

# A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira e seu reflexo nas obrigações legislativas do estado

*The incorporation of human rights international treaties in the Brazilian juridical order and its reflexes in the legislative obligations of the State*

Cíntia Menezes Brunetta

*Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Ceará,  
Servidora do Ministério Público da União - Procuradoria da  
República no Estado do Ceará.*

## Resumo

*A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. A necessidade de aplicação imediata destes acordos internacionais em respeito ao artigo 5º, § 2º da Constituição Federal de 1988. Entendimento do Supremo Tribunal Federal diverso: não há aplicabilidade imediata.*

**Palavras-chave:** *Tratados internacionais de direitos humanos. Eficácia imediata. Art. 5º, § 2º da Constituição Federal de 1988. Entendimento do Supremo Tribunal Federal.*

## Abstract

*The incorporation of the human rights international law in the Brazilian legal system. The necessity of immediate application of these international agreements in respect to the article 5º, § 2º of the 1988 Federal Constitution. To the Supreme Federal Court: it does not have immediate applicability.*

**Keywords:** *Human rights international law . Immediate effectiveness. Art. 5º, § 2º of the 1988 Federal Constitution. Supreme Federal Court.*

## Introdução

No presente artigo, pretende-se analisar algumas características peculiares da internacionalização dos direitos humanos frente à ordem jurídica nacional vigente, principalmente no tocante às obrigações legislativas decorrentes dos tratados ratificados pelo Brasil que trazem em seu texto previsão de direitos de proteção à pessoa humana.

### 1 O Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil

Logo após a Segunda Guerra Mundial, como resposta às atrocidades cometidas pelo nazismo (corroboradas, de certa forma, pela ordem jurídica

interna alemã do período), surgiu um ramo jurídico considerado como o direito do pós-guerra, inspirado na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

O “Direito Internacional dos Direitos Humanos” baseia-se na concepção de que toda nação tem o dever de respeitar os direitos de seus cidadãos e de que todas as nações e a comunidade internacional têm o direito e a responsabilidade de protestar, se um Estado não cumprir suas obrigações.

Fortaleceu-se, assim, a idéia de que a proteção dos direitos fundamentais do ser humano não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, isto é, não deve se restringir à competência ou jurisdição nacional exclusiva, porquanto se revela tema de legítimo interesse internacional.

Com efeito, deve-se entender que a proteção destes direitos proclamados, inerentes ao homem, não se esgota (e nem pode se esgotar) na ação do Estado. Assim, “é precisamente quando as vias internas ou nacionais se mostram incapazes de assegurar a salvaguarda desses direitos que são acionados os instrumentos internacionais de proteção.”<sup>2</sup>

Enquanto os demais tratados procuram conciliar os interesses dos Estados Partes, os Pactos e Convenções de Direitos Humanos são elementos de uma arquitetura protetora de direitos que se afirmam *erga omnes* perante o interesse de toda a comunidade internacional<sup>3</sup>.

Na lição de Cançado Trindade<sup>4</sup>, os tratados de direitos humanos beneficiam diretamente os indivíduos e grupos protegidos.

Cobrem relações (dos indivíduos frente ao poder público), cuja regulamentação fora outrora o apanágio do direito constitucional. E diversas Constituições modernas, a seu turno, remetem expressamente aos direitos consagrados nos tratados de direitos humanos, a um tempo revelando nova postura ante a questão clássica da hierarquia normativa dos tratados internacionais vigentes, assim como concedendo um tratamento especial ou diferenciado também no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados. Regendo a mesma gama de relações, dos indivíduos ante o Estado, o direito internacional e o direito interno apontam aqui na mesma direção, coincidindo no propósito básico e único de ambos da proteção do ser humano.

No que se refere à posição do Brasil, em relação a essa nova conjectura internacional, há, por bem, de serem consideradas as inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988, especialmente no que tange ao primado de prevalência dos direitos humanos como princípio orientador das relações internacionais (artigo 4º, inciso II, CF/88), significando tanto o engajamento do Brasil no sistema internacional de edificação de normas protetivas de direitos humanos, quanto à preocupação em integrar as regras internacionais à ordem jurídica interna.

Nesse sentido, de acordo com o art. 5º, §2º<sup>5</sup>, da *Carta Magna* de 1988, os tratados internacionais definidores de direitos e garantias fundamentais adquirem *status* constitucional, ou seja, assim que

ratificados, têm incorporação automática, irradiando efeitos incondicionais no cenário interno e mundial. Os direitos desse modo enunciados são incluídos no elenco dos direitos constitucionalmente assegurados e passam a pertencer ao ordenamento jurídico brasileiro. O conceito clássico de cidadania é, portanto, ampliado, incluindo não somente os direitos previstos no plano nacional, mas também aqueles internacionalmente instituídos.

Como afirma Cançado Trindade,

não é razoável dar aos tratados de proteção dos direitos do ser humano (a começar pelo direito fundamental à vida) o mesmo tratamento dispensado, por exemplo, a um acordo comercial de exportação de laranjas ou sapatos, ou a um acordo de isenção de vistos para turistas estrangeiros.<sup>6</sup>

Ademais, por força do art. 5º, §1º, da *Carta Magna*, estas normas especiais têm aplicação imediata. A intangibilidade dos direitos e garantias individuais é determinada pela própria Constituição Federal, que inclusive proíbe expressamente até mesmo qualquer emenda tendente a aboli-los (art. 60, §4º, inc. IV). A especificidade e o caráter especial dos tratados de direitos humanos encontram-se, assim, devidamente reconhecidos pela Constituição vigente.

De fato, a uma hierarquia de valores deve corresponder uma hierarquia de normas, a serem aplicadas mediante critérios apropriados<sup>7</sup>. Os tratados internacionais de direitos humanos têm um caráter especial, e devem ser tidos como tais, inclusive demandando uma interpretação própria, guiada pelos valores comuns superiores que abrigam e em que se inspiram, e acarretando consequências jurídicas específicas, tanto nos planos do direito internacional quanto do direito público interno.

## 2 O Amplo Alcance dos Tratados de Direitos Humanos na Ordem Jurídica Brasileira

Assim, considerando que os tratados e convenções internacionais que tenham por objeto dispositivos de proteção do ser humano são imediatamente incorporados, como norma constitucional, ao ordenamento jurídico brasileiro, resta tratar dos efeitos dessa internalização.

<sup>2</sup> TRINDADE, A. A. *Cançado. A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil*, p. 24.

<sup>3</sup> Cf. José Augusto Lindgren Alves, *A Arquitetura Internacional dos Direitos Humanos*, p. 16.

<sup>4</sup> TRINDADE, A. A. *Cançado. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos*. p. 42.

<sup>5</sup> “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”

<sup>6</sup> TRINDADE, A. A. *Cançado. Os Direitos Humanos e o Direito Internacional*, p. 53.

<sup>7</sup> *Id. Ibid.*, p. 41.

De início, deve-se compreender, como leciona Cançado Trindade<sup>8</sup>, que as disposições dos tratados de direitos humanos vinculam não só os governos (como equivocada e comumente se supõe), mas, mais do que isto, o *Estado* (todos os poderes, órgãos e agentes).

Com efeito, as obrigações internacionais de proteção, ao vincularem conjuntamente todos os poderes do Estado, têm um amplo alcance. A par das obrigações atinentes a cada um dos direitos protegidos, os tratados internacionais de direitos humanos consagram as obrigações gerais de assegurar o livre e pleno exercício desses direitos.

Na verdade, os próprios tratados indicam vias de compatibilização dos dispositivos convencionais e dos de direito interno, de modo a prevenir conflitos entre as jurisdições internacional e nacional no presente domínio de proteção. Prevêem, ainda, a adoção pelos Estados Partes de medidas *legislativas, jurisdicionais e administrativas*, para a realização de seu propósito e objeto.

Isso implica, com relação ao Executivo, no dever geral de tomar todas as medidas (administrativas e outras) a seu alcance para dar fiel cumprimento às obrigações de proteção da pessoa humana contraídas, já que a ele cabe celebrar tratados e convenções, reconhecer a jurisdição obrigatória das cortes internacionais e, conseqüentemente, trazer para o âmbito interno as inovações internacionais que tenham por objeto direitos humanos.

Como bem afirma Canotilho<sup>9</sup>,

no que tange ao governo e à administração, incumbem-lhes um importante papel na tarefa de concretização dos direitos fundamentais, tendo em vista que, no exercício de sua competência planificadora, regulamentar, fornecedora de prestações, os órgãos da administração e do governo desenvolvem tarefas de realização de direitos fundamentais.

Por outro lado, com relação ao Judiciário, esse mesmo dever traduz-se na obrigação de, além de interpretar os preceitos constitucionais consagradores de direitos fundamentais, na sua aplicação em casos concretos, de acordo com o princípio da máxima (ótima) efetividade e da primazia da pessoa humana, também densificá-los de forma a possibilitar a sua aplicação imediata, nos casos de ausência de leis concretizadoras, realizando, para isso, um efetivo controle de constitucionalidade da omissão ou ação legislativa, executiva ou até mesmo jurisdicional.

Realmente, a um Estado, como é claro, não é dado deixar de cumprir suas obrigações convencionais

sob o pretexto de supostas dificuldades de ordem constitucional ou interna, assim, com maior razão ainda não haverá desculpa para um Estado de não se conformar a um tratado de direitos humanos no qual é Parte pelo simples fato de seus Tribunais interpretarem e aplicarem, no plano do direito interno, o tratado de modo diferente do que se impõe no plano internacional.

A vinculação dos órgãos judiciais aos direitos fundamentais – ensina Gomes Canotilho – manifesta-se, por um lado, por intermédio de uma constitucionalização da própria organização dos tribunais e do procedimento judicial, que, além de deverem ser compreendidos à luz dos direitos fundamentais, por estes são influenciados, expressando-se, de outra parte, na vinculação do conteúdo dos atos jurisdicionais aos direitos fundamentais, que, neste sentido, atuam como autênticas medidas de decisão material, determinando e direcionando as decisões judiciais.

### **3 A Normativa Internacional e o Dever do Legislador de Adequar o Direito Interno aos Instrumentos Supranacionais de Proteção**

Como foi dito, o Estado, ao assumir, pela ratificação, o compromisso de garantir aos indivíduos, sob a sua jurisdição, o gozo dos direitos que formam a substância de uma convenção internacional sobre direitos humanos, obriga-se, como é óbvio, não apenas a assegurar o fiel cumprimento do dito compromisso, mas também ao dever de prevenir e diligenciar, para que o tratado não seja letra morta.

Assim, com relação às obrigações legislativas dos Estados Partes derivadas dos tratados de direitos humanos, verifica-se que, ao ratificá-los, os Estados contraem o dever geral de adequação do direito interno aos instrumentos normativos internacionais de proteção (seja regulamentando os tratados para assegurar-lhes eficácia no direito interno, seja alterando as leis nacionais para harmonizá-las com as disposições convencionais internacionais).

Corroborando este entendimento, as duas Convenções de Viena sobre Direitos dos Tratados (de 1969 e 1986, respectivamente) proíbem que uma das partes invoque disposições de seu direito interno para tentar justificar o descumprimento de um tratado<sup>10</sup>. Outrossim, segundo entendimento cristalizado pela jurisprudência internacional<sup>11</sup>, supostas ou alegadas dificuldades de ordem interna são um simples fato,

<sup>8</sup> TRINDADE, A. A. *Cançado, op. cit.*, p. 30.

<sup>9</sup> CANOTILHO, J. J. *Gomes. Direito Constitucional*, p. 221.

<sup>10</sup> Artigo 27.

<sup>11</sup> *In Os direitos humanos e o direito internacional*, p. 42.

e não eximem os Estados Partes, em tratados de direitos humanos, da responsabilidade pelo não cumprimento das obrigações internacionais contraídas.

Realmente, tal dever encontra-se, também, expressamente consignado nos tratados de proteção ao ser humano, em especial no chamado Pacto de San José da Costa Rica<sup>12</sup>, onde está inserido no capítulo referente à enumeração das obrigações dos Estados convenientes:

Art. 2º - Dever de adotar disposições de direito interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no art. 1º<sup>13</sup> ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

Preceito semelhante pode ser encontrado, ainda, no artigo 2º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), também ratificado pelo Brasil:

Os Estados-partes no presente Pacto comprometem-se a garantir a todos os indivíduos que se encontrem em seu território e que estejam sujeitos 'a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.

2) Na ausência de medidas legislativas ou de outra natureza destinadas a tornar efetivos os direitos reconhecidos no presente Pacto, os Estados-partes comprometem-se a tomar as providências necessárias, com vistas a adotá-las, levando em consideração seus respectivos procedimentos constitucionais e as disposições do presente Pacto.

Deve-se considerar, assim, a adequação do direito interno às normas internacionais de proteção como da própria essência do dever de prevenção,

para evitar a repetição de violações de direitos humanos derivadas de uma determinada lei nacional ou da omissão desta.

Desta maneira, o problema dos atrasos nas providências legislativas – ex. adoção ou modificação de uma lei – para compatibilizar o ordenamento jurídico interno com a normativa dos tratados de direito humanos pode acarretar indenizações<sup>14</sup> calculadas a partir de quando foi detectada a omissão ou deveria ter sido revogada a lei.

### 3.1 Omissão Legislativa Inconstitucional e atividade jurisdicional

Nessa mesma linha de raciocínio, trazida para o âmbito interno, contra a omissão legislativa que impossibilita o exercício de certos direitos e garantias internacionalmente instituídos, seria, pois, correto afirmar o cabimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) por omissão (art. 103, CF) e do mandado de injunção (art. 5º, LXXI, CF). Já no tocante à não adequação da normativa nacional vigente aos novos ditames fundamentais incorporados, forçoso seria reconhecer a aplicabilidade do controle de constitucionalidade difuso<sup>15</sup> e da recente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Como mais importante instrumento de proteção aos direitos fundamentais, o controle de constitucionalidade, realizado a partir da utilização dos instrumentos processuais supracitados, consiste na verificação de adequação ou compatibilidade de uma lei ou de um ato normativo com a Constituição. É, na verdade, uma espécie de garantia constitucional geral, visando a impedir o arbítrio do poder público e o conseqüente desrespeito aos direitos fundamentais de forma ampla.

De acordo com Alexandre de Moraes<sup>16</sup>, a idéia do controle de constitucionalidade está ligada tanto à defesa da supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e a rigidez constitucional como à idéia de proteção dos direitos fundamentais,

<sup>12</sup> Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), devidamente ratificada pelo Brasil.

<sup>13</sup> Artigo 1º - "Obrigação de respeitar os direitos 1) Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. 2) Para efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano".

<sup>14</sup> E, realmente, têm acarretado, especialmente no âmbito da Corte Européia. Tratando do assunto, o professor Cançado Trindade (in Os direitos humanos e o direito internacional, p. 46), refere-se ao caso Vermeire versus Bélgica como um dos paradigmas neste sentido oriundos do sistema europeu de proteção. Em 1991, advertiu a Corte Européia que o atraso de oito anos do Estado belga em proceder à modificação da legislação nacional, sancionada por sua sentença em outro caso (Marckx em 1979), não estava em conformidade com suas obrigações convencionais (artigo 53 da Convenção Européia); por conseguinte, conclamou o Estado belga a efetuar a adequação legislativa sem maior atraso.

Durante os oito anos que se seguiram à sentença no citado caso Marckx, sem que a Bélgica modificasse a legislação impugnada, apresentaram-se duas outras denúncias com base na mesma irregularidade normativa. A Corte, nessas duas oportunidades, em lugar de ordenar novamente a reforma da legislação (como havia feito anteriormente), determinou ao Estado demandado o pagamento de uma indenização pelos danos ocasionados pela omissão do Estado em questão de reformar a legislação impugnada, calculada do momento em que deveria ter sido modificada a norma interna.

<sup>15</sup> Considerando que o STF já se posicionou pelo não cabimento de ADIN no caso de inconstitucionalidade superveniente.

<sup>16</sup> MORAES, Alexandre. Direito Constitucional, p. 43.

configurando-se não apenas limites ao poder do Estado, mas também uma parte da legitimação do próprio Estado.

Descumpre-se a Constituição não apenas por ação, violando-se diretamente seus comandos, mas, igualmente, por uma atitude negativa dos que são incumbidos constitucionalmente para atuar e agir, com o propósito de tornar efetivos alguns preceitos da Carta Magna.

Sobre esta questão, faz-se imperativo mencionar o posicionamento de Anna Cândida da Cunha Ferraz<sup>17</sup>, no que tange à regulamentação das normas constitucionais, apontando que a omissão dos poderes constituídos quanto à sua obrigação de emanar normas indispensáveis para a aplicação da Constituição, configura inegável processo de mudança constitucional: “Embora não altere a letra constitucional, altera-lhe o alcance, na medida em que paralisa a aplicação constitucional. Tal paralisação, não desejada ou prevista pelo constituinte, é de ser tida como inconstitucional”.

De fato, não sendo praticados os atos legislativos e administrativos indispensáveis, seja na edição de uma lei ou na revogação de uma norma, para a concretização de certos preceitos da Lei Fundamental, este comportamento omissivo é inconstitucional e precisa ser remediado.

Como bem anota Canotilho<sup>18</sup>, os direitos fundamentais não podem ficar

nas mãos do legislador ou da administração’, sob pena de neutralizar-se sua força normativa constitucionalmente garantida, com grave retrocesso jurídico-cultural à ‘velha doutrina da regulamentação das liberdades’, ou aos dogmas ‘weimarianos’ das normas programáticas.

Considerando ter o Poder Constituinte originário reconhecido expressamente<sup>19</sup> o *status* constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, fornecendo-lhes caráter imutável e imediatamente aplicável, urge utilizar, também para estes, toda a teoria constitucional dos direitos fundamentais.

Assim, faz-se claro ser a omissão legislativa - no tocante a direitos internacionalmente instituídos - nada mais do que mais um tipo de *mudança inconstitucional* da Lei Maior, não pior que aquela referente aos direitos enunciados ainda na Assembléia Constituinte de 1988.

De fato, omitir-se na edição de uma lei é negar vigência ao direito a ela referente, impedir seu

exercício e, conseqüentemente, ignorar os preceitos constitucionais. É atribuir ao Legislativo o poder de decidir sobre se um direito subjetivo (já consagrado e já incorporado) pode ser exercitado. É dar-lhe poder, pois, de constituinte originário, porquanto até mesmo o derivado encontra nos direitos humanos suas limitações materiais mais rígidas.

No dizer de Zeno Veloso<sup>20</sup>, dar uma extrema liberdade de ação ao Legislador, nesta matéria, colocá-lo a salvo e imune a qualquer censura, é conferir às maiorias parlamentares a prerrogativa absoluta de definir se e quando os preceitos da Lex Magna (que não sejam auto-aplicáveis) vão ter operacionalidade. E, prossegue:

a fiscalização jurisdicional é possível e admissível se o Legislativo se omite quando tinha de atender a uma exigência específica de editar normas sobre dada matéria constitucional, ficando demonstrado que o momento, a oportunidade para que tal ocorresse já passou. Neste caso, a omissão chega às raias da desídia, sendo a apatia viciosa e reprovável.

Há omissão inconstitucional quando o legislador fica silente e inerte, deixando de dar concretude à norma constitucional (ou, no caso dos direitos internacionalmente instituídos, de *status* constitucional), e o não-fazer, no caso, é absoluto, bem como, embora tomando a medida normativa constitucionalmente prevista, atua deficientemente, com insuficiência, deixando de conferir eficácia completa e satisfatória ao preceito da *Lex Magna*.

A inércia que justifica a ação direta de inconstitucionalidade por omissão ou do mandado de injunção é a inação qualificada, o descumprimento de um dever jurídico-constitucional concreto de legislar.

Pois bem, considerando a afirmação aposta no início deste estudo no sentido de que, de acordo com o art. 5º, §2º, da *Carta Magna* de 1988, os tratados internacionais definidores de direitos e garantias adquirem *status* constitucional e de que, ademais, por força do §1º, do mesmo artigo, têm aplicação imediata, urge-se questionar como poderia uma omissão legislativa proporcionar o não exercício de direitos imediatamente aplicáveis.

Neste ponto, faz-se necessário compreender se a norma contida no artigo 5º, §1º, tem, por si só, o condão para transformar todos os direitos fundamentais em normas dotadas de plena eficácia e aplicabilidade imediata. Ressaltando-se que, até

<sup>17</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*, p. 248.

<sup>18</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Tomemos a sério o silêncio dos Poderes Públicos*. In: *As garantias do cidadão na Justiça* apud HAGE, Jorge. *Omissão Inconstitucional e Direito Subjetivo*. p. 49

<sup>19</sup> Por força do disposto no artigo 5º, §2º da Magna Carta.

<sup>20</sup> VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, p. 252.

mesmo os defensores mais ardorosos de uma interpretação restritiva da norma, reconhecem que o constituinte pretendeu, com sua expressa previsão no texto, evitar um esvaziamento dos direitos assim enunciados, impedindo que permaneçam “*letra morta no texto da Constituição*”<sup>21</sup>.

Fácil apreender que, em certos momentos, o exercício de alguns direitos mais específicos podem se tornar impossíveis diante de algumas circunstâncias concretas (por exemplo, quando a norma de direito fundamental não contiver o mínimo indispensável para que lhe possam assegurar a aplicabilidade – não possuir a normatividade suficiente à geração de seus efeitos principais - ou quando o interesse a ser protegido encontrar-se em um âmbito onde predomina o princípio da estrita legalidade – como no direito administrativo -).

No entanto, como considerar a aplicabilidade do mandado de injunção contra omissões dos poderes públicos, sendo ele mesmo um autêntico direito-garantia fundamental, e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão a todos os demais direitos constitucionalmente assegurados?

Entende-se que a previsão constitucional de institutos de tal natureza deve ser considerada a própria certeza da aplicabilidade imediata dessas normas, à medida que outorga instrumentos próprios ao particular de suprir omissões do poder competente de legislar.

Resumindo, o instrumental de combate às omissões legislativas inconstitucionais não viria a negar a aplicabilidade imediata dos dispositivos de proteção da pessoa humana, mas, sim, em conjunto com o previsto no artigo 5º, §1º da *Carta Magna*, a confirmar esta característica.

Desta forma, como afirma Ingo Wolfgang Sarlet<sup>22</sup>,

em face do dever de respeito e aplicação imediata dos direitos fundamentais em cada caso concreto, o Poder Judiciário encontra-se investido do dever-dever de aplicar imediatamente as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, assegurando-lhes sua plena eficácia. A falta de concretização não poderá, de tal sorte, constituir obstáculo à aplicação imediata pelos juizes e tribunais, na medida em que o Judiciário - por força do disposto no art. 5º, §1º, da CF -, não apenas se encontra na obrigação de assegurar a plena eficácia dos direitos fundamentais,

mas também autorizado a remover eventual lacuna oriunda da falta de concretização(...)

Na lição lapidar de José Afonso da Silva<sup>23</sup>, mais claro se torna este entendimento, no momento em que ele, dissertando sobre a existência de normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (arts. 5º a 17) em relação às quais a Constituição faz depender de legislação ulterior sua aplicabilidade<sup>24</sup>, questiona: *Então, em face dessas normas, que valor tem o disposto no §1º do artigo 5º, que declara todas de aplicação imediata?*

Mais adiante se encontra a resposta do autor:

Em primeiro lugar, significa que elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Em segundo lugar, **significa que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes (grifo nosso)**

Neste mesmo sentido, para José Carlos Vieira de Andrade<sup>25</sup>, o artigo 18, item 1, da Constituição portuguesa, de teor semelhante ao ora examinado da Constituição brasileira, autorizaria o juiz a proceder à intermediação necessária para aplicação imediata dos direitos, liberdades ou garantias, quando ausente a lei regulamentadora:

Em primeiro lugar, no caso de não existir legislação sobre a matéria ou se esta não for suficiente, em situação, portanto, de falta de lei. Nesse caso, o princípio da aplicabilidade directa vale como indicador de exeqüibilidade imediata das normas constitucionais, presumindo-se a sua perfeição, isto é, a sua auto-suficiência baseada no carácter líquido e certo do seu conteúdo de sentido. Vão, pois, aqui incluídos o dever dos juizes e dos demais operadores jurídicos de aplicarem os preceitos constitucionais e a autorização para com esse fim os concretizarem por via interpretativa.

Conclui-se, pois, que ao Poder Legislativo, além do dever de não expedição de leis lesivas aos direitos fundamentais, cabe primordialmente uma função positiva, qual seja a de implementação destes direitos por meio da feitura de leis que assegurem sua concretização. Outrossim, da omissão legislativa com relação a essas obrigações, omissão esta que há

<sup>21</sup> Cf. Ingo Wolfgang Sarlet. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 242.

<sup>22</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 248.

<sup>23</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p. 165.

<sup>24</sup> Nas palavras de José Afonso da Silva: “Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada e aplicabilidade indireta”.

<sup>25</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. apud Sérgio Fernando Moro, *Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais*, p. 71.

de ser tida por inconstitucional, é cabível a utilização de recursos internos com o fito de buscar, no Judiciário, a implementação dos interesses violados.

### 3.2 O Pacto de São José, a prisão por dívida e o Brasil

No âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, já existem inúmeras decisões que fazem referência ao dever geral atribuído ao Legislativo de adequação do direito interno à normativa internacional de proteção da pessoa humana. Inclusive, dentre elas, encontram-se diversas manifestações concernentes às restrições à aplicação da pena de morte registradas no artigo 4º do famoso Pacto de São José da Costa Rica<sup>26</sup>.

Realmente, o resultado de Parecer Consultivo elaborado sobre o assunto, relativo a um questionamento levantado pelos representantes da Guatemala, foi no sentido de que a menção na Constituição daquele país de punição com pena de morte aos crimes comuns conexos com os políticos significava tão somente em uma autorização ao legislador ordinário que, se querendo, poderia aprovar lei nesse sentido. Só que antes de aprovar tal lei, a Guatemala ratificou a Convenção Americana que, no artigo 4º, inc. 2 (sem reserva), proíbe a extensão da pena de morte a novos crimes. Logo, o legislador caminhou em outro sentido.

Esse raciocínio, vale a pena mencionar, pode ser aplicado à nossa realidade, em especial no caso da possibilidade de prisão por dívida do depositário infiel.

Realmente, em seu artigo 5º, inciso LXVII, a Constituição de 1988 não estipula a prisão civil, apenas a possibilita, caso o legislador ordinário assim o queira. Desta maneira, ao ratificar o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos e a Convenção Americana, deve-se supor que o legislador brasileiro preferiu seguir outro caminho, limitando ainda mais os casos de prisão civil previstos na *Carta Magna*.

No entanto, apesar do entendimento doutrinário exposto de que os tratados internacionais e, conseqüentemente, o Pacto de São José da Costa Rica, teriam natureza constitucional, o Supremo

Tribunal Federal o equipara à lei ordinária em vários de seus julgados<sup>27</sup>, admitindo, por conseguinte, a prisão por dívida.

Por outro lado, ao passo que a doutrina entende que, em sede de direitos humanos protegidos por tratados internacionais, estes integram direta e imediatamente o rol dos direitos constitucionalmente garantidos assim que ratificados, o STF é contrário ao mesmo entendimento.

Veja-se, neste sentido, decisão (HCML 77.631-SC DJU 19/08/98) da lavra do Ministro Celso de Mello, no tocante à constitucionalidade do artigo 2º, inciso II, da Lei 8.137/90, que estabelece sanção penal para quem deixa de recolher tributo ou contribuição social. Entendeu o relator, após salientar tratar-se de ilícito penal e não de prisão civil, pela legitimidade constitucional da previsão desta última, a despeito da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Eis parte da decisão, extensa, mas merecedora de transcrição:

(...) Cabe enfatizar, de outro lado - e sempre na perspectiva dos fundamentos em que se apóia a presente impetração - que a ordem constitucional vigente no Brasil não pode sofrer interpretação que conduza ao reconhecimento de que o Estado brasileiro, mediante convenção internacional, ter-se-ia interditado a possibilidade de exercer, no plano interno, a competência institucional que lhe foi outorgada expressamente pela própria Constituição da República. A circunstância de o Brasil haver aderido ao Pacto de São José da Costa Rica - cuja posição, no plano da hierarquia das fontes jurídicas, situa-se no mesmo nível de eficácia e autoridade das leis ordinárias internas - não impede que o Congresso Nacional, em tema de prisão civil por dívida, aprove legislação comum instituidora desse meio excepcional de coerção processual destinado a compelir o devedor a executar obrigação que lhe foi imposta pelo ordenamento positivo, nos casos expressamente autorizados pela própria Constituição da República.

Os tratados internacionais não podem transgredir a normatividade emergente da Constituição, pois, além de não disporem de autoridade para restringir a eficácia jurídica das cláusulas constitucionais, não

<sup>26</sup> Artigo 4º - *Direito à vida*

1. *Toda pessoa tem direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.*
2. *Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunais competentes e em conformidade com a lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente.*
3. *Não se pode estabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido.*
4. *Em nenhum caso pode a pena de morte ser aplicada a delitos políticos, nem a delitos conexos com delitos políticos. 5. Não se deve impor a pena de morte a pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la à mulher em estado de gravidez.*
6. *Toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar anistia, indulto ou comutação da penal, os quais podem ser concedidos em todos os casos. Não se pode executar a pena de morte enquanto o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridades competentes."*

<sup>27</sup> *A guisa de exemplo, AGRAG 186924/MG (Rel. Min. Celso de Mello), HC 73.044-SP (Rel. Min. Maurício Corrêa), HC 74.798-MG (Rel. Min. Ilmar Galvão), HC 74.822-MG (Rel. Min. Moreira Alves), HC 74.875-SP (Rel. Min. Sydney Sanches), extraídos da internet (www.stf.gov.br)*

possuem força para conter ou para delimitar a esfera de abrangência normativa dos preceitos inscritos no texto da Lei Fundamental.

Não me parece que o Estado brasileiro deva ter inibida a prerrogativa institucional de legislar sobre prisão (civil) por dívida, sob o fundamento de que o Pacto de São José da Costa Rica teria pré-excluído, em sede convencional, ao menos no que se refere à hipótese de infidelidade depositária, a possibilidade de disciplinação desse mesmo tema pelo Congresso Nacional. É que não se pode perder de perspectiva a relevantíssima circunstância de que existe expressa autorização inscrita no texto da Constituição brasileira, permitindo ao legislador comum a instituição da prisão civil por dívida, ainda que em hipóteses revestidas de absoluta excepcionalidade (...)

Parece-me irrecusável, no exame da questão concernente à primazia das normas de direito internacional público sobre a legislação interna ou doméstica do Estado brasileiro, que não cabe atribuir, por efeito do que prescreve o art. 5º, § 2º, da Carta Política, um inexistente grau hierárquico das convenções internacionais sobre o direito positivo interno vigente no Brasil, especialmente sobre as prescrições fundadas em texto constitucional, sob pena de essa interpretação inviabilizar, com manifesta ofensa à supremacia da Constituição - que expressamente autoriza a instituição da prisão civil por dívida em duas hipóteses extraordinárias (CF, art. 5º, LXVII) -, o próprio exercício, pelo Congresso Nacional, de sua típica atividade político-jurídica consistente no desempenho da função de legislar.

(...)

No caso, *data maxima venia*, parece claro o equívoco por parte da colenda corte na prolação e no reiterar do entendimento acima transcrito. Em verdade, não se omitiu o constituinte originário na disposição da hierarquia dos tratados de direitos humanos, nem os igualou às demais convenções internacionais, de fato deixou expresso o *status* constitucional destes instrumentos no §2º do artigo 5º da *Carta Magna*.

E, ademais, inobstante se sustente nos tribunais pátrios que os tratados internacionais de direitos humanos têm força de lei ordinária, necessário se faz ainda considerar incabível a prisão civil por dívida do depositário infiel, uma vez que sua imposição se encontra suprimida, à falta de previsão legal em vigor. Isso porque o Pacto de São José de Costa Rica, proclamado vigente pelo STF, revestindo-se de eficácia para diretamente revogar lei geral anterior, derogou, quanto à prisão civil, a norma geral que a cominou e disciplinou.

O Superior Tribunal de Justiça assim compreende, como, à guisa de exemplo, se

pronunciou no julgamento dos Embargos de Divergência nº 149518/GO (DJ de 28/02/2000)<sup>28</sup>, que teve como relator o Ministro Ruy Rosado:

(...) O tratado internacional aprovado e promulgado pelo Brasil, tendo a eficácia de lei ordinária, pode revogar a lei geral. No caso, o tratado revogou a regra geral do Código Civil, retirando o suporte a que fez remissão a lei especial (DL nº 911/69). Daí se conclui que, no plano da legislação ordinária, a norma vigorante sobre a prisão civil é o disposto no Pacto de São José, pois que, embora permitida constitucionalmente a prisão do depositário infiel, diante da norma permissiva do texto de 1988, a regra geral que a instituiu no país (art. 1287 do CC) ficou derogada pelo novo diploma (tratado aprovado) da mesma hierarquia no elenco das leis.

(...)

Por todas essas razões, conheço dos embargos e os acolho, para me filiar ao entendimento expresso no r. acórdão paradigma e considerar ilegal o decreto de prisão civil do alienante fiduciário" (grifo nosso)

## Conclusão

A partir do presente estudo, pode-se concluir que, consoante as inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988, mormente no tocante à primazia dos direitos humanos como princípio fundamental da Ordem Jurídica brasileira, orientador de toda e qualquer interpretação normativa, urge uma mudança na mentalidade dos operadores jurídicos pátrios, no sentido de se implementar com a máxima efetividade os novos ditames constitucionais enunciados.

Necessário se faz, assim, o reconhecimento, no âmbito interno, da possibilidade aberta pela *Carta Magna*, por força do seu art. 5º, §1º e §2º, de ampliação do rol dos direitos constitucionalmente instituídos, por outros decorrentes do regime, dos princípios e dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, imbuindo-os de todas as características e garantias àqueles consagradas.

Reconhecer tal condição à normativa internacional de proteção da pessoa humana é, na verdade, o primeiro passo para implementar, no âmbito interno, as obrigações assumidas pelo Estado ao ratificar um tratado dessa natureza.

Com efeito, ao assumir, pela ratificação, o compromisso de garantir aos indivíduos, sob a sua jurisdição, o gozo dos direitos que formam a substância de uma convenção internacional sobre direitos humanos, o Estado assume quatro ordens de obrigações<sup>29</sup>: 1) respeitar, fazer respeitar e garantir

<sup>28</sup> Processo em que se firmou jurisprudência sobre o descabimento da prisão civil do devedor fiduciante.

<sup>29</sup> in *O Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*, p. 310.

os direitos reconhecidos pelo texto a toda pessoa sujeita à sua jurisdição; 2) adaptar sua legislação interna ao estabelecido pelo tratado; 3) assegurar que suas autoridades não tomem medidas ou promovam ações que sejam contra o disposto no tratado; 4) colocar à disposição de toda pessoa que se sinta violada em seus direitos, recursos jurídicos efetivos para corrigir a situação.

## Referências

- ALVES, José Augusto Lindgren. *A arquitetura internacional dos direitos humanos*. São Paulo: FTD, 1997.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAUJO, Nadia de (Org.). *Os direitos humanos e o direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1989.
- FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. *Controle da constitucionalidade na omissão legislativa*. Curitiba: Juruá, 2001.
- HAGE, Jorge. *Omissão inconstitucional e direito subjetivo*. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 1999.
- INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. San José, 1996.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 1998.
- MORO, Sérgio Fernando. *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- PINHEIRO, Carla. *Direito internacional e direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2001.
- PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*. Brasília, DF: Ed. Universidade de Brasília, 2000.
- VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.