

PODER JUDICIÁRIO E AS FONTES NORMATIVAS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

GILMAR MENDES•

A Constituição de 1988 contém dispositivos que remetem o intérprete para realidades normativas relativamente diferenciadas em face da concepção tradicional do direito internacional público. Refiro-me, especificamente, a quatro disposições que sinalizam para uma maior abertura constitucional ao direito internacional e, na visão de alguns, ao direito supranacional.

A primeira cláusula consta do parágrafo único do art. 4º, que estabelece que a “*República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações*”.

O art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988 prescreve que os direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição brasileira “*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*”.

A Emenda Constitucional nº 45, de 8.12.2004, incorpora a esse art. 5º os §§ 3º e 4º, que dispõem, respectivamente, que “*os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional,*

• Presidente do Supremo Tribunal Federal do Brasil; Presidente do Conselho Nacional de Justiça do Brasil; Professor de Direito Constitucional nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília-UnB; Mestre em Direito pela Universidade de Brasília - UnB (1988), com a dissertação *Controle de Constitucionalidade: Aspectos Políticos e Jurídicos*; Mestre em Direito pela Universidade de Münster, República Federal da Alemanha - RFA (1989), com a dissertação *Die Zulässigkeitsvoraussetzungen der abstrakten Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht* (Pressupostos de admissibilidade do Controle Abstrato de Normas perante a Corte Constitucional Alemã); Doutor em Direito pela Universidade de Münster, República Federal da Alemanha - RFA (1990), com a tese *Die abstrakte Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht und vor dem brasilianischen Supremo Tribunal Federal*, publicada na série *Schriften zum Öffentlichen Recht*, da Editora Duncker & Humblot, Berlim, 1991 (a tradução para o português foi publicada sob o título *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, 395 p.). Membro Fundador do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Membro do Conselho Assessor do “Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional” – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales - Madri, Espanha. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Membro da Academia Internacional de Direito e Economia – AIDE.

em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”, e “o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”.

Os referidos dispositivos constitucionais têm permitido ao Brasil acompanhar a tendência hodierna de uma integração latino-americana cada vez maior. No último decênio, os países latino-americanos têm evoluído significativamente na criação de novos mecanismos jurídicos destinados à integração regional e à maior interação entre o Direito interno e o Direito Internacional.

Assim, o Paraguai (art. 145 da Constituição)¹ e a Argentina (art. 75 inc. 24)², provavelmente influenciados pela institucionalização da União Européia, inseriram conceitos de *supranacionalidade* em suas Constituições.

Ressalte-se que a Constituição da Argentina contém disposições expressas a respeito da hierarquia constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos e delimita o rol de diplomas internacionais possuidores de um *status* normativo diferenciado em relação aos demais tratados de caráter comum³.

A Constituição uruguaia, por sua vez, promulgada em fevereiro de 1967, inseriu novo inciso em seu artigo 6º, em 1994, porém mais tímido que seus vizinhos

¹ Constituição do Paraguai, de 20.6.1992, artigo 145: “A República do Paraguai, em condições de igualdade com outros Estados, admite uma ordem jurídica supranacional que garanta a vigência dos direitos humanos, da paz, da justiça, da cooperação e do desenvolvimento político, econômico, social e cultural.”

² A Constituição da Argentina, no inciso 24 do artigo 75, estabelece que “Corresponde ao Congresso: aprovar tratados de integração que deleguem competências e jurisdição a organizações supraestatais em condições de reciprocidade e igualdade, e que respeitem a ordem democrática e os direitos humanos. As normas ditadas em sua consequência têm hierarquia superior às leis.”

³ Art. 75 (22) da Constituição da Argentina: “La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño: en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.

argentinos e paraguaios, ao prever que "*A República procurará a integração social e econômica dos Estados latino-americanos, especialmente no que se refere à defesa comum de seus produtos e matérias primas. Assim mesmo, propenderá à efetiva complementação de seus serviços públicos.*"

Esses fatos estão a demonstrar que a Constituição, no mundo atual, só pode ser compreendida a partir de sua relação permanente com o Direito Internacional.

No Brasil, em um panorama geral, os efeitos dos tratados internacionais sujeitam-se à efetiva incorporação ao ordenamento brasileiro. Assim, a aplicabilidade dos preceitos internacionais somente é possível a partir do momento em que cumpridos os requisitos solenes para a sua devida integração à ordem jurídico-constitucional, a saber: i) celebração da convenção internacional; ii) aprovação pelo Parlamento; e iii) a ratificação pelo Chefe de Estado – a qual se conclui com a expedição de Decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: a) a promulgação do tratado internacional; b) a publicação oficial de seu texto; e c) a executoriedade do ato internacional, que, somente a partir desse momento, passa a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Ressalte-se, ainda, que, conforme a jurisprudência predominante no STF, os tratados e convenções internacionais apresentam *status* jurídico de lei ordinária.

No que se refere à incorporação dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária de 22 de novembro de 2006, deu um grande passo jurisprudencial.

No julgamento do RE nº 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, e do RE nº 349.703/RS, Rel. orig. Min. Ilmar Galvão, sete Ministros já votaram no sentido de se declarar a inaplicabilidade da prisão civil do depositário infiel nos casos de alienação fiduciária em garantia. Entendeu-se que, tendo em vista o caráter *supralegal* dos tratados sobre direitos humanos, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São 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.⁴

Desde a promulgação da Constituição de 1988, surgiram diversas interpretações que consagraram um tratamento diferenciado aos tratados relativos a direitos humanos, em razão do disposto no § 2º do art. 5º, o qual afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

É de ser considerada a dificuldade de adequação da tese da supranacionalidade da Constituição à realidade de Estados que, como o Brasil, estão fundados em sistemas regidos pelo princípio da supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico. Entendimento diverso anularia a própria possibilidade do controle da constitucionalidade desses diplomas internacionais.

É que os poderes públicos brasileiros não estão menos submetidos à Constituição quando atuam nas relações internacionais em exercício do *treaty-making power*. Os tratados e convenções devem ser celebrados em consonância não só com o procedimento formal descrito na Constituição, mas com respeito ao seu conteúdo material, especialmente em tema de direitos e garantias fundamentais.

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, a qual trouxe, conforme mencionado, a incorporação dos § 3º e 4º ao art. 5º, embora seja possível concluir que, em termos práticos, os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais, não se pode negar, por outro lado, que a reforma também acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico.

Em outros termos, a mudança constitucional ao menos acena para a

⁴ O julgamento foi suspenso em virtude de pedido de vista, agora do Ministro Menezes Direito, mas tudo indica que o Supremo Tribunal Federal consolidará tal entendimento, pondo fim a uma intensa discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o *status* normativo dos diplomas internacionais em matéria de direitos humanos.

insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados e convenções internacionais já ratificados pelo Brasil, a qual tem sido preconizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde o remoto julgamento do RE nº 80.004/SE, da relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque⁵, e encontra respaldo em um largo repertório de casos julgados após o advento da Constituição de 1988⁶.

Tudo indica, portanto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem de ser revisitada criticamente.

Como assinalado, são patentes as dificuldades, no âmbito da jurisdição brasileira, para a implantação de uma efetiva justiça constitucional em contextos supranacionais. É preciso que derrubemos preconceitos a fim de podermos assumir uma postura jurisdicional mais adaptável às realidades emergentes no âmbito regional e mundial.

Desse modo, torna-se necessário o redimensionamento dos papéis exercidos pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de modo a harmonizá-los a contextos tendentes à *supranacionalidade*. E no âmbito do Judiciário, é fundamental que se ultrapasse esse longo período de convencionalismo relativamente ao Direito Internacional.

No âmbito das negociações internacionais do Mercosul, a institucionalização do Tribunal Permanente de Revisão nos permite traçar perspectivas otimistas para o desenlace do impasse vivenciado, até então, no sistema jurisdicional de solução de controvérsias (de natureza comercial) do Mercosul.

Já no que toca ao aspecto da incorporação dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, a Emenda Constitucional nº 45/2004 acenou com interessante fórmula. Passa-se a cogitar, portanto, da superação do problema da

⁵ Julgado em 1º.6.1977, *DJ* 29.12.1977

⁶ HC nº 72.131/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 1º.8.2003; ADI-MC nº 1.480/DF, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 18.5.2001; HC nº 81.139/GO, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 19.8.2005; HC nº 79.870/SP, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* 20.10.2000; HC nº 77.053/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* 4.9.1998; RE nº 206.482/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* 5.9.2003; RHC nº 80.035/SC, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 17.8.2001.

aplicabilidade imediata dos atos normativos internacionais.

A propósito, no dia 9 de julho de 2008 foi promulgada a primeira convenção de direitos humanos no Brasil, com equivalência de emenda constitucional. Trata-se da Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência, que tem por objetivo promover e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais de todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade.

Em suma, seja nessa tendência de consolidação do Mercosul, ou ainda da implementação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a questão da justiça constitucional em contextos supranacionais está intimamente vinculada aos limites da relação entre o direito comunitário e o nacional, no âmbito da *transferência de soberania*.

Como todos sabem, embora se mencione o preconceito dos latino-americanos em relação a essa idéia de *transferência*, as reformas implementadas nas constituições da Argentina e do Paraguai já trazem positivadas a própria idéia dessa possível delegação.

Mesmo que ainda não seja possível adentrar nessa solução, é preciso que tenhamos a abertura suficiente para vislumbrar também essa perspectiva.

Dáí a indagação sobre a necessidade de que os modelos institucionais sejam revistos, ou pelo menos que se deixe no texto constitucional a possibilidade de que, no caso de eventual necessidade, o processo de integração se faça sem tumultos, e sem solução de continuidade à adaptação necessária para uma comunidade efetiva e para um ordenamento de caráter supranacional.