ISSN: 2594-6153

A incompatibilidade da lei com tratados de direitos humanos sob a ótica da Crítica Hermenêutica do Direito

Gabriel Ribeiro Perlingeiro Mendes

Universidade Santa Cecília (UNISANTA), Santos-SP, Brasil

E-mail: grperlingeiro@gmail.com

Resumo: O autor sustenta que a incompatibilidade da lei com tratados de direitos humanos seria mais uma hipótese na qual o afastamento do dispositivo legal seria legítimo do ponto de vista da Crítica Hermenêutica do Direito. Para tanto, apresenta os critérios utilizados pela teoria de Lenio Streck para que o juiz possa deixar de aplicar a lei e demonstra que a legalidade constitucional impõe o exercício do controle interno de convencionalidade em favor dos tratados de direitos humanos.

Palavras-chave: Teoria do direito; Crítica Hermenêutica do Direito; controle de convencionalidade; legalidade.

The incompatibility of the law with human rights treaties under the view of the Hermeneutic Criticism of Law

Abstract: The author defends that the incompatibility of the law with human rights treaties is another hypothesis in which its removal would be legitimate from the point of view of the Hermeneutic Critism of Law. To do so, present the criteria used by Lenio Streck's theory so that the judge cannot apply the law and demonstrate that constitutional legality imposes the exercise of internal control of conventionality in favor of human rights treaties.

Keywords: Theory of law; Hermeneutic Critism of Law; conventionality control; legality.

Introdução

Em 2006, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte I.D.H.) reconheceu, pela primeira vez, no caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* [1], o dever dos Estados Partes de realizarem controle de convencionalidade, impondo-lhes, assim, a obrigação de afastarem normas de direito interno quando colidentes com a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH).

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, subsidiou tal orientação no julgamento do RE nº 466.343-1/SP [2], oportunidade na qual entendeu que eventual incompatibilidade entre dispositivo infraconstitucional e tratados internacionais de direitos humanos deve redundar em controle interno de convencionalidade, tal como idealizado pela Corte I.D.H..

Nesse contexto, desde então, questiona-se se a incompatibilidade da lei com convenções dessa ordem seria mais uma hipótese na qual a Crítica Hermenêutica do Direito, idealizada por Lenio Streck, autorizaria o seu afastamento no caso concreto. Vale dizer, o

ISSN: 2594-6153

controle interno de convencionalidade em favor de tratados de direitos humanos, em especial da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), merece o respaldo dessa teoria da decisão?

Objetivos

O presente estudo tem como objetivo demonstrar que a incompatibilidade da lei com tratados de direitos humanos seria mais uma hipótese na qual o afastamento do dispositivo legal seria legítimo do ponto de vista da Crítica Hermenêutica do Direito.

Material e Métodos

Para alcançar o seu propósito, o autor se vale do método reflexivo crítico, buscando novas aplicações para uma teoria já estabelecida. Utiliza a doutrina de Lenio Streck e documentos jurídicos como substrato para sua pesquisa.

Resultados e Discussão

Conceito caro à Crítica Hermenêutica do Direito é aquele de "autonomia do Direito". Explica-se.

Como afirmam Lenio Streck e Gilberto Morbach, a sociedade é formada por cidadãos com diferentes concepções de justiça e está repleta de desacordos morais, despidos de qualquer racionalidade ou objetividade. A coexistência desses grupos inseridos em múltiplas doutrinas filosóficas, religiosas e morais é assegurada pela existência de "uma instância que os regula" [3] e seja "capaz de promover, senão o acordo, ao menos uma resposta que solucione o conflito" [3].

Em um Estado Democrático de Direito, essa função é assumida pelo Direito, enquanto moralidade institucionalizada. Nesse passo, a Constituição confere autonomia ao Direito a fim de que ele não seja distorcido pela economia, política e moral e, assim, consiga cumprir o seu papel institucional de resolução de embates morais. Logo, a autonomia revela-se como sua verdadeira "condição de possibilidade" [4].

A separação do Direito e, em consequência, a garantia da democracia, pressupõe a determinabilidade e a objetividade dos seus sentidos, com a redução da discricionariedade judicial. Isso porque, do contrário, "a autonomia será substituída – e esse perigo ronda a democracia a todo tempo – exatamente por aquilo que a gerou: o pragmatismo político nos seus mais diversos aspectos, que vem colocando historicamente o direito em permanente

‘estado de exceção’, o que, ao fim e ao cabo, representa o próprio declínio do ‘império do direito.” [4]

Dessa forma, se o Direito tem como função justamente dirimir conflitos morais subjetivos e, por natureza, indeterminados, ele não pode ser concebido sob uma noção igualmente emotivista [3], devendo, em contrapartida, estar assentado na “objetividade da tradição do próprio Direito” [3].

Cabe, por sua vez, à doutrina estabelecer os critérios hermenêuticos da busca do sentido intersubjetivo do Direito, a partir do “revolvimento do jogo linguístico sobre o qual está assentada a tradição, para reconstrução da história institucional do fenômeno” [5]. Cuida-se de compromisso com a concepção dworkiana de Direito como integridade [6].

É nesse contexto que Lenio Streck propõe uma teoria da decisão focada na Constituição enquanto instância última da autonomia do direito, para restringir voluntarismos/ativismo por parte de juízes e, com isso, lhe atribuir significado objetivo. Seu intento passa a ser o de encontrar a resposta constitucionalmente adequada para cada caso concreto.

Essa busca leva o autor a limitar as hipóteses nas quais o Poder Judiciário poderia deixar de aplicar uma lei ou dispositivo de lei na situação concreta. Isso porque cumprir a norma editada por parlamento democraticamente eleito é dever constitucional, inerente ao Estado Democrático de Direito [4]. Não se trata de uma postura positivista, mas sim do respeito à legalidade constitucional. Streck esclarece que “obedecer ‘à risca o texto da lei’ democraticamente construído (já superada a questão da distinção entre direito e moral) não tem nada a ver com a ‘exegese’ à moda antiga (positivismo primitivo). No primeiro caso, a moral ficava de fora; agora, no Estado Democrático de Direito, ela é co-originária. Portanto, estamos falando, hoje, de uma legalidade, uma legalidade constituída a partir dos princípios que são o marco da história institucional do direito; uma legalidade, enfim, que se forma no horizonte daquilo que foi, prospectivamente, estabelecido pelo texto constitucional” [4].

Assim, a Crítica Hermenêutica do Direito fixa critérios para que o juiz possa afastar a lei, sem violar “o grau de autonomia alcançado pelo direito e o respeito à produção democrática das normas” [4]. Elenca seis hipóteses nas quais a medida se revelaria possível: (i) inconstitucionalidade da lei, sendo objeto de controle concentrado ou difuso de constitucionalidade; (ii) submissão da lei aos critérios de resolução de antinomias; (iii) adição de sentido à lei, por intermédio da interpretação conforme a Constituição; (iv) exclusão de sentido da lei, pela via da nulidade parcial sem redução de texto; (v) exclusão de uma palavra do dispositivo legal, mediante a declaração de inconstitucionalidade com redução de texto; (vi) afastamento da regra em prol de um princípio.

Como visto, a Crítica Hermenêutica do Direito não inclui a incompatibilidade da lei com tratados de direitos humanos entre as hipóteses em que o afastamento do dispositivo legal estaria autorizado ao magistrado. Isso ocorre apesar da internalização normativa no Brasil dos tratados internacionais de direitos humanos, do reconhecimento pelas instâncias contenciosas internacionais e superiores nacionais de um dever de controle interno de convencionalidade e, sobretudo, da abertura da Constituição a esses direitos, seja pela cláusula do art. 5º, § 2º, seja pelo compromisso com os direitos humanos (CF, art. 4º, II) e com a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III).

Assim, faz-se necessária a ampliação desse elenco a fim de que seja reconhecida a legitimidade do descumprimento da lei incompatível com os tratados de direitos humanos, em especial com a CADH. Afinal, a aplicação de uma lei não convencional não pode ser tida como uma resposta constitucionalmente adequada.

Nota-se que, atendendo ao compromisso com os direitos humanos e com a dignidade da pessoa humana, ambos previstos expressamente pela Constituição, o Brasil, manifestando sua soberania, se submeteu voluntariamente à CADH, na forma do art. 49, I, e art. 84, VIII, da CF. Esse diploma, por sua feita, por força da cláusula de abertura constante do art. 5º, § 2º, da CF, ingressou com *status* supralegal no ordenamento jurídico interno, tal como reconhece a jurisprudência nacional. Nesse passo, o afastamento da lei incompatível com a CADH, isto é, o controle interno de convencionalidade, passa a ser um dever constitucional dos juízes, seja em razão das obrigações internacionais legitimamente assumidas pelo país seja em razão da importância que a própria Constituição Federal confere aos direitos humanos.

Conclusão

Disso conclui-se que a legalidade constitucional, nos moldes propostos pelo próprio Lenio Streck, impõe o exercício do controle interno de convencionalidade em favor de tratados de direitos humanos, revelando-se esta como a sétima hipótese de afastamento da lei no caso concreto, segundo o elenco oferecido pela Crítica Hermenêutica do Direito.

Referências

1. OEA. Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Sentença de 26 de setembro de 2006, Serie C, nº 154. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf. Acesso em 30/09/2020.
2. Brasil. Supremo Tribunal Federal, RE 466.343-1/SP, Tribunal Pleno, Relator Ministro Cezar Peluso, j. 03/12/2008, DJE 104 de 05/06/2009. Disponível em

http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444. Acesso em 30/09/2020.
3. Streck L, Morbach, G. (Autonomia do) Direito e desacordos morais. Revista Brasileira de Estudos Políticos – Belo Horizonte – nº 119 – p. 253-289 / jul./dez., 2019.
4. Streck L. Aplicar a "letra da lei" é uma atitude positivista? Revista NEJ – Eletrônica, Vol. 15 – nº 1 – p. 158-173 / jan. - abr., 2010.
5. Streck L. Hermenêutica, jurisdição e decisão: diálogos com Lenio Streck. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020. p. 167.
6. Trindade Karam A, Oliveira R. Crítica Hermenêutica do Direito: do quadro referencial teórico à articulação de uma posição filosófica sobre o Direito. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). 9(3):311-326, setembro-dezembro, 2017.