qual um ato de cognição se entrelaça a um ato de vontade gerativo de novas significações (KELSEN, 1979, p. 462-473), já que coube ao STF abrir novas veredas.

Tais linhas permearão estes apontamentos de perfil analítico-normativo, a começar pela análise dos tratados de direitos humanos, inseridos de forma ordinária na ordem jurídica¹. Serão objeto de averiguação no item 3 deste trabalho os tratados veiculados conforme o art. 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988 (CF), com a redação estipulada pela Emenda Constitucional (EC) nº 45/2004.

2. Tratados de direitos humanos aprovados pela via ordinária

2.1. Natureza jurídica: legal, constitucional ou supralegal?

Inicialmente, com relação aos direitos e garantias fundamentais, um problema de demarcação surgiu por conta da estipulação contida no art. 5º, § 2º, da CF: “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” (BRASIL, 1988).

¹ Qualifica-se como forma ordinária o modo comum de admissão de tratados no ordenamento jurídico, já que a EC nº 45/2004 estabeleceu uma forma especial de inserção desses instrumentos normativos.

Esse dispositivo levou à interpretação de que havia uma abertura formal para inclusão de novos direitos e garantias fundamentais, sem a via da Emenda Constitucional e, por consequência, de novas cláusulas pétreas, além das fixadas pelo Poder Constituinte Originário. Seria uma forma flexível de alterar o sistema constitucional quanto aos direitos e garantias fundamentais. Essa corrente exegética passou a reputar como normas constitucionais os tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Neste trabalho, opta-se por outro caminho hermenêutico, em que se enfatiza a supremacia da Constituição (BOMFIM, 2008, p. 31-34). Na realidade, o Poder Constituinte Originário não criou uma forma simplificada de alteração da Constituição, apenas deixou claro que o rol de direitos e garantias fundamentais catalogados no art. 5º da CF não era *numerus clausus*. Esse é o entendimento que tem sido adotado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo próprio Poder Reformador, que fez incluir uma nova maneira, mas não a única, de introdução dos tratados de direitos humanos no sistema pátrio. Deve-se salientar que, antes do aludido julgamento, havia na doutrina o entendimento de que lei federal teria o condão de revogar disposições inseridas em tratados ratificados, já que estes não gozavam de primazia sobre aquela (REZEK, 1998, p. 102-105). A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também seguia o mesmo entendimento².

Com relação ao entendimento perfilhado pelo STF, o caso emblemático é o que teve por objeto de análise o Pacto de San José da Costa Rica³, no RE 466.343/SP, quanto à prisão civil do depositário infiel. Como se sabe, esse tratado versa sobre direitos humanos. A decisão

² Ver Brasil (2003).

³ Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

veiculada naquele julgado definiu como “supralegal” esse ato internacional, nos seguintes termos:

Em conclusão, entendo que, desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, 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), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status* normativo *supralegal* dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.460/2002). (BRASIL, 2009).

A definição posta na decisão é a que melhor se coaduna com a nossa ordem jurídica? Pode ser. Contudo, outra possibilidade pode ser construída. É o que se propõe de forma sintética no próximo subitem.

2.2. Supralegalidade e sua inserção no sistema jurídico pátrio

Deve-se destacar que a estipulação lançada na fundamentação em recurso extraordinário não prescreve, mas indica o modo como o julgador chegou à decisão. Fundamentação, no caso, não prescreve, descreve, ainda que para cumprir estipulação normativa – obrigatoriedade de fundamentar (art. 93, IX, da CF) (SILVA, B., 2007). Por ser descritiva, submete-se ao juízo de verificação verdade-falsidade típico das ciências. Por essa razão, pode-se criticar o sentido do termo supralegal do ponto de vista descritivo, já que, do ponto de vista prescritivo, a discussão ficaria para o âmbito de validade-invalidade, que não é pertinente aos limites deste texto.

Pode-se afirmar que, com relação ao adjetivo “supralegal”, percebe-se que foi utilizado, naquela decisão do STF, com o intuito de indicar uma relação hierárquica; no caso, a relação de hierarquia entre os tratados de direitos humanos ratificados da forma comum e as demais leis do País.

A ideia difundida não parece ser a que melhor se amolde ao sistema pátrio. Por isso se propõe outra interpretação, sem que isso venha de alguma forma alterar as consequências da decisão do STF, mas tão só lançar uma descrição mais condizente com a estrutura vigente.

A nova leitura impõe-se pelo fato de que a existência de uma instância hierárquica diferente implicaria a adição de um novo degrau no

sistema escalonado difundido por Hans Kelsen. Até aqui, nenhum problema. A questão é que a inserção de novo patamar, entre a Constituição e as demais leis infraconstitucionais, implicaria admitir que a norma denominada “supralegal” funciona como fundamento de validade das leis que lhe são subalternas. Isso é o que decorre do ensinamento de Hans Kelsen sobre a matéria. A citação, embora longa, esclarece o que se pretende defender:

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do facto de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por seu turno, é determinada por outra; assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta. (KELSEN, 1979, p. 310).

Assim, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, decretos legislativos e resoluções retirariam seu fundamento de validade dos tratados sobre direitos humanos. Não parece ser esta a melhor interpretação, pelo que se prefere abandoná-la. Mas qual seria a construção hermenêutica apta a solucionar de forma sistêmica o aludido problema? No caso, seria inserir os tratados de direitos humanos aprovados de forma ordinária como uma nova categoria ao lado das demais, mas com competência concorrente ante os outros instrumentos de introdução de norma jurídica; em vez de pô-la em outro degrau, colocá-la ao lado. Justifica-se.

A supralegalidade dos tratados sobre direitos humanos ratificados de forma ordinária resulta numa espécie diferenciada de competência concorrente, pois sua existência não impediria, por exemplo, que outro instrumento introdutor de normas veiculasse, em sua omissão ou ausência, regulação sobre direitos humanos. Assim, o legislador infraconstitucional é livre para regular a matéria, desde que não haja estipulação em tratado, mantendo-se uma competência concorrente cumulativa ou plena (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 815). Regular em lei o que já está regulado em tratado teria a mesma consequência de uma matéria reservada a lei complementar ser veiculada por lei ordinária. Não há um problema de hierarquia, mas de competência. Um conflito de legalidade.

A diferenciação na competência concorrente aplicada aos tratados de direitos humanos decorre do fato de que a superveniência do tratado não torna ineficaz a disposição da outra lei, mas a revoga, como assentou a decisão do Supremo Tribunal Federal. Aqui não se aplicaria

a disposição do art. 24, §4º, da CF⁴. Tampouco o disposto no art. 24, §1º, da CF/88⁵, dado que não se trata de vínculo entre lei federal e estadual, mas de instrumentos normativos emanados da esfera federal.

Outro argumento apto a justificar a inserção horizontal dos tratados supralegais é o fato de não existir, no sistema jurídico nacional, um controle de supralegalidade, ao modo do controle de constitucionalidade e de legalidade. Assim, não sendo categoria de nível constitucional, submete-se ao controle de legalidade típico dos demais instrumentos primários infraconstitucionais de inovação da ordem jurídica (CARVALHO, 2004).

Por essas razões, opta-se por entender que os tratados supralegais são instrumentos primários de inovação da ordem jurídica ao lado dos demais instrumentos de igual função. Todos submetidos ao estatuído pela Constituição Federal vigente.

2.3. Revogação dos tratados supralegais

Pode-se questionar sobre que instrumento é apto a revogar um tratado supralegal. Como há matéria própria, fica evidente que, assim como uma lei ordinária não pode revogar uma lei complementar, um tratado não pode ser revogado por outra lei ordinária ou complementar, por exemplo. Entretanto, os tratados não são imutáveis. Podem-se vislumbrar três formas possíveis de revogação.

A primeira maneira é a denúncia, forma normal de revogação de tratados, sendo um ato de competência exclusiva do Chefe do Exe-

⁴ Art. 24, § 4º, da CF: “A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia a lei estadual, no que lhe for contrário” (BRASIL, 1988).

⁵ Art. 24, § 1º, da CF: “No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais” (BRASIL, 1988).

cutivo (WEIS, 1999, p. 35). Corta-lhe a vigência, apresentando conteúdo negativo.

Outra forma é a inserção de outro tratado supralegal no sistema. Nesse caso, pode haver a revogação expressa ou tácita (critério cronológico ou da especialidade). A respeito da revogação tácita, Gabriel Ivo constata que ela é subjetiva, só verificável no ato de aplicação, ou seja, no caso concreto (IVO, 2006, p. 104-111).

A EC também aparece como uma forma de se retirarem do sistema disposições de tratados supralegais ou até mesmo ele próprio. Talvez este seja o modo mais eficiente e prático de modificá-las.

À exceção da denúncia, os outros modos são capazes de reintroduzir a eficácia da prisão do depositário infiel. Ou seja, a sistemática eleita pelo STF acabou por estipular uma alta restrição à discricionariedade do Legislativo. Ressalta-se que a Corte Suprema não elaborou a partir do nada, mas do produto veiculado pelas instâncias competentes que ratificaram o tratado, bem como editou a EC nº 45/2004, conferindo novo estatuto aos tratados de direitos humanos, como bem salientou Gilmar Ferreira Mendes em seu voto.

2.4. Conflito entre tratado supralegal e demais leis federais

Como já adiantado no subitem 2.2., não há uma relação de hierarquia entre as leis federais e os tratados supralegais. Assim, o conflito possível será no campo da matéria. Isto é, se a matéria trata de direitos humanos, a primazia sempre será dos tratados, embora a legislação comum possa versar sobre ela complementando, sem restringir, aditando ou inovando. Exercício, pois, de uma competência concorrente diferenciada ou *sui generis*.

Uma questão que se põe é: se a legislação interna é mais benéfica que a supralegal, qual

prevalece? Uma saída seria adotar a sistemática de que a lei melhor deveria prevalecer, já que o tratado de direitos humanos não poderia ser empecilho ao exercício pleno de direitos, que pela conjuntura internacional dos países signatários não puderam avançar tanto como na legislação interna, livre das ingerências de cada Estado, no jogo de força internacional. Outra solução seria aplicar a primazia dos tratados supralegais sobre a legislação interna, mesmo que na lei local a disciplina sobre a matéria seja mais benéfica.

Duas soluções possíveis. Opta-se pela segunda. A escolha da primazia dos tratados internacionais, como deixou assentado o STF, foi decorrência do próprio texto constitucional originário (art. 5º, § 2º, da CF)⁶, conjugado pela opção do Poder Reformador, que inseriu o parágrafo terceiro no artigo quinto da Constituição, reforçando o papel dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico.

Ou seja, há uma nítida direção para o instrumento, a forma. Ademais, esta interpretação reforça a ideia de compromisso internacional em defesa dos direitos humanos, firmado pelo País no plano externo, catalogado pelo Poder Constituinte Originário como princípio regente das relações do Brasil com outros Estados (art. 4º, II, da CF)⁷.

Não se descarta a primeira possibilidade, até porque, em um trabalho de orientação kel-seniana, o que menos se espera é uma interpretação correta. Os sentidos diversos são sempre possíveis. No entanto, a primeira opção não

⁶ Art. 5º, § 2º, da CF: “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” (BRASIL, 1988).

⁷ Art. 4º, II, da CF: “A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...) II- prevalência dos direitos humanos” (BRASIL, 1988).

parece ser a que melhor se coadune à sistemática estabelecida no ordenamento vigente.

No plano interno, o conflito entre tratados supralegais e demais instrumentos normativos ou até mesmo entre dois ou mais tratados supralegais deve ser resolvido em última instância, via recurso especial, pelo Superior Tribunal de Justiça (art. 105, III, “a”, da CF)⁸, pois o tratado supralegal não é Constituição, tampouco é superior às demais leis do sistema.

2.5. O art. 5º, LXVII, da CF e o Pacto de San Jose da Costa Rica (tratado supralegal)⁹

Neste momento, é necessária a análise do disposto no art. 5º, LXVII, da CF¹⁰, já que ele esteve no centro da discussão sobre a natureza dos tratados internacionais, inseridos de modo ordinário no ordenamento.

O entendimento da Suprema Corte deitou raízes na distinção efetivada por José Afonso da Silva, com a nomenclatura eleita por Maria Helena Diniz acerca da eficácia da norma¹¹ constitucional. José Afonso da Silva (2007, p. 81) assim classificou as normas constitucionais: norma constitucional de eficácia plena, norma constitucional de eficácia contida, norma constitucional de eficácia limitada. Maria

⁸ Art. 105 da CF: “Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...] III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência” (BRASIL, 1988).

⁹ Os argumentos lançados neste item tomam por parâmetro a sistemática eleita pelo STF, embora entendamos que a norma que estipula a prisão civil do depositário fiel seja de aplicabilidade plena e imediata.

¹⁰ Art. 5º, LXVII, da CF: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel” (BRASIL, 1988).

¹¹ O termo norma está sendo utilizado no sentido comum e não como o mínimo irredutível do deontico, por exemplo, já que é dessa forma que o constitucionalista paulista trabalha.

Helena Diniz (1989, p. 100-101) denominou a norma de eficácia contida como norma de eficácia redutível ou restringível, sendo o último termo o mais difundido.

A preocupação aqui é com a norma de eficácia contida ou restringível, pois foi essa categoria a escolhida pelo STF para servir de fundamento à sua decisão no RE nº 466.343/SP.

Como salienta Dirley da Cunha Júnior, a incidência das aludidas normas não necessita de eventual complementação infraconstitucional. No entanto, a própria norma constitucional prevê meios ou conceitos que possam vir a conter a sua eficácia plena (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 160). No mesmo sentido, Thiago Bomfim (2008, p. 39) afirma: “o que caracteriza esta última é a simples *possibilidade* de contenção e não apenas a efetiva redução dos efeitos”. A definição de José Afonso da Silva (2007, p. 116):

Normas de eficácia contida, portanto, são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados.

Acrescenta Maria Helena Diniz (1989, p. 101) que seu âmbito eficaz não pode ser ampliado, mas restringido por intervenção legislativa. Noutros termos, restringir não é eliminar. Em sua exposição, a autora paulista indica como exemplo de norma constitucional de eficácia restringível a disposta no art. 5º, LXVII, da CF.

Esclarecido tal ponto, passa-se a abordar o dispositivo sobre a prisão civil.

Como percebeu Carlos Ayres Britto, em seu voto no RE nº 466.343/SP, existem duas

normas no dispositivo constitucional (art. 5º, LXVII, da CF). Uma que veda a prisão civil por dívida, e outra que estabelece duas exceções permissivas:

O fato é que o tema prisão civil – e os eminentes Ministros que me precederam bem demonstram – é de matriz constitucional, vem regrado por um dispositivo, inciso LXVII do art. 5º, que tem dois bens caracterizados relatos ou dos núcleos deontológicos de fácil percepção. O primeiro é uma regra geral vedatória, claramente exposta: não haverá prisão civil por dívida. Esse é o comando central, o compromisso da Constituição com a liberdade física de locomoção do indivíduo. Não haverá prisão civil por dívida. Os atos negociais não terão a força de viabilizar a prisão de quem quer que seja, mas a Constituição, no segundo relato, no seu segundo núcleo deontológico, traz duas exceções; não há dívida. Podemos até dizer, por isso mesmo, que essa norma constitucional é de eficácia restringível, num primeiro momento, a estimular o legislador a trabalhar no campo da aplicação das ressalvas, mas o fato é que são apenas duas ressalvas: a primeira, inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia, ainda que nessa ressalva a Constituição tenha tentado dificultar a prisão civil porque o inadimplemento há de ser voluntário e, mais do que isso, inescusável de obrigação alimentícia e, finalmente, a do depositário infiel (BRASIL, 2009).

A tese transcrita, norteadora da decisão, traz alguns problemas.

Não há no texto constitucional remissão à restrição de eficácia posta no dispositivo, como, por exemplo, a previsão do art. 5º, VIII, da CF¹². Tampouco há nos dispositivos concei-

¹² Art. 5º, VIII, da CF: “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei” (BRASIL, 1988).

tos jurídicos indeterminados que imponham uma restrição à sua aplicabilidade. Ou seja, o conceito de norma constitucional de aplicabilidade contida ou restringível não se aplicaria ao disposto na questão do depositário infiel, apesar da opção feita pelo STF e por Maria Helena Diniz (1989), salvo no caso de se considerar “prisão civil” e “depositário infiel” expressões veiculadoras de conceitos juridicamente indeterminado, tais como: ordem pública, relevância, perigo público eminente etc. Parece não ser o caso.

Outro problema que se impõe à adoção da classificação de José Afonso da Silva e de Maria Helena Diniz ao caso é o fato de que a norma infraconstitucional reduz a eficácia da norma constitucional, mas não a elimina, “isto porque nascem com todas as potencialidades, porém, mediante conceitos nelas contidos ou por intervenção legislativa, seu âmbito eficaz não será ampliado, mas restringido” (DINIZ, 1989, p. 101).

Então, onde se enquadra a restrição eficaz para a possibilidade de prisão civil do depositário infiel? Criou-se uma nova categoria ou uma norma de eficácia contida *sui generis*?

Crê-se que não. A situação da norma que prevê a prisão civil não se enquadra na hipótese de norma constitucional de eficácia contida, mas na categoria de norma constitucional de eficácia limitada. Na lição de Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 161), “são normas que, ao revés, dependem da intervenção legislativa para incidirem, porque o constituinte, por qualquer motivo, não lhes emprestou normatividade suficiente para isso”, o que não impede que as aludidas normas irradiem efeitos aptos a inibir ou impedir a edição de disposições.

Opta-se pela norma constitucional de eficácia limitada pelo fato de que, para que haja prisão civil, é necessária previsão infraconstitucional, segundo entendimento lançado pelo STF. Tal previsão existia antes da Constituição de 1988. Por tal razão, o dispositivo tinha aplicabilidade imediata e direta, não por si, mas pelo complemento infraconstitucional (Código Civil de 1916, DL nº 911/69 e Código Civil de 2002).

O tratado de San José da Costa Rica, admitido como supralegal, revogou as previsões que complementavam a regra constitucional da prisão civil do depositário infiel, dando-lhe eficácia imediata e direta. Dessa forma, cessou a aptidão para produzir efeitos. Naquele ponto, tornou ineficaz norma constitucional. Tem, assim, natureza impeditiva de efeitos.

Desse modo, não houve redução, restrição ou contenção de eficácia, mas a sua eliminação, até que seja restabelecida por outro tratado supralegal ou por emenda constitucional – únicas formas, como visto, de restabelecer a eficácia plena da norma constitucional que prescreve a

prisão do depositário infiel. Situação análoga pode vir a acontecer com relação ao devedor de alimentos.

Por se tratar de restrição à liberdade, a eficácia limitada não pode dar ensejo a controle por omissão. O modal deontico é o permitido, sob a forma bilateral (permitido fazer ou permitido não fazer ou, simplesmente, faculdade). Ademais, não poderia manejar-se a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, na situação, ainda que o modal fosse obrigatório, já que a omissão que obriga o Legislativo se dá no plano infraconstitucional. O poder de reformar a Constituição sempre é uma faculdade.

3. Cláusulas pétreas e os tratados de direitos humanos via emenda constitucional

A EC nº 45/2004 estabeleceu um novo modo de entronização de tratados de direitos humanos. Tal previsão está estipulada no art. 5º, § 3º, da CF¹³. É uma faculdade. Pode o legislador pátrio aprovar um tratado de direitos humanos como categoria supralegal ou constitucional. A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada mediante o Decreto Legislativo nº 186, de 9/7/2008, seguiu o rito previsto no art. 5º, § 3º, da CF, sendo norma constitucional.

Disso decorre que, para ganhar a cunha de preceito constitucional, as garantias contidas nos tratados necessitam submeter-se aos regimes das emendas constitucionais. Porém, serão cláusulas pétreas os tratados de direitos humanos constitucionalizados? Noutros termos, pode o Poder Reformador elaborar novas cláusulas pétreas?

Um ponto a ser levado em consideração no debate decorre do disposto no art. 5º, § 2º, da CF, c/c o art. 60, § 4º, IV da CF¹⁴, que imunizou pela cláusula pétrea outros direitos e garantias que decorriam dos princípios por ela adotados, como é o caso da anterioridade tributária, anuidade da eleição, mandado de injunção coletivo, fundamentação da decisão judicial¹⁵ etc. No caso, serão cláusulas pétreas as garantias fundamentais expressas e implícitas, impostas pelo constituinte originário.

¹³ Art. 5º, § 3º, da CF: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)” (BRASIL, 1988).

¹⁴ Art. 60, § 4º, CF: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais” (BRASIL, 1988).

¹⁵ Com relação a esse tópico, conferir meu trabalho (SILVA, B., 2007). Neste estudo, demonstrou-se lógica e normativamente por que a fundamentação da decisão judicial é cláusula pétrea.

Para resolver o problema que norteia este item, deve-se levar em consideração que o Poder Constituinte Originário estabeleceu em nossa Constituição o que poderia ser objeto de reforma. O artigo que estabelece as cláusulas pétreas são as normas básicas de nosso sistema jurídico. Como salienta Alf Ross (1993, p. 67), a norma básica de um sistema não pode ser juridicamente modificada. A mudança dela só pode ocorrer por um poder de fato e não de direito.

A partir da premissa lançada por Alf Ross, pode-se afirmar que o poder constituído não tem competência de se reformular, ou seja, de criar novos limites ao poder de reforma, construindo novas cláusulas pétreas. Nas palavras de Alf Ross (1997, p. 68) “una competencia derivada que no destruye la competencia de la cual se deriva, sino que funciona dentro de ella”. Interessante conclusão a de Carlos Ayres Britto (2003, p. 85):

Se o poder constituído pudesse a qualquer tempo se travestir de poder constituinte, alternando a seu gosto os planos do ser e do dever-ser, ele teria a possibilidade de se assumir como coveiro da Constituição que o fez nascer e aí privaria de sentido a própria e verdadeira função constituída, que é, como bem o disse o constitucionalista argentino Reinaldo Vanossi, a de impedir o surgimento de um poder revolucionário.

A possibilidade de se alterarem cláusulas pétreas criaria outro problema: a possibilidade de o Poder Constituinte Derivado se autolimitar, gerando óbices ao exercício da competência derivada conferida pelo Poder Constituinte Originário ao Poder Legislativo.

Gilmar Ferreira Mendes denomina a regra que veda a aludida alteração como cláusula pétrea implícita, pois intangíveis ao Poder de Revisão: “as normas que disciplinam o próprio procedimento de emenda, já que o poder de-

legado não pode alterar as condições da delegação que recebeu” (MENDES, 2007, p. 219).

Ora, ampliar o rol de cláusulas pétreas implica modificar as condições da delegação – no caso analisado, suprimindo-a parcialmente. Tal prerrogativa extrapola a delegação conferida pelo Poder Constituinte Originário ao Legislativo Federal. A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3685-DF, que definiu o princípio da anualidade da eleição como cláusula pétrea, reforça o argumento ao reputar a EC nº 4/1993 não como inovação, mas como mero aperfeiçoamento do dispositivo criado pelo Poder Constituinte Originário, como se lê neste excerto do acórdão da referida ADI: “6. A modificação no texto do art. 16 pela EC 4/93 em nada alterou seu conteúdo principiológico fundamental. Tratou-se de mero aperfeiçoamento técnico levado a efeito para facilitar a regulamentação do processo eleitoral”. Reforçando o argumento, transcreve-se o pensamento de Carlos Ayres Britto (2003, p. 76):

Quem pode modificar, suprimir, ou aditar uma cláusula pétrea substantiva, pode assim proceder com todas as outras, pois “cesteiro que faz um cesto, faz um cento”. E com total ingerência do Poder Reformador nas cláusulas pétreas, a ponto de suprimi-las, onde fica a identidade axiológica da Constituição? Onde ficam as principais “ideias de Direito” (Georges Burdeau) que serviram de mote à faina constituinte?

Admitir tal prática implicaria também a própria ruptura da ordem constitucional, maculando sua cláusula mais cara, que é a supremacia da Constituição, como bem destacou Carlos Ayres Britto (2003, p. 78-79).

Por isso, embora veiculem direitos e/ou garantias fundamentais, os tratados de direitos humanos introduzidos sob a forma do art. 5º, § 3º, da CF podem ser objeto de alteração por via de emenda constitucional, até mesmo revoga-

dos¹⁶, pois se submetem aos limites que o Poder Constituinte Originário estabeleceu para o modelo normativo vigente. Não goza, assim, no sistema constitucional, de qualquer primazia, seja ela formal ou material.

Noutros termos, o Poder Constituinte Reformador pode criar novos direitos e novas garantias fundamentais, mas não nova cláusula pétreia.

4. Conclusão

Pretendeu-se neste texto trazer alguns problemas, com as respectivas reflexões sobre os tratados de direitos humanos. Aqui, nada de conclusivo, tão só de indicativo. Esta foi a proposta. No percurso gerativo, muito se alinhavou acerca do tormentoso tema dos tratados internacionais de direitos humanos e sua relação com o sistema jurídico pátrio.

A título de notas finais, sintetizam-se algumas reflexões:

a) Os tratados de direitos humanos podem veicular normas de natureza infraconstitucional, qualificadas como supralegais, e normas de natureza constitucional.

b) Os tratados supralegais não são hierarquicamente superiores às demais leis infraconstitucionais, apesar da orientação do STF, já que não são capazes de ser fundamento de validade de outros instrumentos normativos na hierarquia de lei (lei ordinária, lei complementar etc.)

c) A revogação dos tratados supralegais pode ser realizada pela denúncia, por outro tratado supralegal ou por emenda constitucional.

d) Conflito entre tratados supralegais e os demais instrumentos infraconstitucionais deverá ser dirimido em última instância pelo STJ, salvo se houver vínculo com matéria constitucional, como se dá igualmente com as demais leis.

e) A existência de tratados supralegais não elimina a possibilidade de o legislador infraconstitucional disciplinar questões referentes aos direitos humanos, mas sua superveniência implicará revogação dos diplomas que regulem a mesma matéria de modo diverso, ainda que sejam mais benéficos.

f) A regra que prevê a prisão do depositário infiel, apesar da decisão do STF, não é uma norma constitucional de eficácia contida ou restringível, mas uma norma constitucional de eficácia limitada.

g) A Emenda Constitucional que introduz tratado de direitos humanos no sistema jurídico interno cria direitos e/ou garantias funda-

¹⁶ Aqui não se adota o chamado “princípio da proibição de retrocesso”, categoria ideológica política de matriz comtiana (basta ler a chamada “lei dos três estados”) que hoje se tem apresentado como novidade. Como diria Cazuza, em “O tempo não para”: “Eu vejo o futuro repetir o passado. Eu vejo um museu de grandes novidades”.

mentais, mas não tem o condão de criar cláusula pétrea, já que esta é atribuição do Poder Constituinte Originário.

h) Tratados de direitos humanos veiculados por Emenda Constitucional podem ser revogados por outra Emenda Constitucional.

Sobre o autor

Beclaute Oliveira Silva é doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Recife, PE, Brasil; mestre em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL), Maceió, Alagoas, AL, Brasil; professor da Universidade Federal de Alagoas (UFAL) e do Centro Universitário de Maceió (Cesmac), Maceió, AL, Brasil.
E-mail: beclaute@uol.com.br

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹⁷

CONSTITUTIONAL AND SUPRALEGAL HUMAN RIGHTS TREATIES: AN ANALYTICAL-NORMATIVE APPROACH

ABSTRACT: The human rights treaties can be introduced into the national law in the form of constitutional amendment or as other international treaties. This study analyzes the role of these treaties in the legal system, checking their dogmatic qualification on the hierarchy of norms, in order to verify the method of resolving conflicts between them and the various normative species.

KEYWORDS: CONSTITUTIONAL. HIERARCHY OF STANDARDS. HUMAN RIGHTS TREATIES. SUPRALEGALITY.

Referências

BOMFIM, Thiago. *Os princípios constitucionais e sua força normativa*. Salvador: Juspodivm, 2008.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial da União*, 5 jan. 1916.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

_____. 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. *Diário Oficial da União*, 9 nov. 1992.

¹⁷ Sem revisão do editor.

_____. Emenda Constitucional nº 4, de 1993. Dá nova redação ao art. 16 da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, 15 set. 1993.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, 11 jan. 2002.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso em *habeas corpus* nº 79785 ED / RJ – RIO DE JANEIRO. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. DJ, 10 abr. 2003. *Diário da Justiça*, 23 maio 2003.

_____. Emenda constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 31 dez. 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3685 / DF – DISTRITO FEDERAL. DJ, 23 jun. 2006. *Diário da Justiça*, 10 ago. 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466343 / SP – SÃO PAULO. Relator: Min. Cezar Peluso. DJ, 3 dez. 2008. *Diário da Justiça Eletrônico*, 5 jun. 2009.

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1989.

IVO, Gabriel. *Norma jurídica: produção e controle*. São Paulo: Noeses, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 5. ed. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: A. Armenio, 1979.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

PESSOA, Fernando. *Alberto Caeiro: poemas completos*. São Paulo: Nobel, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 2. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2003.

REZEK, J. F. *Direito internacional público: curso complementar*. 7. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 1998.

ROSS, Alf. *El concepto de validez y otros ensayos*. 3. ed. México: Fontamara, 1993.

SILVA, Beclaute Oliveira. *A garantia fundamental à motivação da decisão judicial*. Salvador, Juspodivm, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual civil e penal*. São Paulo: RT, 1998.

WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 1999.