

**UMA ANÁLISE DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
NO RE 466.343: A PERDA DE UMA OPORTUNIDADE DE AVANÇAR
NA DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**ANALYSIS OF THE FEDERAL SUPREME COURT'S DECISION IN RE
466.343: THE LOSS OF AN OPPORTUNITY TO ADVANCE IN THE
DEFENSE OF FUNDAMENTAL RIGHTS**

**Gustavo Paschoal Teixeira de Castro Oliveira¹
Rafael Freitas Costa Coêlho²**

Resumo: Este trabalho apresenta uma análise a respeito da decisão do STF no Recurso Extraordinário nº 466.343/SP à luz da eficácia dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico interno, ante a previsão existente na Carta Constitucional de 1988. Tem-se, por objetivo, verificar se os tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro possuem hierarquia constitucional ou não. Tem-se, por procedimento metodológico, análise qualitativa de cunho exploratório do conteúdo doutrinário sobre o assunto, bem como o que reza o art. 5º, §2º, da Constituição Federal. Conclui-se que a melhor solução a ser dada ao tema e de acordo com a eficácia plena e aplicação imediata dos direitos fundamentais é no sentido do *status* de norma constitucional aos tratados de direitos humanos que forem inseridos no ordenamento brasileiro, independentemente se sua aprovação se deu pelo procedimento formal de emenda constitucional, tendo em vista norma sobre direitos humanos ter equivalência constitucional, conforme estabelece a Lei Maior Brasileira. Com isso, infere-se que o Supremo Tribunal Federal desperdiçou uma chance de poder dar eficácia constitucional ampla aos direitos fundamentais no RE 466.343 / SP, indo de encontro ao que reza a Constituição.

Palavras - chave: Constituição Federal; Direitos Fundamentais; Emenda Constitucional. Tratados Internacionais.

Abstract: This paper presents an analysis of the STF decision in Extraordinary Appeal No. 466.343 / SP in respect of the effectiveness of fundamental rights in the internal legal system, in view of the existing provision in the 1988 Constitutional Charter. The matter in question concerns to international human rights incorporated into the Brazilian legal system have a constitutional hierarchy or not. An analysis based on the doctrinal content and art. 5, § 2, of the Federal Constitution. Finally, it will be concluded that the best solution to be given to the subject and in accordance with the full effectiveness and immediate application of fundamental rights is in the sense of the status of constitutional norm for human rights treaties that are inserted in the Brazilian order, regardless whether their approval was given by the formal constitutional amendment procedure, in view of the rule on human rights having constitutional equivalence, as established by the Brazilian Major Law. With that, it is concluded that the Supreme Federal Court wasted a chance to be able to give ample constitutional efficacy to fundamental rights in RE 466.343 / SP, going against what the Constitution says.

¹ Doutor em Direito. Professor da graduação em Direito e do Mestrado em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos (PPGPJDH) da Universidade Federal do Tocantins. Professor da graduação em Direito do Centro Universitário Luterano de Palmas (CEULP/ULBRA) e da Universidade Estadual do Tocantins (Unitins). Advogado. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7410990226412683>. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-3045-2097>. E- mail: gustavopaschoal1@gmail.com

² Procurador do Estado do Tocantins e Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSal). Pós-Graduado em Direito Público pela Faculdade Baiana de Direito. Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins em parceria com a Escola Superior da Magistratura Tocantinense. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4593967890300630>. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-6753-3851>. E-mail: rafaelfreitascosta27@gmail.com

Keywords: Federal Constitution; Fundamental rights; Constitutional Amendment; International Treaties.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa demonstrar qual hierarquia que as normas decorrentes de tratados internacionais sobre direitos humanos adquirem quando incorporadas ao ordenamento jurídico pátrio. Para isto, faz-se uma análise das posições doutrinárias referentes ao tema, dos princípios jurídicos que devem ser respeitados, além de se interpretar a dicção do Art.5º, §2º, da Constituição Federal de 1988.

O Supremo Tribunal Federal, na decisão do RE 466.343 / SP, adotou o posicionamento de que os tratados internacionais ratificados pelo Brasil possuem categoria de norma supralegal, salvo se aprovados por meio do procedimento previsto para as emendas constitucionais, com fulcro no que dispõe o art. 5º, §3º, da Constituição Federal de 1988³.

De outro lado, posiciona-se a doutrina excessivamente majoritária, a qual defende que todos os tratados internacionais incorporados ao Direito Brasileiro passam a adquirir *status* constitucional, independentemente da forma pela qual foram inseridos no ordenamento jurídico, com fundamento no que reza o art. 5º, §2º, da Lei Maior Brasileira, a qual adotou um sistema aberto no que diz respeito aos direitos fundamentais.⁴

Indubitavelmente, ao se analisar detidamente o art. 5º, §2º, da Carta Republicana, percebe-se que o Poder Constituinte Originário adotou uma posição de abertura material aos direitos fundamentais no ordenamento pátrio, *ipsis litteris*: “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.”

Além disso, a previsão constante do §3º, do mesmo artigo 5º, não possui o condão de modificar de forma limitadora o conteúdo previsto no §2º, tendo em vista se tratar de norma

³ 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)

⁴ Dentre eles, conforme se verá ao longo deste artigo, Ingo Wolfgang Sarlet, Flávia Piovesan, Dirley da Cunha Júnior, Valério Mazzuoli, Carlos Rátis, dentre outros.

que trata de direitos fundamentais e originária da Lei Maior, encontrando-se barreira no que preceitua o art. 60, §4º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, caracterizando-a como cláusula pétrea.

Por fim, o objetivo deste artigo será demonstrar que a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 466.343 / SP, vai de encontro ao conteúdo normativo da Carta Política de 1988, ferindo-se dispositivo que integra garantia fundamental, além de contrariar a doutrina brasileira sobre o tema. Para tanto, se utilizará da pesquisa bibliográfica, valendo-se das doutrinas e escritos existentes sobre o tema.

2 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Na sociedade contemporânea em que se vive, é impensável imaginar um Estado que não traga, em seu regramento jurídico, alguma norma que diga respeito aos direitos fundamentais, sejam direitos individuais, sociais, difusos, enfim, qualquer que seja o direito.

Nas palavras de Sarlet (2015, p. 21) "Praticamente, não há mais Estado que não tenha aderido a alguns dos principais pactos internacionais (ainda que regionais) sobre direitos humanos ou que não tenha reconhecido ao menos um núcleo de direitos fundamentais no âmbito de suas Constituições." Contudo, ainda há muito o que evoluir quando se trata de tais direitos, para que se possa alcançar o tão sonhado Estado Democrático de Direito, em sua plenitude.

Arremata, ainda nesse sentido:

Todavia, em que pese este inquestionável progresso na esfera da sua positivação e toda a evolução no que tange ao conteúdo dos direitos fundamentais, representado pelo esquema das diversas dimensões (ou gerações) de direitos, que atua como indicativo seguro de sua mutabilidade histórica, percebe-se que, mesmo hoje, no limiar do terceiro milênio e em plena era tecnológica, longe estamos de ter solucionado a miríade de problemas e desafios que a matéria suscita. (Sarlet, 2015, p. 21)

Esses direitos possuem diferentes nomenclaturas como: "direitos humanos", "liberdades públicas", "direitos dos cidadãos", "direitos da pessoa humana", "direitos fundamentais do homem", etc. A denominação "direitos humanos" decorre da esfera internacional, quando se faz referência a tratados internacionais firmados entre os diferentes estados e os organismos internacionais. Já a nomenclatura direitos fundamentais diz respeito aos direitos humanos positivados na Constituição de um Estado.

Segundo Dimoulis e Martins:

Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou

jurídicas), **contidos em dispositivos constitucionais** e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual. (Dimoulis; Martins, 2020, p. 56)

Apesar dessa distinção formal estabelecida pela doutrina, ambas as terminologias trazem a ideia de direitos titularizados pelo ser humano, em face do Estado ou, até mesmo, de particulares. A expressão "liberdades públicas" se torna insuficiente para abranger todo o rol de direitos, tendo em vista que passa a ideia de somente atingir aqueles direitos de primeira dimensão (as diferentes dimensões serão abordadas a seguir), relacionados à liberdade do cidadão em virtude de um não agir ou omissão estatal. "Direitos dos cidadãos" passa a ideia de que somente os nacionais com direitos políticos são titulares desse direito, não abrangendo os estrangeiros. A expressão mais adequada seria direitos fundamentais do homem, pois, com isso, se transmitiria a ideia da abrangência de todo e qualquer direito que seja inerente e indispensável ao ser humano para que alcance uma vida digna, livre e plena.

Nesse sentido, Silva:

Direitos Fundamentais do Homem constitui expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção de mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, *no nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. (Silva, 2015, p. 180)

Por serem inerentes ao homem, não se pode conceber a ideia de existência humana sem tais direitos. Imaginar que somente surgiriam os direitos e garantias fundamentais após a criação do direito positivo seria negar a própria existência humana. O próprio direito à vida é um direito fundamental. Como acentua Teixeira (1991, p. 681): "Os direitos naturais e inalienáveis da pessoa humana preexistem ao Estado e a este se sobrepõem, corolários que são, como vimos, dos próprios atributos da pessoa humana, da natureza essencial desta."

Diante disso, ousa-se discordar de Dimoulis e Martins, que defendem que para se falar em direitos fundamentais, são imprescindíveis a existência de três elementos, dentre eles o Estado:

Limitamo-nos a destacar que, para se poder falar em direitos fundamentais, deve-se constatar a presença de três elementos: a) Estado. Trata-se do funcionamento de um aparelho de poder centralizado que possa efetivamente controlar determinado território e impor suas decisões por meio da Administração Pública, dos tribunais, da polícia das forças armadas e também dos aparelhos de educação e propaganda política. Sem a existência de Estado, a proclamação de direitos fundamentais carece de relevância prática. Estes não poderiam ser garantidos e cumpridos e perderiam sua função precípua, qual seja, a de limitar o poder do Estado em face do indivíduo. (Dimoulis; Martins, 2014, p. 10-11)

Antes mesmo de surgir a sociedade, o homem, em seu estado de natureza, já gozava e usufruía dos direitos e garantias fundamentais. Nos dizeres de Cunha Júnior:

Não obstante, é preciso salientar que eles são consequências da própria

evolução da humanidade, cujo ideal libertário principiara desde a antiguidade, a partir da concepção de direitos inatos do homem, em razão de sua, unicamente, condição

humana. Aliás, é correto até afirmar que, desde o estado de natureza, onde ainda não havia sociedade, já se sentiam esses direitos inatos, porque todo homem era livre e igual - até mais livre e mais igual do que o homem na sociedade - sujeito apenas a restrições impostas pela própria natureza. Assim, segundo Rousseau, o homem, no estado de natureza, era livre. Não se encontrava sob qualquer jugo. Era capaz até de enfrentar os animais. Os inimigos mais temidos, contra quais o homem selvagem não tinha meios de defender-se, eram as enfermidades naturais, a infância, a velhice e as doenças de toda espécie. Mas, não obstante isso, o homem selvagem era solitário, simples, sem ambição, sem desejo maior do que a própria conservação. Enfim, os homens da natureza eram iguais e livres. (Cunha Júnior, 2010, p. 552)

Assim, os direitos fundamentais são anteriores ao surgimento do Estado.

Os direitos fundamentais que diziam respeito à liberdade do homem, o afastando das garras de um Estado absolutista, centralizador, passaram a ser garantidos expressamente nos textos do final do Século XVIII, como a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Nessa época, tem-se assegurados os chamados direitos fundamentais de primeira dimensão⁵ que tem por escopo uma abstenção estatal, um *non facere*, como pressuposto de se garantir os direitos ligados à liberdade do indivíduo. São direitos individualistas, abrangendo direitos civis e políticos, como os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, dentre outros. Nos dizeres de Novelino:

Os direitos fundamentais de primeira dimensão (ou geração), ligados ao valor liberdade, surgiram com as primeiras constituições escritas, cujos textos consagraram direitos civis e políticos. Nas revoluções liberais ocorridas no final do século XVIII, a principal reivindicação da burguesia era a limitação dos poderes do Estado em prol do respeito às liberdades individuais. (Novelino, 2015, p. 315)

Assim, tem-se o "status negativo" estatal, conforme a teoria dos status de Jellinek, que diz respeito ao direito a condutas negativas por parte do Estado, não interferindo este na esfera de liberdade dos indivíduos, mediante uma abstenção, garantindo direitos como o de propriedade, de se poder fazer e/ou praticar tudo o que a lei não proibir, dentre outros.

Contudo, com o passar do tempo, percebeu-se que tão somente uma conduta negativa por parte do Estado, um não fazer, não garantiria todos os direitos fundamentais. Tornou-se necessário assegurar um maior rol de direitos fundamentais, para que se tornasse possível a vida humana de forma digna e completa.

No século XIX, profundas transformações sociais e políticas alteraram profundamente o quadro vivenciado nos séculos anteriores, exigindo uma atuação do Estado na vida econômica e social, visando satisfazer as necessidades da população.

⁵ Adota-se, na presente pesquisa, a denominação "dimensões" dos direitos humanos, apesar de também ser utilizado o termo "gerações". Entende-se que gerações passa a ideia de finitude, onde se extingue/ou limita direitos; o que não é verdade.

Assim, os direitos humanos assegurados mediante a abstenção estatal se tornaram insuficientes. Durante essa época, houve o desenvolvimento dos ideais de Karl Marx, que defendia que os direitos fundamentais até então consagrados focavam apenas no indivíduo. Nas palavras de Ramos (2015, p. 45): "Para Marx, os direitos humanos até então defendidos eram focados no indivíduo voltado para si mesmo, para atender seu interesse particular egoístico dissociado da comunidade."

Passou-se a reivindicar novos direitos que impunham um agir do Estado, um fazer, relacionando-se com as liberdades positivas, tendo por escopo assegurar o princípio da igualdade material entre os seres humanos.

Com isso, surgiram os direitos sociais, culturais e econômicos, ligados a um Estado que passou a ser social, a assumir deveres perante os sujeitos, que antes não tinha. O Estado saiu de sua posição inerte e passou a ser provedor de direitos, mediante uma atuação positiva, por meio de prestações obrigatórias que lhe foram impostas. Tais direitos surgiram no século XIX, tendo se consolidado no século XX.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão eram condições *sine qua non* para que o indivíduo pudesse usufruir os direitos de primeira dimensão. Isto porque não teria como se imaginar a pessoa humana gozar, por exemplo, do direito à liberdade em sua totalidade, sem que o Estado lhe garantisse meios para isso, como educação, saúde, etc.

Nesse sentido, Marmelstein:

Os direitos de primeira geração tinham como finalidade, sobretudo, possibilitar a limitação do poder estatal e permitir a participação do povo nos negócios públicos. Já os direitos de segunda geração possuem um objetivo diferente. Eles impõem diretrizes, deveres e tarefas a serem realizadas pelo Estado, no intuito de possibilitar aos seres humanos melhor qualidade de vida e um nível de dignidade como pressuposto do próprio exercício da liberdade. Nessa acepção, os direitos fundamentais de segunda geração funcionam como uma alavanca ou uma catapulta capaz de proporcionar o desenvolvimento do ser humano, fornecendo-lhe as condições básicas para gozar, de forma efetiva, a tão necessária liberdade. (Marmelstein, 2008, p. 51-52)

Esses direitos foram consagrados, por exemplo, na Constituição Francesa de 1848, na Constituição Mexicana de 1917 (primeira constituição a prever os direitos sociais), e na Constituição de Weimar 1919. Na Constituição Francesa de 1848, em seus arts. 1º, VIII e 13, percebe-se a previsão de direitos que demandam um agir do Estado, típicos direitos fundamentais sociais:

Art. 1º...

[...]

VIII - A República deve proteger os cidadãos em sua pessoa, sua família, sua religião, sua propriedade, seu trabalho, bem como pôr ao alcance de qualquer um a instrução indispensável a todos os homens; deve, por meio de uma assistência fraterna, assegurar os meios de subsistência aos cidadãos necessitados, quer proporcionando-lhes trabalho nos limites dos seus recursos, quer prestando, na falta da família, socorro aos que estejam em condições de trabalhar.

Art. 13. A Constituição garante aos cidadãos a liberdade de trabalho e de indústria. A sociedade favorece e encoraja o desenvolvimento do trabalho, pelo ensino primário gratuito profissional, a igualdade nas relações entre o patrão e o operário, as instituições de previdência e de crédito, as instituições agrícolas, as associações voluntárias e o estabelecimento, pelo Estado, os Departamentos e os Municípios, de obras públicas capazes de empregar os braços desocupados; ela fornece assistência às crianças abandonadas, aos doentes e idosos sem recurso e que não podem ser socorridos por suas famílias. (Comparato, [202-?]), não paginado)

Conforme muito bem salienta Sarmento:

As Constituições do México (1917) e de Weimar (1919) trazem em seu bojo novos direitos que demandam uma contundente ação estatal para sua implementação concreta, a rigor destinados a trazer consideráveis melhorias nas condições materiais de vida da população em geral, notadamente da classe trabalhadora. Fala-se em direito à saúde, à moradia, à alimentação, à educação, à previdência etc. Surge um novíssimo ramo do Direito, voltado a compensar, no plano jurídico, o natural desequilíbrio travado, no plano fático, entre o capital e o trabalho. O *Direito do Trabalho*, assim, emerge como um valioso instrumental vocacionado a agregar valores éticos ao capitalismo, humanizando, dessa forma, as até então tormentosas relações jus laborais. No cenário jurídico em geral, granjeia destaque a gestação de normas de ordem pública dos interesses da coletividade. (Sarmento, 2009, p. 19)

Portanto, os direitos e garantias fundamentais de segunda dimensão surgiram em virtude de uma necessidade de atuação positiva do Estado, visando garantir direitos como, por exemplo, à saúde, ao trabalho, à moradia, dentre outros direitos sociais e econômicos.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial (1945) e criação de organizações de âmbito internacional como, por exemplo, a Organização das Nações Unidas (ONU), que abrangeu inúmeros países, houve uma internacionalização da proteção aos direitos humanos. Passou-se a incorporar aos direitos humanos direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade. Nesse rol de direitos, se incluem o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à segurança, o direito à paz, o direito à solidariedade universal, à autodeterminação dos povos, etc. Assim, não se leva em consideração o indivíduo em si mesmo, mas sim o gênero humano, abrangendo direitos coletivos e difusos.

Nos dizeres de Bonavides:

Com efeito, um novo polo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em

termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já os enumeram com familiaridade, assinalando-lhe o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos

fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade. (Bonavides, 2013, p. 587-588)

Assim, esses direitos fundamentais de terceira dimensão abarcam direitos transindividuais, quais sejam, os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Hoje, há uma tendência em se reconhecer uma quarta dimensão dos direitos fundamentais, apesar de não estar consagrado no ordenamento jurídico, sendo fruto de criação doutrinária. Dizem respeito à cidadania, à globalização política, correspondendo à derradeira fase de institucionalização do Estado Social. (Bonavides, 2013)

Também, atualmente, já há autores defendendo a existência de uma quinta dimensão dos direitos fundamentais, da qual faria parte o direito à paz. Entre eles, destaque para Paulo Bonavides, que afirma que a classificação original do direito à paz no rol dos direitos fundamentais de terceira dimensão se encontraria incompleta, necessitando de uma classificação em uma dimensão própria a esse direito, conferindo-lhe destaque. Isso em função dos acontecimentos presenciados na órbita mundial, como atentados terroristas. Nas palavras de Honesko:

[...] em recentes debates científicos (IX Congresso Iberoamericano e VII Simpósio Nacional de Direito Constitucional, realizados em Curitiba/PR, em novembro de 2006, bem como II Congresso Latino-Americano de Estudos Constitucionais, realizado em Fortaleza/CE, em abril de 2008), Bonavides fez expressa menção à possibilidade concreta de se falar, atualmente, em uma *quinta* geração de direitos fundamentais, onde, em face dos últimos acontecimentos (como, por exemplo, o atentado terrorista de “11 de Setembro”, em solo norte-americano), exsurgiria legítimo falar de um *direito à paz*. Embora em sua doutrina esse direito tenha sido alojado na esfera dos direitos de terceira dimensão, o ilustre jurista, frente ao insistente rumor de guerra que assola a humanidade, decidiu dar lugar de destaque à *paz* no âmbito da proteção dos direitos fundamentais. (Honesko, 2008, p. 195-197)

Diante do que foi apresentado, resta mais do que claro de que os direitos fundamentais não surgem todos de uma única vez e nem se torna possível imaginá-los de forma completa, na medida em que dependem do grau de evolução humana em determinado período, visto que são dotados da característica da historicidade. Destarte, quando do nascimento, são classificados em dimensões específicas, de acordo com o bem jurídico humano que pretendem tutelar.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A INCORPORAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 COM STATUS CONSTITUCIONAL

Não há réstia de dúvida de que, nos Estados Democráticos de Direito, os direitos e garantias fundamentais possuem uma maior força normativa, devendo ser garantidos e respeitados de forma mais evidente pelas autoridades e pela sociedade

civil, além de ter seu rol

ampliado. Com isso, ocorre, como consequência, uma maior limitação do poder estatal por esses direitos e garantias, além é claro, do controle realizado pelo povo, que participa do processo de escolha dos representantes do Estado.

Para Moraes (2000), o Estado Democrático de Direito seria "a exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais." (p. 43) A definição, entretanto, encontra-se incompleta. Acrescentar-se-ia, para devida integralidade à sua definição, o fato de que para se caracterizar o Estado Democrático de Direito não basta tão somente que as autoridades constituídas obedeçam aos direitos e garantias fundamentais, mas também a sociedade civil. Além disso, apenas o respeito das autoridades públicas a esses direitos e garantias não os garante em sua plenitude, necessitando de um agir estatal visando efetivá-los. Por outro lado, cabe frisar que os direitos e garantias fundamentais possuem eficácia horizontal, ou seja, são aplicados às relações privadas nas quais o Estado não participe diretamente.

Sarmento (2008) diz que, com a evolução estatal e da sociedade, a ameaça de violação aos direitos fundamentais não somente é possível, atualmente, por parte do Estado, mas também pela sociedade civil, mercado, empresa, família, etc. Portanto, a proteção aos direitos fundamentais é indispensável numa sociedade cada vez mais desigual.

Segundo Barroso (2006), "a Constituição não apenas impõe limites ao legislador e ao administrador, mas lhes determina, também, deveres de atuação". (p. 16) Assim, no Estado Democrático de Direito, os direitos e garantias fundamentais possuem uma função limitadora do exercício tanto do poder estatal quanto dos direitos e deveres pela sociedade civil, que somente devem ser exercidos em consonância com esses direitos e garantias. Ademais, impõe ao Estado um dever de agir para assegurar-los.

A Constituição Federal de 1988 foi, de longe, a que mais previu direitos e garantias fundamentais à população. Somente no art. 5º, há setenta e oito incisos tratando dos direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos. Nesse sentido, Sarlet aduz:

Traçando-se um paralelo entre a Constituição de 1988 e o direito constitucional positivo anterior, constata-se, já numa primeira leitura, a existência de algumas inovações de significativa importância na seara dos direitos fundamentais. De certo modo, é possível afirmar-se que, pela primeira vez na história do constitucionalismo pátrio, a matéria foi tratada com a merecida relevância. Além disso, inédita a outorga aos direitos fundamentais, pelo direito constitucional positivo vigente, do *status* jurídico que lhes é devido e que não obteve o merecido reconhecimento ao longo da evolução constitucional[...] (Sarlet, 2015, p. 64)

Não obstante a Constituição vigente prever uma infinidade de direitos e garantias fundamentais (além do título II, que compreende os arts. 5º ao 17, há outros espalhados ao longo da Constituição), o rol de tais direitos e garantias não se esgota tão somente naqueles trazidos

no diploma constitucional, abarcando aqueles decorrentes do regime e dos princípios que foram adotados pela Constituição de 1988, bem como de tratados internacionais.

Com isso, os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição de 1988 possuem natureza material, na medida em que o rol trazido pelo diploma pátrio não é taxativo, admitindo-se outros direitos e garantias que não sejam previstos no texto constitucional, mas que possam ser incorporados ao Estado brasileiro, como, por exemplo, em virtude de tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário.

Posto isto, e em razão do que reza o art. 5º, §2º da Constituição Federal, a presente pesquisa argumenta que, independentemente do quórum de aprovação de três quintos, em dois turnos, conforme determina o art. 60, §2º, os direitos e garantias fundamentais que sejam incorporados ao ordenamento jurídico pátrio em decorrência de tratados internacionais terão *status* constitucional.

Tal entendimento é defendido por renomados juristas como Valério Mazzuoli (2010), Ingo Wolfgang Sarlet (2015), Dirley da Cunha Júnior e Carlos Rátis (2005), e Flávia Piovesan (2007). Para Sarlet:

A condição de direitos fundamentais é absolutamente incompatível com uma hierarquia normativa infraconstitucional, visto que — de acordo com o que buscamos demonstrar nas colunas anteriores — direitos fundamentais são sempre direitos constitucionais e não podem estar à disposição plena do legislador ordinário (Sarlet, 2015, não paginado)

Não se pode ignorar que a Constituição Cidadã traz uma interpretação sistemática de que aqueles direitos fundamentais que de alguma forma sejam incorporados ao ordenamento jurídico pátrio possuirão *status* constitucional. Isso se torna mais evidente ao se examinar o que prescreve a norma constitucional originária do art. 5º, §2º, da CRFB/1988.

4 ANÁLISE DA DECISÃO PROLATADA NO RE 466.343 / SP

O Supremo Tribunal Federal, na decisão do Recurso Extraordinário nº 466.343, proferida em 3 de dezembro de 2008, infelizmente não se posicionou no sentido defendido pela doutrina brasileira e que foi no tópico anterior explorado. Tal Recurso versava sobre a possibilidade ou não da prisão do depositário infiel, decidindo pelo seu não cabimento (entendimento esse hoje já pacificado, inclusive com a edição da súmula vinculante nº 25). Contudo, além disso, nessa decisão, o Supremo firmou o entendimento de que os tratados de direitos humanos têm *status* supralegal, ou seja, *status* infraconstitucional, mas

hierarquicamente acima das leis ordinárias. Tal entendimento defendido pelo Ministro Gilmar Mendes foi o que preponderou na Corte.⁶

Restou vencida a divergência inaugurada pelo Ministro Celso de Mello, para quem os tratados de direitos humanos possuem hierarquia constitucional.⁷

Com a devida vênia, discordamos do entendimento preponderante no julgamento, capitaneado pelo Ministro Mendes. O artigo 5º, §2º, da Lei Fundamental Brasileira, é de clareza solar ao permitir que seja incorporado ao rol dos direitos fundamentais já presentes na Constituição outros que provenham de normas internacionais que o Estado Brasileiro incorpore ao ordenamento jurídico interno, sem realizar qualquer distinção atinente a isso. Vale a pena transcrever o texto expresso no mencionado artigo:

Art. 5º [...]

§ 2º 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.

Poderia se fazer o seguinte questionamento: Com a introdução do parágrafo 3º ao artigo 5º, da CRFB/1988, pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que se passou a exigir expressamente a aprovação pelo quórum de três quintos, em dois turnos de votação por cada casa do Congresso Nacional, para uma norma internacional sobre direitos humanos ingressar no ordenamento jurídico pátrio com *status constitucional*, torna-se imprescindível essa observância? A resposta somente pode ser negativa.

É entendimento mais do que consagrado no Direito Constitucional Brasileiro de que as normas presentes no artigo 5º, da *Lex Fundamental*, são cláusulas pétreas, sendo impossíveis de alteração pelo processo de emenda constitucional, salvo para fortalecer a sua eficácia.

⁶ Eis a seguir um trecho do voto do Ministro Gilmar: "[...] por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de suprallegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados de direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo da suprallegalidade. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico[...]". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343 - SP. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorridos: Vera Lúcia B. de Albuquerque e Outro(a/s) e Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro Cezar Peluso. D.J: 03 de dez. de 2011. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>. Acesso em: 16 de jul. 2016.

⁷ Trecho do voto do Ministro: "[...] após detida reflexão em torno dos fundamentos e critérios que me orientaram em julgamentos anteriores, evoluo, Senhora Presidente, no sentido de atribuir, aos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, superioridade jurídica em face da generalidade das leis internas brasileiras, reconhecendo, a referidas convenções internacionais, nos termos que venho de expor, qualificação constitucional". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343 - SP. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorridos: Vera Lúcia B. de Albuquerque e Outro(a/s) e Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro Cezar Peluso. D.J: 03 de

dez. de 2011. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 16 jul. de 2016.

In casu, a norma editada pelo Poder Constituinte Originário não exigia nenhum requisito formal para a introdução de norma internacional no diploma normativo interno com equivalência constitucional, não podendo uma emenda editada *a posteriori* restringir o seu conteúdo, sob pena de ser eivada do vício da inconstitucionalidade.

Ao adotar essa posição, o STF também vai de encontro ao Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009, o qual integrou ao ordenamento interno a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, a qual prevê em seu artigo 27, o seguinte:

Artigo 27 - Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.

Nos dizeres de José Adércio Leite Sampaio:

Um descompasso inacreditável diante da avançada teoria da interpretação dos direitos fundamentais, a ponto de se poder afirmar, doutrinariamente claro está, que neste ponto o STF descumpra seu inestimável e imperioso dever de guardião dos direitos e fere o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. (Sampaio, 2013, p. 557-558)

Destarte, reiteramos nossa posição de que os direitos humanos possuem natureza de direito material. Portanto, aqueles previstos em tratados internacionais e incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro devem ter *status* de norma constitucional, independentemente da necessidade de aprovação por quórum especial como se determina para as emendas à constituição. Isso resta claro e evidente ao se analisar o art. 5º, §2º, da Constituição Federal, que prevê a incorporação de outros direitos e garantias fundamentais à República Federativa do Brasil, desde que estejam de acordo com o regime e os princípios adotados pela Constituição ou decorram de tratados internacionais.

Assim, chega-se à inevitável conclusão de que o §3º que foi incorporado ao art. 5º da Constituição, em virtude da Emenda Constitucional nº45, se tornou totalmente desnecessário. Isso porque os direitos e garantias são materialmente fundamentais, não importando a forma em que se deu a aprovação da norma para ter vigência no ordenamento com *status* de norma constitucional. Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet:

Importa considerar, ainda com relação à nota de fundamentalidade dos direitos fundamentais, que somente a análise do seu conteúdo permite a verificação da sua fundamentalidade material, isto é, da circunstância de conterem, ou não, decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade, de modo especial, porém, no que diz com a posição nestes ocupada pela pessoa humana. É, portanto, evidente que conceituação meramente formal, no sentido de serem direitos fundamentais aqueles que como tais foram reconhecidos na Constituição, revela sua insuficiência também para o caso brasileiro, uma vez que a nossa Carta Magna, como já referido, admite expressamente a existência de outros direitos fundamentais que não os integrantes do catálogo (Título II da CF), seja com assento na Constituição, seja fora desta, além da circunstância de que tal conceituação

estritamente formal nada revela sobre o conteúdo (isto é, a matéria propriamente dita) dos direitos fundamentais. (Sarlet, 2015, p. 76).

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 466.343 / SP, desperdiçou uma ótima chance de reafirmar a efetividade dos direitos fundamentais, no sentido de se dar força normativa constitucional a qualquer norma que trate de direitos fundamentais e seja incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, atendendo-se, assim, ao espírito da Constituição Federal de 1988, como se exterioriza, principalmente, do seu art. 5º, §2º.

5 CONCLUSÃO

Diante do que foi exposto, não há réstia de dúvida de que os direitos humanos que foram incorporados ao ordenamento jurídico pátrio devem ser recepcionados, independentemente da forma na qual se deu o processo legislativo, com o *status* de norma constitucional.

Isto fica evidente ao se analisar o art. 5º, §2º, da Constituição Federal, o qual, sem qualquer exceção, diz que “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.”

O Supremo Tribunal Federal, na decisão prolatada no RE 466.343 / SP, perdeu uma grande oportunidade de fortalecer os direitos fundamentais nos termos preconizados pela Constituição, indo de encontro à posição doutrinária e à própria ordem normativa constitucional vigente.

Espera-se que, em um futuro bem próximo, possa rever o seu julgamento e reconhecer que os tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados à ordem jurídica interna possuem força constitucional, não podendo o §3º, do art. 5º, da CRFB/1988, incorporado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, alterar uma norma elaborada pelo Poder Constituinte Originário que se constitui em cláusula pétrea.

6 REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 466.343 - SP**. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorridos: Vera Lúcia B. de Albuquerque e Outro(a/s) e Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro Cezar Peluso. D.J: 03 de dez. de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444> . Acesso em: 16 jul. 2022.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Constituição francesa de 1848**. DH Net, [202-?].

Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/fran1848.htm> . Acesso em: 03 jun. 2022.

- CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. Salvador: Jus Podivm, 2010.
- CUNHA JUNIOR, Dirley da; RÁTIS, Carlos. **Emenda constitucional 45/2004 – comentários à reforma do Poder Judiciário**. Salvador: Juspodivm, 2005.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral de direitos fundamentais**. 5. ed. Atlas: São Paulo, 2014.
- HONESKO, Raquel Schlommer. Discussão Histórico-Jurídica sobre as Gerações de Direitos Fundamentais: a Paz como Direito Fundamental de Quinta Geração. *In: Direitos fundamentais e cidadania*. FACHIN, Zulmar (coordenador). São Paulo: Método, 2008.
- MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Altas, 2008.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tratados internacionais de direitos humanos e direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. Salvador: Juspodium, 2015.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Integração dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico**. Conjur, 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mar-27/direitos-fundamentais-integracao-tratados-direitos-humanos-ordenamento-juridico> . Acesso em: 16 de jul. 2022.
- SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- TEIXEIRA, J. H. Meirelles. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Forense Universitária, 1991.