

Os tratados de Direitos Humanos como fontes do Direito Processual Civil

Vitor Fonsêca*

Sumário: 1 Introdução. 2 Por uma renovada Teoria das Fontes do Direito. 3 A urgente revisão das fontes do Direito Processual Civil. 4 A força normativa dos tratados. 5 Os tratados de Direitos Humanos como fontes do Direito Processual Civil. 6 Conclusões. Referências.

Resumo: O trabalho trata dos efeitos dos tratados de direitos humanos no direito processual civil brasileiro. Inicialmente, analisa-se a visão atual sobre os tratados como fontes de direitos. Depois, demonstra-se como os tratados influenciam o direito interno. Em seguida, apresenta-se como os tratados de direitos humanos são considerados pelo direito processual civil brasileiro. O trabalho conclui pela necessidade de adaptar o novo Código de Processo Civil, a jurisprudência brasileira e os estudos científicos aos tratados de direitos humanos e à sua interpretação pelos tribunais internacionais.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Direito Processual Civil

1 Introdução

Os tratados não são objeto de estudos mais aprofundados pelo Direito Processual Civil. Em geral, os processualistas cuidam especialmente da lei, como fonte do direito processual, em razão da natureza jurídica do Código de Processo Civil. Por isso, os tratados não são alvo de maiores considerações por parte da doutrina.

O presente trabalho parte da seguinte hipótese: se houver um rearranjo das fontes do direito, cujo resultado seja uma nova posição normativa dos tratados, qual seria sua contribuição a ser concedida ao Direito Processual Civil?

* Mestre e Especialista em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Professor de Direito Processual Civil dos cursos de pós-graduação *lato sensu* do UNINORTE. Promotor de Justiça no Amazonas.

Limitou-se a pesquisa a caracterizar a influência dos tratados de direitos humanos no direito interno e, especialmente, no Direito Processual Civil. Justificou-se o corte metodológico em razão do conteúdo dos tratados internacionais de direitos humanos, equiparado por muitos internacionalistas e constitucionalistas aos direitos fundamentais do homem, e em razão da pouco fluxo de informações sobre os referidos tratados na doutrina processual.

A dúvida consiste em aferir qual a postura científica deve ser adotada pelo processualista em face de normas processuais previstas em tratados internacionais. Ao analisar o conteúdo do direito ao juízo natural, por exemplo, deveria o processualista socorrer-se dos instrumentos internacionais de direitos humanos e da jurisprudência da Corte Interamericana e da Corte Européia de Direitos Humanos ou essa metodologia deve limitar-se ao âmbito do Direito Internacional? Trata-se, como se vê, de repensar o método de trabalho da doutrina processual civil, de modo a conformá-la a temas mais contemporâneos.

Como objetivo específico, pretende-se alcançar novas hipóteses científicas do Direito Processual Civil, a partir da influência dos tratados internacionais de direitos humanos, de maneira que novas áreas de pesquisa sejam suscitadas, sempre com o maior escopo de contribuir para o desenvolvimento da racionalidade e da legitimidade do Direito Processual Civil.

Para tanto, o trabalho, inicialmente, apresenta a constatação preliminar sobre a necessidade sempre atual de rever os conceitos da teoria das fontes do direito, principalmente no âmbito do Direito Processual Civil, para, então, tentar sustentar a força normativa dos tratados. Ao final, a partir do influxo dos tratados de direitos humanos, demonstra-se como esses instrumentos internacionais têm sido recebidos pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras em casos que envolvam direitos processuais.

2 Por uma renovada Teoria das Fontes do Direito

A discussão dogmática das fontes do direito talvez nunca existisse se as normas jurídicas tivessem origem única. Se, por hipótese, apenas o texto constitucional fosse autorizado a produzir normas jurídicas, todas as decisões sobre eventuais conflitos de interpretação deveriam ser fundamentadas na letra da constituição, razão pela qual fonte do direito seria apenas o que o constituinte dissesse. Não haveria dúvidas quanto à busca da resposta para os problemas jurídicos.

É evidente, porém, que a hipótese está longe de ser confirmada. Vê-se hoje, ao contrário, uma variedade cada vez maior de fontes do direito. Ou melhor: vê-se hoje a discussão cada vez mais profunda sobre novas fontes do direito e isso não é pouco para a dogmática jurídica. O reconhecimento de novas fontes do direito (e/ou a superação de velhas fontes) convida os juristas a ouvir outros centros de comandos normativos que, até aquele momento, não eram considerados como obrigatórios. Em palavras mais simples: trata-se de confirmar a existência de “alguém mais” para dizer o que é o direito.

O problema do reconhecimento das fontes do direito, desde o início de sua formulação teórica, não mudou tão constantemente de foco metodológico como se poderia pensar.

No início, discutia-se, principalmente, qual era o papel das chamadas “fontes materiais” no contexto jurídico. A polêmica em torno do “espírito do povo” (*Volksgeist*), como fonte do direito, é exemplo da tentativa de se imprimir maior legitimidade aos valores sociais aferidos junto à comunidade, e não junto ao legislador.

Mais tarde, a visão normativista entendeu serem fontes do direito apenas aquelas que tivessem fundamento em normas superiores do mesmo ordenamento jurídico. Daí a crítica contundente à classificação entre fontes materiais

e fontes formais de alguns autores. Se as fontes do direito implicam uma estrutura normativa de poder, que garanta a execução dos comandos normativos, não se poderia entender as fontes materiais como fontes do direito. Na verdade, as fontes materiais seriam objeto de estudos filosóficos ou sociológicos dos motivos éticos ou dos fatos econômicos que condicionam o aparecimento e as transformações das regras de direito. Não apresentariam as fontes materiais, portanto, qualquer caráter de processo de produção de normas jurídicas¹. Essa discussão, longe de parecer encerrada, ainda se submete a embates teóricos atuais, principalmente quando velhos conceitos como a “norma fundamental” (*Grundnorm*) reaparecem com “nova roupagem”².

Mais tarde, ainda com a tese normativista, foi dado maior realce às normas jurídicas individuais como fontes do direito. Talvez se pensasse que apenas as normas jurídicas gerais seriam fontes do direito. Não resta dúvida que a lei, como fonte geral, abstrata e obrigatória para todos, se reveste do caráter de fonte de direito. Todos devem obediência, por exemplo, ao Código Tributário Nacional. A fácil assimilação das normas jurídicas gerais como fontes do direito não pode conduzir, porém, à conclusão que as normas jurídicas individuais não seriam fontes jurídicas. Uma sentença, ao regular uma situação jurídica concreta e individualizada (em regra, sem vincular terceiros, dada a eficácia *inter partes* da sentença), também é fonte do direito, pois “são tanto parte integrante da ordem jurídica, como as normas jurídicas gerais com base nas quais são produzidas”³. Assim sendo, uma sentença que, em benefício do contribuinte, condena o Fisco a repetir o pagamento indevido de tributos também é fonte do direito (tanto quanto o Código Tributário Nacional).

Ainda no século XIX, o centro da preocupação científica em torno das fontes do direito baseou-se, principalmente, em

1 HECK, Luís Afonso As fontes do direito. Revista dos Tribunais; REALE, Miguel. Lições preliminares de direito, p. 139-142.

2 COSTA, Adriano Soares da. Fontes do direito e fato jurídico: resposta a Târek Moysés Moussallem, Revista Tributária.

3 KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, p. 258-259.

identificar os centros irradiadores e hierarquizados do direito. Duas perguntas eram as mais formuladas: 1) quem poderia dizer o que é o direito?; e 2) a quem cabia a “última palavra” em caso de conflito? A construção escalonada do ordenamento jurídico, muitas vezes chamadas de “pirâmide jurídica”, é decorrência tardia dessa preocupação de como identificar, racionalizar, sistematizar e, principalmente, valorar as diversas fontes do direito em sua hierarquia (normas superiores e inferiores)⁴. Essa é a razão pela qual, nos dias de hoje, fala-se que os direitos conferidos pela constituição são caracterizados por uma particular “capacidade de resistência”, ou seja, são normas de hierarquia superior⁵.

Percebe-se, logo, que os estudos das fontes do direito ao longo do tempo refletem mais do que a mera identificação do que seja direito em cada ciclo histórico, pois se baseiam, outrossim, na identificação de quais critérios são aceitos para qualificar como “jurídico” esta ou aquela norma. Quando se estudam as fontes do direito, busca-se, pois, reajustar o quadro normativo, com a inclusão de novos componentes ou a exclusão de velhos, e reposicionar as normas jurídicas em sua hierarquia, com nova caracterização de superioridade e inferioridade.

O resultado dessa dupla função científica das fontes do direito - a identificação do que sejam fontes e de qual a hierarquia entre elas - indica que a teoria das fontes não é produto dogmático pronto e acabado, enquanto variarem os centros irradiadores de normas. Se, no curso da história, os juristas identificam “reposicionamentos” entre as fontes do direito, a teoria deve ser constantemente revista e renovada, de modo a autorizar a seleção normativa legítima para cada momento histórico.

Talvez resida nessa última constatação o maior dos equívocos a respeito das fontes do direito. Se a suposição da imutabilidade dos “centros irradiadores” das fontes fosse

⁴ BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico, p. 48-56.

⁵ GUASTINI, Riccardo. Das fontes às normas, p. 251-268.

correta, então haveria obstáculos previsíveis para o estudo das fontes jurídicas. Identificadas todas as centrais jurídicas, o estudo das fontes do direito tornar-se-ia inútil. Entretanto, a suposta perenidade dos “centros irradiadores” não subsiste diante de olhos mais abertos à realidade normativa.

3 A urgente revisão das fontes do Direito Processual Civil

Estudar as fontes do direito processual civil parece antiquado se não houver, no planejamento, o tracejar de novos objetivos científicos, com fundamento em outra metodologia. Estudar as fontes do direito processual civil com os olhos voltados para o contexto no qual surgiu o Código de Processo Civil de 1973, por exemplo, seria apenas um recurso histórico, talvez muito útil para diversos fins acadêmicos, mas não necessariamente atrelado às necessidades dos juristas contemporâneos. As fontes do direito processual civil - como técnica de racionalização e sistematização - devem ser reorganizadas, a partir das contribuições mais recentes dos estudos em Direito Processual Civil.

Obviamente, a teoria das fontes do direito deve ainda gozar de prestígio entre os processualistas. Afinal, “o Direito Processual só o é enquanto provém de uma das fontes do Direito Processual”⁶. No direito brasileiro, por exemplo, nem as leis municipais (art. 22, I, da Constituição de 1988) nem as medidas provisórias (art. 62, §1º, I, “b”, da Constituição de 1988) produzem normas válidas de direito processual civil. Ambas, portanto, estão fora do quadro das fontes do direito processual civil. Eventual norma processual, aprovada por lei na Câmara Municipal, não é válida e padece do vício chamado de “inconstitucionalidade formal”.

Uma hipótese de fonte de direito processual civil bastante marginalizada pela doutrina, mas de relevância prática

6 CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil, p. 15-23.

induvidosa, é o regimento interno dos tribunais. O recurso de embargos de divergência, por exemplo, não possui procedimento regulado pelo Código de Processo Civil. Pelo contrário, é a própria lei que faz remissão aos regimentos internos: “Observar-se-á, no recurso de embargos, o procedimento estabelecido no regimento interno” (art. 546, parágrafo único, CPC e art. 960, *caput*, Projeto do Novo CPC). Destarte, os regimentos internos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça constituem fontes do direito processual civil da maior importância.

Não basta, porém, como se viu, apenas identificar as fontes. Deve-se enquadrá-las na estrutura escalonada do ordenamento jurídico, com o fito de posicioná-las como norma superior ou inferior.

A jurisprudência, por essa razão, deve ser objeto de imediato redimensionamento no âmbito das fontes do direito processual. Eventual dúvida sobre sua natureza de fonte real (quanto ao seu surgimento e influência) ou de fonte formal (quanto à sua aplicação) merece uma análise mais criteriosa da doutrina⁷, principalmente diante das últimas reformas empreendidas no sistema processual brasileiro, que deram efeitos cada vez mais profundos ao conjunto das reiteradas decisões dos tribunais. A súmula vinculante (art. 103-A, Constituição de 1988) é amostra das mais contundentes de que os processualistas devem encontrar as similaridades e as diferenças entre a jurisprudência brasileira e o sistema inglês do *stare decisis*, com o estabelecimento, inclusive, de fronteiras mais claras de quando o precedente torna-se fonte de direito (força vinculante, jurisprudência dominante etc.) ou não⁸.

Os princípios são outro exemplo de fonte de direito, cuja difusão e consistência normativa entre os processualistas têm história recente. Se antes os princípios eram enxergados

7 CAVALCANTE, Mantovanni Colares. Estudo sistemático do objeto e das fontes do direito processual civil brasileiro, 2006.

8 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da lei e de precedentes: *civil law* e *common Law*, Revista dos Tribunais; José Rogério Cruz e Tucci, Precedente judicial como fonte do direito, p. 18-26.

como simples “direcionamentos de conduta”, hoje a doutrina majoritária os considera como espécie de normas jurídicas, com força normativa suficiente para impor, inclusive, comportamentos não previstos pelo legislador⁹. Paradigma desse novo papel dos princípios é a manifestação mais recente dos tribunais de criar uma espécie de “procedimento contraditório” (com intimação e oitiva da parte adversa), quando os embargos de declaração ostentarem os chamados “efeitos infringentes” ou “modificativos”, a despeito de não haver dispositivo de lei nesse sentido¹⁰.

De todo modo, não é suficiente a mera repetição das antigas fontes do direito processual civil, sem haver a necessária adequação e reorganização dessas fontes, de acordo com os valores consagrados na quadra histórica. Por isso, cabe ao processualista a tarefa minuciosa de esforçar-se para reestruturar as fontes da dogmática jurídico--processual, com a dedução de novos critérios de identificação e de hierarquia dessas mesmas fontes.

4 A força normativa dos tratados

Apesar de serem objeto de poucos estudos pela doutrina processual civil, os tratados hoje aparecem como sugestão de parâmetro normativo para se identificar e classificar as normas processuais civis. Talvez a escassez dos trabalhos científicos seja justificada pela resistência normalmente atribuída à eficácia própria dos tratados. Muitos dos processualistas talvez ainda carreguem o velho preconceito de que tratados são apenas “atos unilaterais” do Chefe do Governo.

De maneira bastante aguda em nossos tempos, a assinatura de diversos tratados, - acompanhada de sua implementação e de sua efetividade nos Estados-signatários -, influenciou o próprio

⁹ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, p. 82-86.

¹⁰ Superior Tribunal de Justiça, 1ª. Turma, AgRg no Ag 1179308/RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 05 ago. 2010, DJe 16 ago. 2010.

modo de como se entender a “soberania” do Estado. Isso ocorreu porque o núcleo decisório foi deslocado do Estado para outro eixo. O Estado se vê numa “situação de subordinação a decisões com base em outros centros irradiadores de normas”¹¹.

Cumprir lembrar que a idéia de soberania fincava-se no princípio da exclusão do estrangeiro. O Estado soberano não podia admitir concorrentes. Diante do Estado não poderia existir mais que relações de sujeições. Em termos genéricos, essa foi a base filosófica da sustentação de vários Estados ocidentais¹², inclusive o Estado Democrático de Direito instituído no Brasil¹³.

A força obrigatória dos tratados parece indicar verdadeiro e novo desafio ao clássico desenvolvimento da noção de soberania estatal. Como explicar a submissão do Estado a tratados internacionais, isto é, como explicar que o Estado se sujeite, inclusive, a mecanismos internacionais de controle das normas previstas nos tratados?

Se, de fato, houve uma mudança na idéia da soberania estatal, não se pode dizê-la necessariamente inédita. O chamado Estado Constitucional fez superar a “homogeneidade” formal e a posição central da lei. A “soberania” do parlamento e da lei foi redimensionada pela ampliação do conceito normativo de Constituição (a lei torna-se vinculada à constituição). Reformularam-se até mesmo os contornos do princípio da legalidade. Esse “ajustamento” da legalidade repercutiu, obviamente, na teoria das fontes do direito, pois o eixo central foi deslocado da lei para a constituição¹⁴.

Entretanto, a mudança do paradigma da legalidade para a constitucionalidade deu-se, ainda, no âmbito interno do Estado. O novo “eixo irradiador” de normas jurídicas tornou-se a Assembléia Constituinte, inerente à estrutura interna do Estado.

11 FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação, p. 239-240.

12 ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil, p. 10-12.

13 SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de direito público, p. 49-54.

14 DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição, p. 15-29.

Os próprios mecanismos de controle de constitucionalidade são internos e participam da organização estatal. A diferença é que, nos tratados internacionais, a mudança do paradigma foi alçada para o âmbito externo. O Estado nacional assina e ratifica os tratados, com obrigações jurídicas assumidas perante a comunidade internacional, e torna-se sujeito a mecanismos de controle não mais internos, mas fora de seu próprio conjunto de organismos estatais. A “nova central” de produção jurídica inclui o Estado, mas nele não se exaure. Daí a dificuldade de alguns em aceitar a jurisdição obrigatória de um corpo judicial permanente como a Corte Internacional de Justiça (“Corte de Haia”)¹⁵.

Diante dos tratados internacionais, o conceito de soberania tradicional teve que se amoldar a duas novas realidades¹⁶: 1) mecanismo de bloqueio de competência - o bloqueio de competência significa dizer que um tratado internacional é usado como mecanismo de bloqueio de discussão e produção normativa interna. Ocorre, portanto, uma espécie de “engessamento” da atividade legislativa interna, abrangendo, inclusive, reformas constitucionais, em razão de compromissos internacionais assumidos pelo Estado. Por exemplo, os chamados “tratados-leis” (ou tratado normativo) em matéria tributária, em interpretação do art. 98 do Código Tributário Nacional, não podem ser “revogados” pela legislação interna¹⁷; 2) mecanismo de transferência de competência - o Estado transfere ou desloca a competência para interpretar e decidir conflitos em face dos tratados a outros organismos internacionais. É exemplo desse mecanismo de transferência o Parecer Consultivo n. 4 da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a liberdade de expressão e informação e o correspondente acórdão do

15 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de direito internacional público, p. 841-848.

16 RAMOS, André de Carvalho A expansão do direito internacional e a constituição brasileira: novos desafios. Crise e desafios da constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras, p. 294-296.

17 ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito tributário na Constituição e no STF: teoria e jurisprudência, p.16-161.

Supremo Tribunal Federal sobre o fim da exigência de diplomas universitários para jornalistas¹⁸.

Por isso, é válido afirmar que os tratados, como fontes do direito, são “regras de *input*”¹⁹. São instrumentos “jurídicos”, e não meramente “políticos”, porque acrescentam elementos ao ordenamento jurídico, uma vez que todo tratado em vigor obriga as partes (daí a identificação como fonte de direito).

Um Estado-parte, aliás, em cumprimento à cláusula *pacta sunt servanda*, não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado (arts. 26 e 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados). Os tratados seriam uma farsa se fosse possível ao Estado-parte contrariá-los em suas normas internas. Bastaria a qualquer Estado signatário do tratado dispor, em sua legislação doméstica, contrariamente ao tratado para descumpri-lo.

Entender o tratado como “norma jurídica”, dentro do ordenamento jurídico, e não como um ato simplesmente “diplomático” ou “político”, conduz a mais facilmente aceitar a submissão das normas internas às obrigações assumidas internacionalmente. Como qualquer outra norma jurídica, o tratado deve ser inserido no contexto do ordenamento jurídico. O fenômeno da assinatura e da ratificação dos tratados internacionais, por isso, parece indicar a existência de novas fontes normativas decorrentes de limites externos e internos ao ordenamento jurídico²⁰.

Quanto aos limites externos, o ordenamento jurídico nunca elimina totalmente a estrutura normativa precedente. Existem limites externos ao ordenamento jurídico, verdadeiras barreiras que não podem ser simplesmente abandonadas. Exemplo disso é o fenômeno da “recepção”. A superveniência de uma nova constituição não implica a revogação automática de toda legislação infraconstitucional a ela antecedente. Segundo a

18 STF, Pleno, RE n. 511.961/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 17 jun.2009, DJe 12 nov. 2009.

19 Tercio Sampaio Ferraz Júnior, op. cit., p. 223-228.

20 BOBBIO, op. cit., p. 37- 48.

doutrina, com o fenômeno da recepção, acontece um “processo de ressignificação” do direito infraconstitucional compatível com a nova constituição, abrindo margem ao surgimento de um novo fundamento de validade, mas mantendo-se o conteúdo das normas²¹.

Além desses limites externos, o ordenamento jurídico também autoriza expressamente limites internos. São hipóteses em que o próprio poder cria “novas centrais” de produção de normas jurídicas. O próprio sistema faz remissão às fontes das quais também se originam outras normas jurídicas. Exemplo clássico é a expedição de regulamentos pelo Presidente da República para a fiel execução das leis (art. 84, IV, Constituição de 1988).

Os tratados podem também ser considerados limites internos. É a Constituição de 1988 que autoriza, no art. 5º., §2º., que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Diz ainda que compete privativamente ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional (art. 84, VIII, Constituição de 1988). O próprio texto constitucional faz, portanto, a remissão aos limites do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro. Logo, a legislação nacional não se basta.

Os tratados assumiram um novo papel paramétrico para as normas jurídicas internas. Já é hábito ouvir o dogma que deve haver compatibilidade entre as normas legais e as normas constitucionais. Deve-se acostumar, também, a falar que os tratados devem ser respeitados pelas normas internas.

Em certos países, os tratados internacionais compõem o próprio repertório do bloco de normas constitucionais a servirem de parâmetro para o controle pela jurisdição constitucional.

21 ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional, p. 16-17; MENDES, Gilmar et al, Curso de Direito Constitucional, p. 203-204.

Na Europa, aliás, cada vez mais se utiliza, como parâmetro de constitucionalidade, não mais da Constituição interna dos países, mas, em matéria de direitos fundamentais, da Convenção Européia de Direitos Humanos e, em geral, de outros tratados²². No direito inglês, as decisões da Corte Européia de Direitos Humanos, a respeito da interpretação da Convenção Européia de Direitos Humanos, têm forte influência sobre a definição do que seja uma “audiência justa”²³.

No Brasil, a doutrina mais preocupada com essa nova realidade dos tratados ensina que toda norma jurídica submete-se a três tipos de controle: o controle de constitucionalidade, o controle de supralegalidade e o controle de convencionalidade²⁴.

O controle de constitucionalidade é bastante conhecido e considerado o mais importante mecanismo para resguardar a ordem e a unidade do sistema jurídico, fundamentado em duas premissas: a) a supremacia da constituição; e a b) rigidez constitucional²⁵. No Brasil, adota-se um sistema misto ou eclético, no qual se combina o método difuso com o método concentrado de controle de constitucionalidade: no primeiro deles, qualquer juiz, em caráter incidental, pode afastar a aplicação de norma reputada contrária à constituição; no segundo, resguarda-se ao Supremo Tribunal Federal o papel central de declarar a inconstitucionalidade, em caráter principal, de atos normativos inconstitucionais. Trata-se do chamado “privilégio do legislador” (o legislador tem seu próprio juiz)²⁶. É exemplo a declaração de inconstitucionalidade, pelo STF, de norma prevista em constituição estadual que prevê a participação do Poder Legislativo estadual na escolha do Procurador-Geral de Justiça, em total desacordo com o art. 128, § 3º, da Constituição de 1988²⁷.

22 SAMPAIO, José Adércio Leite, A constituição reinventada pela jurisdição constitucional, p. 181-191.

23 ANDREWS, Neil O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra, p. 39-45.

24 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis, p. 64-97.

25 BARROSO, Luís Roberto O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência, p. 01-03.

26 ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil: ley, derechos, justicia, p. 56-68.

27 STF, Pleno, ADI n. 3.727/RN, rel. Min. Carlos Ayres Britto, julgado em 12 maio 2010, DJE 10 jun. 2010.

Por outro lado, o controle da supralegalidade ocorre quando os tratados ratificados e em vigor devem prevalecer sobre o comando da lei. O Supremo Tribunal Federal adotou o *status* normativo supralegal dos tratados, o que “torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão”²⁸. O *status* supralegal significa que os tratados ostentam superioridade hierárquica em relação às normas infraconstitucionais. Considerando que a Constituição de 1988 prevê expressamente o controle de constitucionalidade dos tratados (art. 102, III, “b”), as normas internacionais dos tratados deveriam ceder apenas diante das normas constitucionais.

Por fim, o controle de convencionalidade deu novo impulso à força normativa dos tratados. O chamado “controle de convencionalidade” funciona como controle das normas jurídicas a partir de sua compatibilidade em face das normas internacionais assumidas nos tratados internacionais de direitos humanos.

Inicialmente, o controle de convencionalidade foi descrito como um “mecanismo coletivo”, no qual é apurado se determinada conduta do Estado é compatível com as normas internacionais. Esse controle seria realizado por organismos internacionais, responsáveis pela efetividade dos tratados. No Brasil, por exemplo, desde o final de 1998, reconhece-se a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, como intérprete dos direitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos.

Mais tarde, o controle de convencionalidade foi reinterpretado para ser entendido como “controle difuso e concentrado de convencionalidade, por intermédio de meios judiciais de declaração de invalidade de leis incompatíveis com tais tratados, tanto por via de exceção como por meio de ação direta”. Desse modo, deve o Brasil, internamente, fazer o

28 STF, Pleno, RE n. 349.703/RS, rel. Min. Carlos Ayres Britto, julgado em 03 dez.2008, DJE 04 jun.2009.

controle de compatibilidade de suas próprias normas jurídicas a partir das obrigações internacionais assumidas pelo país, de modo a não depender dos mecanismos internacionais coletivos e externos. O controle de convencionalidade poderia ser exercido no controle concentrado de constitucionalidade - no caso de tratados internacionais de direitos humanos aprovados pelo *quorum* qualificado no art. 5º, §3º, da Constituição de 1988, isto é, os tratados “formalmente constitucionais” - ou exercido no controle difuso de constitucionalidade - na hipótese de instrumentos internacionais de direitos humanos incorporados ao ordenamento brasileiro sem o *quorum*, ou seja, os tratados “materialmente constitucionais”²⁹.

O controle de convencionalidade, porém, avança mais do que o controle de supralegalidade. Nem mesmo as normas constitucionais - que são invariavelmente normas internas - escapam do crivo da compatibilidade com os tratados internacionais de direitos humanos. No Caso *Open Door and Dublin Well Woman vs. Irlanda* e no Caso *A Última Tentação de Cristo vs. Chile*, a Corte Européia de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, respectivamente, decidiram que as normas constitucionais devem ser compatíveis com as normas convencionais inseridas nos tratados internacionais de direitos humanos. No Brasil, ao afastar a prisão civil para o depositário infiel, prevista no art. 5º, LXVII, em razão do disposto no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 7º, 7), o STF também aderiu aos precedentes dos tribunais internacionais de direitos humanos, afastando implicitamente a norma constitucional em favor da norma convencional³⁰.

Embora não tenha acolhido expressamente a tese de que os tratados de direitos humanos devam prevalecer sobre normas constitucionais que contrariem aqueles instrumentos

29 MAZZUOLI, op.cit., p. 64-97; PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional, p. 59-81.

30 STF, Pleno, RE n. 349.703-RS, rel. Min. Carlos Ayres Britto, julgado em 03 dez. 2008, DJE 04 jun. 2009.

internacionais, a posição do Supremo Tribunal Federal privilegia o dever do Estado de adotar disposições de direito interno compatíveis com as normas convencionais, presente em algumas cláusulas de tratados de direitos humanos (art. 2º., Convenção Americana de Direitos Humanos, por exemplo). A adoção de tal cláusula implica o dever jurídico de “adequar” o direito interno às disposições convencionais, principalmente por aqueles países cuja legislação doméstica não esteja totalmente compatibilizada com o tratado internacional. Assim sendo, cabe ao Estado-parte legislar ou revogar leis, a fim de promover o necessário ajustamento de seu ordenamento aos compromissos assumidos perante a comunidade internacional³¹.

5 Os tratados de Direitos Humanos como fontes do Direito Processual Civil

Todo tratado internacional deve ser objeto de compatibilidade com as normas do direito interno. Seja a partir do controle de suprallegalidade (tratados ditos comuns) ou a partir do controle de convencionalidade (tratados de direitos humanos), as normas domésticas devem submeter-se às obrigações internacionais assumidas pelo país. Os resultados dessa constatação devem repercutir, obviamente, no Direito Processual Civil.

Há inúmeros exemplos de direitos processuais garantidos em tratados internacionais de direitos humanos, assinados e ratificados pelo Brasil, que devem ter sua vigência exigida no país. Deve ser garantida à criança, por exemplo, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado (art. 12.2, Convenção da ONU Sobre os Direitos da Criança). O direito a ser ouvido pelo órgão judicial competente,

31 GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica, p. 30-35.

em prazo razoável, também não pode se restringir ao âmbito penal e deve ser estendido ao processo civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza (art. 8.1, Convenção Americana sobre Direitos Humanos).

A doutrina brasileira tenta aos poucos inserir os tratados como fontes do direito processual civil. A menção às garantias judiciais constantes do Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos) é mais recorrente entre os processualistas³², principalmente quando se trata do duplo grau de jurisdição³³, ao passo que a discussão em torno de eventual conflito entre o art. 90 do CPC e o Código Bustamante (Convenção de Havana), a respeito da litispendência internacional, ocupa relativo espaço³⁴. Mais amplamente, ainda se debate se os tratados situam-se ou não no mesmo plano das leis em geral³⁵. De maneira mais contida, porém, alguns estudos processuais debruçam-se sobre precedentes de tribunais internacionais, como o Caso Zimmermann e Steiner vs. Suíça³⁶ e o Caso Capuano vs. Itália³⁷ da Corte Europeia de Direitos Humanos.

Com fundamento na Convenção Americana de Direitos Humanos, o Supremo Tribunal Federal, por sua vez, já decidiu por excessos de prazo injustificáveis do processo judicial³⁸. Também com fulcro no chamado Pacto de San José, o STF julgou pela ilegitimidade da medida coercitiva da prisão civil do depositário infiel, ainda que se cuide de depositário judicial³⁹. Contrariando o art. 8.2.h da mencionada Convenção, todavia, o mesmo Supremo Tribunal Federal atribuiu caráter apenas relativo ao duplo grau de jurisdição⁴⁰.

32 DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, p. 73.

33 NERY JUNIOR, Nelson Princípios do processo civil na constituição federal, p. 178-179.

34 GRECO FILHO, Vicente. Direito processual civil, p. 183-191; CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil, p. 19-20.

35 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al, Teoria geral do processo, p. 79; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Teoria geral do processo civil contemporâneo, p. 22.

36 CARVALHO, Fabiano. EC n. 45: reafirmação da garantia da razoável duração do processo. Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004, p. 218-221.

37 TUCCI, José Rogério Cruz e. Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal), p. 69-75.

38 STF, 2ª. Turma, HC n. 91.662, rel. Min. Celso de Mello, julgado em 04 mar. 2008, DJe 03 abr. 2008.

39 STF, 2ª. Turma, HC n. 96.772, rel. Min. Celso de Mello, julgado em 09 jun. 2009, DJe 20 ago. 2009.

40 STF, 2ª. Turma, AgRgAl n. 601.832, rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 17 mar. 2009, DJe 02 abr. 2009.

Em todos esses exemplos, os juízes devem aplicar as normas internacionais, independentemente de regulação interna pelo Código de Processo Civil ou pela legislação extravagante, pois os tratados, nesse ponto, têm aplicabilidade imediata. Mais que isso, a fórmula *iura novit curia* (“o juiz conhece a lei”), pela qual o juiz deve dar ao fato narrado pelo autor o enquadramento legal adequado⁴¹, aplica-se integralmente aos tratados⁴². O juiz não precisa ser “lembrado” de que tal tratado exista e de que deva ser aplicado. É seu dever *ex officio* conhecer o conteúdo dos tratados ratificados pelo país e fazê-los incidir ao caso concreto, independentemente de provocação da parte interessada.

Por fim, cumpre ressaltar a importância de se observar as normas dos tratados internacionais, especialmente os de direitos humanos, no âmbito do processo. “Para o Direito Internacional, o ato judicial é um fato a ser analisado como outro qualquer”. O Estado responde internacionalmente pelos atos de quaisquer de seus poderes (Poder Executivo, Poder Legislativo ou Poder Judiciário) ou por quaisquer de seus órgãos. Como manifestação do poder estatal, a função jurisdicional pode cometer excessos ou omissões, abusos ou violações que contrariem normas internacionais de direitos humanos. O Poder Judiciário, em sua atuação no processo, não está imune à obrigatoriedade da obediência às normas convencionais⁴³.

Nasce daí, portanto, uma das maiores preocupação dos processualistas em relação aos tratados internacionais. Em quais hipóteses a ameaça ou a lesão a direitos processuais do cidadão pode configurar violação às normas convencionais? De que forma o Estado-juiz deve preservar a força vinculante dos tratados internacionais no âmbito do processo? Quais são os casos em que o Estado pode ser responsabilizado por sua atuação na função jurisdicional?

41 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Omissão judicial e embargos de declaração, p. 144-165

42 STJ, 3ª. Seção, IDC n. 1, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 08 jun. 2005, DJ 10 out. 2005, p. 217.

43 RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade internacional do estado por violação de direitos humanos, Revista CEJ, p. 56-58.

A jurisprudência dos tribunais internacionais de direitos humanos fornece muitos exemplos de decisões nas quais os Estados-partes foram condenados por não respeitarem garantias processuais de seus cidadãos: a) a Nicarágua foi condenada a pagar vinte mil dólares em razão de demora não razoável de processo judicial⁴⁴; b) o Brasil já foi condenado a pagar indenização por danos morais, por não ter colocado à disposição de seu cidadão recursos judiciais efetivos e idôneos para combater eventual lesão de direitos⁴⁵; c) a Turquia foi condenada por violação a direitos humanos, porque não forneceu meios para que o réu exercesse amplamente sua defesa por advogado⁴⁶; d) o Reino Unido foi condenado por não ter assegurado a seu cidadão um órgão judicial com independência - garantia judicial a ser demonstrada pela forma de indicação dos membros do Poder Judiciário, pela existência de garantias dos juízes contra pressões externas e pela imparcialidade dos juízes em relação às partes⁴⁷.

6 Conclusões

Diante do exposto, os processualistas não podem desviar-se do estudo das obrigações assumidas pelos Estados perante a comunidade internacional. Os tratados são fontes de direito para o processo, e não atos meramente políticos ou diplomáticos. Cabe ao estudioso do Direito Processual Civil inserir os tratados em suas hipóteses de investigação, de modo a garantir a efetividade do controle supralegal e convencional das normas jurídicas internas.

A partir do presente estudo, sugere-se a investigação da compatibilidade atual do Projeto do Novo Código de Processo

⁴⁴ Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Genie Lacayo vs. Nicarágua, Sentença de 29 de janeiro de 1997.

⁴⁵ Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Escher e outros vs. Brasil, Sentença de 06 de julho de 2009.

⁴⁶ Corte Europeia de Direitos Humanos, Caso Ocalan vs. Turquia, Sentença de 12 de maio de 2005.

⁴⁷ Corte Europeia de Direitos Humanos, Caso Grieves vs. Reino Unido, Sentença de 16 de dezembro de 2003.

Civil, que está em tramitação no Congresso Nacional, com as normas internacionais assumidas pelo país, especialmente os tratados internacionais de direitos humanos. Cumpre lembrar que o Projeto, em seu art. 12, determina que “A jurisdição civil será regida unicamente pelas normas processuais brasileiras, ressalvadas as disposições específicas previstas em tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário”.

Indica-se também, como hipótese científica, a comparação entre as normas processuais internas brasileiras com as normas internacionais, de modo a se encontrar pontos de expansão daquelas primeiras. São hipóteses em que a legislação interna confere maior proteção aos direitos do que os compromissos internacionais. Em palavras mais simples: trata-se de buscar direitos nacionais mais “favoráveis” ao homem do que os direitos internacionais previstos nos tratados. Exemplo disso é o direito ao defensor. Se, por um lado, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos outorga a toda pessoa, dentro do processo, o “direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado” (art. 8.2.e, Convenção Americana sobre Direitos Humanos), a Constituição do Brasil de 1988, por outro lado, afirma ser a Defensoria Pública “instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados” (art. 134, *caput*, Constituição de 1988). Assim sendo, o direito ao “defensor”, previsto na norma constitucional brasileira, é, em tese, mais amplo do que o disposto na norma convencional, pois tutela o cidadão dentro ou fora do processo, inclusive no âmbito administrativo e ainda lhe outorga, na legislação infraconstitucional, o direito a simples orientação jurídica, sem necessidade do “litígio judicial” (Lei Complementar Federal n. 80/1990).

Nesse último caso, eventual “conflito” poderia ser facilmente resolvido pelo chamado critério internacional *pro*

homine, ou seja, deve prevalecer a norma que melhor proteja os direitos fundamentais do homem. A norma *pro homine*, aliás, outorga maior prevalência à norma que reconheça mais amplamente os direitos humanos, independentemente da fonte de ordem da obrigação que se trate.

Os precedentes dos tribunais internacionais, especialmente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, devem ocupar, por isso, maior espaço no campo doutrinário no país, de modo que o conteúdo de direitos processuais fundamentais, como o direito à ampla defesa, seja formatado a partir da experiência das condenações internacionais do Brasil e de outros países. Cogita-se que outros direitos processuais, geralmente marginalizados pela doutrina brasileira, poderiam emergir da análise dos tratados e da jurisprudência internacionais, como é o caso do direito ao intérprete.

Outro ponto que merece maior atenção científica é a análise da compatibilidade entre as garantias processuais previstas na Constituição de 1988 e as garantias processuais contidas na Convenção Americana de Direitos Humanos. Por exemplo, a visão hermenêutica mais ou menos generalizada de que o duplo grau de jurisdição não teria caráter absoluto, em razão do sistema constitucional de recursos e de organização judiciária, resistiria ao controle da convencionalidade do art. 8.2.h da Convenção Americana de Direitos Humanos? Ações cíveis de competência originária dos tribunais seriam compatíveis com as obrigações internacionais assumidas pelo Brasil?

Outra linha de pesquisa direciona-se aos mecanismos processuais do “controle de convencionalidade”. Seria possível discutir, por exemplo, o cabimento de recurso extraordinário contra decisão que tenha contrariado tratado internacional de direitos humanos, a despeito da previsão do art. 105, III, “a”, da Constituição de 1988 (que prevê a hipótese de recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça quando a decisão recorrida contrariar tratado ou negar sua vigência).

Por fim, uma análise criteriosa da jurisprudência dos tribunais superiores, especialmente do Supremo Tribunal Federal, poderá revelar se os acórdãos dos tribunais pátrios encontram-se em conformidade com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, especialmente em relação à interpretação das garantias judiciais previstas no art. 8º. da Convenção Americana de Direitos Humanos e em relação a outros direitos humanos previstos nos demais instrumentos internacionais ratificados pelo Brasil.

Human rights treaties as sources of Brazilian civil procedure law

Abstract: The paper addresses the effects of human rights treaties on Brazilian civil procedure law. First, it analyzes the current overview of the treaties as law sources. Then, it demonstrates how treaties influence the domestic law. Further on, it shows how the human rights treaties are considered in Brazilian civil procedure law. The paper concludes it is necessary to adapt the new civil procedure code, the Brazilian court decisions and the scientific studies to the human rights treaties and to its interpretation by international courts.

Keywords: Human Rights. Civil Procedure Law

Referências

- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito tributário na Constituição e no STF: teoria e jurisprudência*. 12.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.
- ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10.ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 15.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. v.1.
- CARVALHO, Fabiano. EC n. 45: reafirmação da garantia da razoável duração do processo. *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004*. Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- CAVALCANTE, Mantovanni Colares. Estudo sistemático do objeto e das fontes do direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 31, v. 131, jan. 2006.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo *et al.* *Teoria geral do processo*. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- COSTA, Adriano Soares da. Fontes do direito e fato jurídico: resposta a Tárek Moysés Moussallem. *Revista Tributária*, São Paulo: Revista Tributária, v. 50, 2003.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- HECK, Luís Afonso. As fontes do direito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 677, 1992.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

- MENDES, Gilmar et al. *Curso de direito constitucional*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- RAMOS, André de Carvalho. A expansão do direito internacional e a constituição brasileira: novos desafios. *Crise e desafios da constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Coordenação de José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- _____. Responsabilidade internacional do estado por violação de direitos humanos. *Revista CEJ*, Brasília: Conselho da Justiça Federal; Centro de Estudos Judiciários, n. 29, 2005.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- _____. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da lei e de precedentes: *civil law e common law*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 893, mar. 2010.
- _____. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 8.ed. Madri: Trotta, 2008.