

DIREITO DOS DIREITOS HUMANOS E A REGRA INTERPRETATIVA “PRO HOMINE”

Luiz Flávio GOMES*

Resumo: O presente artigo analisa a nova tendência sinalizada pelo STF no entendimento da forma como os Tratados de Direitos Humanos são incorporados no direito brasileiro.

Abstract: This article examines the new trend flagged by the STF in the understanding of how the treaties of Human Rights are incorporated in Brazilian law.

Palavras-chave: direitos humanos; direito internacional; direito constitucional; regra “pro homine”

Keywords: human rights, international law, constitutional law, rule “pro homine”

Os Tratados de Direitos Humanos são *formalmente* incorporados no Direito interno brasileiro: (a) como Emenda Constitucional (CF, art. 5º, § 3º) ou (b) como Direito supralegal (voto do Min. Gilmar Mendes no RE 466.343-SP; HC 88.420-PR, Primeira Turma, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 17.04.07; HC 90.172-SP, Segunda Turma, rel. Min. Gilmar Mendes, votação unânime, j. 05.06.07) ou (c) como Direito constitucional (essa é a posição doutrinária fundada no art. 5º, § 2º, da CF e que, em algumas vezes, contou com a concordância do STF: RE 80.004, HC 72.131 e 82.424, rel. Min. Carlos Velloso, mas esse nunca – antes – foi seu pensamento majoritário). A antiga posição (do STF) no sentido de que tais tratados teriam (mera) força de lei ordinária está sendo abandonada (muito corretamente) pela própria Corte Suprema.

O ponto comum entre as três primeiras correntes citadas reside no seguinte: os Tratados de Direitos Humanos contam *formalmente* com *status* supralegal, ou seja, acham-se hierarquicamente acima da legislação ordinária. Essa premissa (do ponto de vista formal) nos parece totalmente acertada. A nova pirâmide normativa

* Doutor em Direito penal pela Faculdade de Direito da Universidade Complutense de Madri, Mestre em Direito penal pela USP, Secretário-Geral do IPAN (Instituto Panamericano de Política Criminal), Consultor e Parecerista, Fundador e Presidente da Rede LFG – Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes (1ª Rede de Ensino Telepresencial do Brasil e da América Latina - Líder Mundial Cursos Preparatórios Telepresenciais – www.lfg.com.br)

(o novo edifício do Direito), destarte, passou a ter três patamares (andares): no de baixo está a legalidade, no topo está a Constituição e no andar do meio encontra-se o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH). No plano formal (repita-se) essa é a *nova pirâmide normativa* que emana da recente doutrina do STF.

A primeira e natural conseqüência do que acaba de ser exposto é a seguinte: a produção da legislação ordinária, doravante, está sujeita não mais a uma senão a duas compatibilidades verticais (*teoria de dupla compatibilidade vertical*): toda produção legislativa ordinária deve ser compatível com a Constituição bem como com os Tratados de Direitos Humanos. A lei que conflita com a Constituição é inconstitucional; se se trata de lei antinômica anterior à Constituição de 1988 fala-se em não-recepção; a lei que conflita com os TDH é inválida (vigente, mas inválida), mesmo que se trate de lei anterior à sua vigência no Direito interno.

É digno de encômios o avanço cristalizado nas últimas decisões do STF. Mas essa evolução, até o momento, tem sido puramente *formal*. Isso não é pouco, diante sobretudo da clássica posição conservadora do STF. Mas ainda não é tudo. Falta um passo mais, que consiste em enfocar todas as normas de direitos humanos no sentido material.

No plano *material*, quando se enfoca o *Direito dos Direitos Humanos*, os três ordenamentos jurídicos citados (CF, TDH e legislação ordinária) caracterizam-se por possuir, entre eles, vasos comunicantes (ou seja: eles se retroalimentam e se complementam). Em outras palavras, no plano material não há que se falar (ou é irrelevante falar) em hierarquia entre as normas de Direitos Humanos: por força do princípio ou regra *pro homine* sempre será aplicável (no caso concreto) a que mais amplia o gozo de um direito ou de uma liberdade ou de uma garantia. Materialmente falando, portanto, não é o *status* ou posição hierárquica da norma que vale, sim, o seu conteúdo (porque sempre irá preponderar a que mais assegura o direito).

A fundamentação para o que acaba de ser exposto é a seguinte: por força do art. 27 da Convenção de Viena (que cuida do Direito dos Tratados internacionais), “nenhum Estado que faz parte de algum tratado pode deixar de cumpri-lo invocando seu Direito interno”. Pouco importa se se trata de uma norma (doméstica) constitucional ou infraconstitucional, impõe-se ao Estado cumprir suas obrigações internacionais, assumidas por meio dos tratados.

Exemplo: no caso da prisão civil relacionada com o depositário infiel, tanto a norma constitucional (art. 5º, inc. LXVII) como toda legislação ordinária nesse sentido não podem ser invocadas pelo Estado para deixar de cumprir o que está previsto no art. 7º, 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (e art. 11 do PIDCP). O que acaba de ser dito foi proclamado, em outras palavras, pelo STF tanto no RE 466.343-SP como no HC 90.172-SP.

Dois outros elementares princípios do Direito internacional (princípio da boa-fé e da interpretação teleológica) informam que os tratados de direitos humanos são assumidos pelos Estados para que eles sejam cumpridos (*pacta sunt servanda*). E mais: de boa fé (art. 26 da Convenção de Viena). Devem se tornar efetivos *dentro da jurisdição interna*, tudo cabendo ser feito para que sejam respeitados e para que cumpram seu objeto e suas finalidades.

Todo Estado quando subscreve um tratado assume uma dupla obrigação¹: *internacional* (para o caso de violação) e *interna* (tudo deve fazer para que os direitos sejam observados, não podendo invocar nenhuma norma doméstica para se escusar do cumprimento das suas responsabilidades internacionais).

A *comunicabilidade* e, por conseguinte, a *complementariedade* entre todas as normas de Direitos Humanos (seja constitucional ou internacional ou infraconstitucional, que *coexistem* por força dos vasos comunicantes) está assegurada pelas chamadas *normas de reenvio* (ou seja: a CF, no art. 5º, § 2º, não exclui outros direitos e garantias previstos nos tratados internacionais; de outro lado, a CADH, no art. 29, salienta que sempre deve preponderar a norma que mais amplia o exercício de um direito ou liberdade ou garantia, ainda que seja de nível ordinário). No mesmo sentido: PIDCP, art. 5º.

As normas de reenvio, como se vê, conduzem a um entrelaçamento simbiótico entre todas as normas de Direitos Humanos. Se *formalmente* pode-se descrever o Direito como uma “pirâmide”, *materialmente* a lógica reinante é outra: todas as normas que dispõem sobre os direitos humanos acham-se lado a lado, uma tem contato direto com a outra, cabendo ao intérprete e aplicador do Direito eleger a que mais amplitude confere ao direito concreto. A rigor, portanto, não é o caso de se falar em revogação de umas por outras (tal como foi sublinhado, por exemplo, no HC 88.420-PR - STF). Não seria propriamente esse fenômeno que teria incidência. Todas as normas sobre direitos humanos são vigentes, mas no momento de se eleger a que vai reger o caso concreto, aí sim ganha singular relevância o princípio *pro homine*, ou seja, vale a norma que mais amplia o direito ou a liberdade ou a garantia (sem mencionar expressamente o princípio citado, foi isso que o STF reconheceu nos HCs 90.172-SP e 88.420-PR). Esse, aliás, parece ser um caminho sem retorno.

Por força do princípio interpretativo *pro homine* cabe enfatizar: quando se tratar de normas que asseguram um direito, vale a que mais amplia esse direito; quando, ao contrário, estamos diante de restrições ao gozo de um direito, vale a norma que faz menos restrições (em outras palavras: a que assegura de maneira mais eficaz e mais ampla o exercício de um direito). Exemplo: entre a norma da

¹ Cf. BIDART CAMPOS, Germán J., *La interpretación del sistema de derechos humanos*, Buenos Aires: Ediar, 1994, p. 79.

CADH que garante o duplo grau de jurisdição no âmbito criminal (art. 8º, 2, “h”) e a que restringe esse direito (CPP, art. 594), vale a de maior amplitude (a CADH), consoante o que ficou proclamado no HC 88.420-PR – Primeira Turma do STF.

As normas de direitos humanos, como se vê, se retroalimentam,² se complementam (não são excludentes, sim, complementares). Vale para elas a hermenêutica da compatibilização ou da otimização dos direitos. O DIDH (Direito internacional dos Direitos Humanos), a partir do momento em que é assumido por um Estado, infiltra-se no direito interno para contribuir para a mais completa otimização dos direitos. Nos termos do art. 29 da CADH, “nenhuma disposição sua pode ser interpretada no sentido de limitar o gozo ou o exercício de qualquer direito ou liberdade previsto no direito interno (...) suas normas não podem limitar outros direitos previstos em outros tratados ou convenções”.

Conclusão: os tratados de direitos humanos, precisamente porque são celebrados não somente para estabelecer um equilíbrio de interesses entre os Estados, senão, sobretudo, para garantir o pleno gozo dos direitos e liberdades do ser humano, devem ser interpretados restritivamente quando limitam os direitos do ser humano e, ao contrário, ampliativamente quando possibilita o seu desfrute ou gozo. Nisso reside o conhecido princípio *pro homine*. Uma norma do direito interno, ainda que seja infraconstitucional, se contempla um determinado direito com maior amplitude que os THD, é ela que vai reger o caso concreto. Sempre deve ser aplicada a norma mais ampliativa, a que mais otimiza o exercício do direito.

Em outras palavras: diante do concurso simultâneo de normas (concorrência de normas ou conflito aparente de normas), sejam elas internacionais, sejam elas internacionais e internas (domésticas), observando-se que estas últimas podem ser constitucionais ou não, deve (sempre) ser eleita e aplicada a norma (internacional ou doméstica) (a) que garante mais amplamente o gozo do direito ou (b) que admita menos restrições ao seu exercício ou (c) que sujeite as restrições a um maior número de condições.³ Muitas vezes é a norma doméstica que prepondera sobre a internacional. Outras, ao contrário.

Tudo o que acaba de ser exposto tem por fundamento, como dissemos, as normas de reenvio citadas (art. 5º, § 2º, da CF; art. 29 da CADH; art. 5º do PIDCP), que estabelecem “vasos comunicantes” entre todas as normas sobre direitos humanos, devendo sempre preponderar a que mais amplia o exercício do direito, por força do princípio *pro homine*.

² Cf. BIDART CAMPOS, Germán J., *La interpretación del sistema de derechos humanos*, Buenos Aires: Ediar, 1994, p. 80.

³ Cf. GARCÍA, Luis M., “El derecho internacional de los derechos humanos”, em *Los derechos humanos em el proceso penal*, Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002, p. 78.

Na esteira do que acaba de ser afirmado, impõe-se ao STF rever sua clássica posição no sentido de que não cabe recurso contra a sentença condenatória proferida em sede de competência originária (STF, RHC 79.785-RJ).

Em processo criminal da competência originária do Tribunal de Justiça, não é possível a interposição de recurso para o STJ objetivando o reexame da matéria de fato. Com base nesse entendimento, o Tribunal, por maioria, negou provimento a recurso em habeas corpus em que se pretendia o seguimento de “recurso inominado” com força de apelação junto ao STJ - em favor de condenada por suposta prática de crime contra o INSS, julgada originariamente pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ante a prerrogativa de um dos co-réus, juiz de direito - com base no princípio da isonomia e no duplo grau de jurisdição, conforme dispõe a Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica (art. 8º, 2: “ Toda pessoa acusada de delito tem ... “ h: “direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.”). O Tribunal considerou que a CF enumera taxativamente os recursos cabíveis para o STF e o STJ e que a Convenção possui natureza de lei ordinária, não estando a CF, portanto, obrigada a observar as disposições nela contidas, além do que o duplo grau de jurisdição não é uma garantia constitucional. Vencido o Min. Marco Aurélio, que entendia ser possível, na espécie, o seguimento do recurso, por aplicação analógica do art. 105, II, a, da CF, o qual atribui ao STJ o julgamento, em recurso ordinário, de habeas corpus decididos em única instância pelos tribunais dos Estados, e, por fundamento diverso, o Min. Carlos Velloso, por entender que a CF consagra como direitos fundamentais aqueles reconhecidos em tratados de que o Brasil seja signatário, por expressa disposição do art. 5º, § 2º da CF (“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”). Precedentes citados: ADInMC 1.480-DF (julgada em 4.9.97, acórdão pendente de publicação; v. Informativo 82) e HC 72.131-RJ (julgado em 22.11.95, acórdão pendente de publicação; v. Informativo 14). RHC 79.785-RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 29.3.2000.

O entendimento do STF destoa completamente do que ficou asseverado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos no informe 50/2000, que invoca em seu apoio uma comunicação do Comitê de Direitos Humanos da ONU de número 69/1979. Não se pode ignorar que a jurisprudência firmada pela Comissão e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (no sentido de que o duplo grau de jurisdição no âmbito criminal é direito impostergável do condenado) serve de guia interpretativo para as decisões internas (cf. arts. 62 e 64 da CADH).⁴

⁴ Cf. GARCÍA, Luis M., “El derecho internacional de los derechos humanos”, em *Los derechos humanos en el proceso penal*, Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002, p. 87.

Diante de tudo quanto ficou exposto, não se pode deixar de esclarecer que o princípio *pro homine* possui um duplo significado: (a) diante de uma norma singular, ele orienta a uma interpretação extensiva dos direitos humanos e limitativa das suas restrições (cf. CIDH, Opinião Consultiva 05/1985; (b) diante de um concurso de normas (conflito aparente de normas), incide a que mais amplia o exercício do direito.⁵ Mesmo que se trate de duas normas internacionais, aplica-se a mais ampla (Opinião Consultiva da CIDH 05/1985). Se um direito está contemplado na CADH e se essa situação jurídica também está prevista em outro tratado, deve sempre preponderar a norma mais favorável à pessoa humana.

Em um Estado constitucional e humanista de Direito, que conta com boa inserção nas relações da comunidade internacional, não pode deixar de ser observada a regra interpretativa *pro homine*, ainda que, formalmente, o DIDH seja reconhecido com *status* apenas supralegal, mas inferior à Constituição. É que é a própria Constituição (e, portanto, a vontade do legislador constituinte) que manda observar “outros” direitos contemplados nos tratados internacionais (CF, art. 5º, § 2º). O que vale, então, não é a posição formal dos tratados, sim, o sentido material das normas sobre direitos humanos.

A Constituição, destarte, não pode ser vista como um conjunto estático de normas. Tampouco esse raciocínio apresenta-se como correto para os tratados de direitos humanos. Ao contrário: todas as normas sobre direitos humanos se complementam (e se retroalimentam). E vale para o caso concreto a que assegura o exercício mais amplo do direito, ainda que seja uma norma do direito ordinário.

Referências

BIDART CAMPOS, Germán J., *La interpretación del sistema de derechos humanos*, Buenos Aires: Ediar, 1994.

GARCÍA, Luis M., “El derecho internacional de los derechos humanos”, em *Los derechos humanos em el proceso penal*, Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002.

⁵ Cf. GARCÍA, Luis M., “El derecho internacional de los derechos humanos”, em *Los derechos humanos em el proceso penal*, Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002, p. 105 e ss.⁶ Doutor em Direito pela PUC/SP. Professor por concurso da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP – Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro - Fundinopi (Campus de Jacarezinho) nos cursos de graduação e mestrado em direito e da FAI de Adamantina. Ex-diretor, professor e coordenador de grupo de pesquisa científica da Faculdade de Direito da Toledo. Procurador do Estado (aposentado). Advogado em Presidente Prudente-SP. E-mail: advgelson@yahoo.com.br - Site: www.gelsonamaro.com.