

A tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos

Valerio de Oliveira Mazzuoli*

Há muitos anos defendemos que os tratados internacionais de direitos humanos incorporados à ordem jurídica brasileira têm status de norma constitucional, independentemente de maioria aprobatória no Congresso Nacional, pelo simples fato de entendermos que tais instrumentos têm um fundamento ético que ultrapassa qualquer faculdade que queira o Estado ter (em seu domínio reservado) de alocá-los em "níveis" previamente definidos. Daí termos sempre entendido que o único "nível" que poderia ter um instrumento internacional dessa natureza (ou seja, que veicula normas de direitos humanos) era o nível das normas constitucionais, exatamente por serem estas últimas as que mais altas se encontram dentro da escala hierárquica da ordem jurídica interna. [01]

Em 3 de dezembro de 2008, o Min. Celso de Mello, no RE 466.343-SP, onde se questionava a impossibilidade da prisão civil pela aplicação do Pacto de San José, modificou radicalmente sua opinião anterior (tal como expressa no despacho monocrático do HC 77.631-5/SC, publicado no DJU 158-E, de 19.08.1998, Seção I, p. 35), para aceitar esta tese acima exposta, segundo a qual os tratados de direitos humanos têm índole e nível de normas constitucionais no Brasil. [02] Mas a maioria dos Ministros não acompanhou tal posição (que adotamos como correta), para acompanhar o Voto-vista do Min. Gilmar Mendes, que alocou tais tratados de direitos humanos no nível

supralegal (abaixo da Constituição, mas acima de toda a legislação infraconstitucional).

Assim, no julgamento (histórico) do dia 3 de dezembro de 2008 prevaleceu no Supremo Tribunal Federal o voto do Min. Gilmar Mendes (por cinco votos a quatro), ficando afastado (pelo menos por enquanto) o posicionamento do Min. Celso de Mello, que reconhecia valor constitucional a tais tratados. Como se percebe (e, sob esse aspecto, só temos o que comemorar), o STF não mais adota a equiparação dos tratados de direitos humanos às leis ordinárias. Porém, ainda que os tratados de direitos humanos tenham minimamente (voto do Min. Gilmar Mendes) nível supralegal no Brasil, a nova dúvida que deve assaltar o jurista (notadamente o internacionalista) diz respeito ao acerto desta tese.

Segundo sempre entendemos, qualquer tratado de direitos humanos ratificado pelo Brasil (independentemente do quorum de aprovação) tem índole e nível de normas constitucionais. Sobre esse assunto já escrevemos a seguinte lição, que merece ser aqui transcrita: "Tecnicamente, os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil já têm status de norma constitucional, em virtude do disposto no § 2º do art. 5º da Constituição (...), pois na medida em que a Constituição não exclui os direitos humanos provenientes de tratados, é porque ela própria os inclui no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu 'bloco de constitucionalidade' e atribuindo-lhes hierarquia de norma constitucional, como já assentamos anteriormente. Portanto, já se exclui, desde logo, o entendimento de que os tratados de direitos humanos não aprovados pela maioria qualificada do § 3º do art. 5º equivaleriam hierarquicamente à lei ordinária federal, uma vez que os mesmos teriam sido aprovados apenas por maioria simples (nos termos do art. 49, inc. I, da Constituição) e não pelo quorum que lhes impõe o referido parágrafo. (...) O que se deve entender é que o quorum que o § 3º do art. 5º estabelece serve tão-somente para atribuir eficácia formal a esses tratados no nosso ordenamento jurídico interno, e não para atribuir-lhes a índole e o nível

materialmente constitucionais que eles já têm em virtude do § 2º do art. 5º da Constituição". [03]

Contudo, como já dissemos, a nossa tese sobre o nível (materialmente) constitucional dos tratados de direitos humanos não aprovados pela maioria qualificada do art. 5º, § 3º, não foi adotada (ainda) pela maioria dos membros da nossa Suprema Corte. Mas a tese que defendemos (aceita no antológico voto do Min. Celso de Mello) é a que melhor se coaduna com a sistemática internacional de proteção dos direitos humanos, sendo por isso largamente aceita pela melhor doutrina (v.g., Cançado Trindade, Luiz Flávio Gomes, Flávia Piovesan, etc).

A tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos não aprovados por maioria qualificada (defendida, v.g., pelo Min. Gilmar Mendes, no RE. 466.343-SP) peca por desigualar tais instrumentos em detrimento daqueles internalizados pela dita maioria, criando uma "duplicidade de regimes jurídicos" imprópria para o atual sistema (interno e internacional) de proteção de direitos, uma vez que estabelece "categorias" de tratados que têm o mesmo fundamento ético. E este fundamento ético lhes é atribuído não pelo direito interno ou por qualquer poder do âmbito interno (v.g., o Poder Legislativo), mas pela própria ordem internacional de onde tais tratados provêm. Ao criar as "categorias" dos tratados de nível constitucional e supralegal (caso sejam ou não aprovados pela dita maioria qualificada), a tese da supralegalidade acabou por regular assuntos iguais de maneira totalmente diferente (ou seja, desigualou os "iguais"). Daí ser equivocado alocar certos tratados de direitos humanos abaixo da Constituição e outros (também de direitos humanos) no mesmo nível dela, sob pena de se subverter toda a lógica convencional de proteção de tais direitos, a exemplo daquela situação onde um instrumento acessório teria equivalência de uma emenda constitucional, enquanto que o principal estaria em nível hierárquico inferior.

Espera-se que o STF reveja sua posição e passe a adotar (como fez o Min. Celso de Mello) a tese do nível constitucional dos tratados de direitos humanos, independentemente do quorum de aprovação congressional. Será este o momento em que o Brasil ficará lado a lado com os países que mais valor atribuem às normas internacionais de proteção e daqueles que sofrem menos condenações (por violações de direitos humanos) por tribunais internacionais.

Notas

1. Para detalhes, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, Curso de direito internacional público, 3ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2009, pp. 768-776.

2. O Min. Celso de Mello também já havia se manifestado (aliás, pela primeira vez em seu novo posicionamento) sobre o acerto da tese do nível constitucional dos tratados de direitos humanos, em 12.03.2008, no julgamento do HC 87.585-8/TO.

3. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de direito internacional público, cit., p. 764. São inúmeros os outros argumentos em favor da índole e do nível constitucionais dos tratados de direitos humanos no nosso ordenamento jurídico interno, que preferimos não tratar aqui, por já terem sido detalhadamente estudados em vários outros dos nossos trabalhos sobre o tema. Cf., especialmente sobre o assunto, MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, pp. 233-252; Prisão civil por dívida e o Pacto de San José da Costa Rica: especial enfoque para os contratos de alienação fiduciária em garantia. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 109-176; e ainda, Tratados Internacionais: com comentários à Convenção de Viena de 1969. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, pp. 357-39

* Doutor 'summa cum laude' em Direito Internacional pela UFRGS. Mestre em Direito Internacional pela UNESP. Professor Titular de Direito Internacional Público da UFMT.

Disponível em:

<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12584>

Acesso em: 09 abr.2009.