

A Convenção do Direito da Criança no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Guilherme Sandoval Góes¹

Rosângela Martins Alcantara Zagaglia Paiva²

Resumo

O presente artigo tem a pretensão de examinar a conexão epistemológica entre a Convenção do Direito da Criança e o ordenamento jurídico brasileiro, com o intuito de aperfeiçoar o sistema protetivo brasileiro relativo aos direitos fundamentais da criança e do adolescente. Isto significa dizer que a busca pela proteção da criança e do adolescente deve ser feita a partir da harmonização entre a jurisdição interna e a jurisdição internacional, como meio capaz de projetar o sistema jurídico brasileiro na direção da proteção metaconstitucional dos direitos humanos. E, estabelecer os efeitos da Emenda Constitucional 45/2004, face a incorporação de tratados e convenções internacionais, com a inclusão do parágrafo 3º ao art. 5º da CRFB, refletindo sobre os Direitos Humanos e analisar o debate da redução da maioria penal à luz da Constituição Federal.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo; cláusula de abertura da constituição; proteção internacional da criança.

¹ Pesquisador do Programa Produtividade da UNESA. Pós-Doutorando em Geopolítica, Cultura e Direito pela UNIFA. Doutor e Mestre em Direito pela UERJ. Professor Emérito da ECEME. Membro do PPGCA da UNIFA e PPGSID da ESG. Professor de Direito Constitucional da EMERJ, UNESA e UCAM. Diplomado pelo Naval War College dos Estados Unidos da América (Newport, Rhode Island). Chefe da Divisão de Geopolítica e Relações Internacionais da ESG. Agradeço o apoio do Programa Pesquisa Produtividade da UNESA. E-mail: guilherme.sandoval@terra.com.br

² Defensora Pública de 2º Grau de Jurisdição do Estado do Rio e Janeiro; Doutora pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UERJ na área Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade, linha de pesquisa Direito Civil; Doutora pelo Programa de Pós-Graduação da Universidad del Museo Social Argentino; Professora Adjunta da Graduação e da Pós-Graduação em Direito Especial da Criança e do Adolescente da Faculdade de Direito da UERJ; e ex-Professora da Graduação/EAD da UNESA, em Direito da Criança e do Adolescente, por 17 anos e experiência de mais de 10 anos em EAD. E-mail: zagaglia_uerj@yahoo.com.br

Abstract

This article intends to examine the epistemological connection between the Convention on the Rights of the Child and the Brazilian legal system, in order to improve the Brazilian protective system concerning the fundamental rights of children and adolescents. This means that the pursuit of the protection of children and adolescents should be based on the harmonization between domestic and international jurisdiction, as a means to project the Brazilian legal system towards metaconstitutional protection of human rights. And, establish the effects of Constitutional Amendment 45/2004, in view of the incorporation of international treaties and conventions, with the inclusion of paragraph 3 to art. 5 of the CRFB, reflecting on Human Rights and analyzing the debate on the reduction of criminal age in the light of the Federal Constitution reflecting on Human Rights and analyzing the debate on the reduction of criminal age in the light of the Federal Constitution.

Keywords: Neoconstitutionalism; opening clause of the constitution; international child protection; human rights; debate on the reduction of criminal age in the light of the federal constitution.

Introdução

Em tempos de reconstrução neoconstitucionalista do direito, um dos grandes desafios do Estado Democrático de Direito é deslocar para a centralidade do regime jurídico de proteção dos direitos humanos o diálogo epistemológico entre a jurisdição interna e a jurisdição internacional.

Com efeito, a evolução do regime jurídico de proteção dos direitos humanos perpassa necessariamente pela conexão entre essas duas ordens jurídicas: a dimensão interna (máxime com a ideia de supremacia da Constituição) e a dimensão metaconstitucional (máxime com a consolidação dos tratados internacionais sobre direitos humanos).

Com tal tipo de intelecção em mente, é possível buscar o aperfeiçoamento da proteção jurídica de direitos humanos, que deve se mover na direção de um marco legal mais sofisticado e que seja coerente - a um só tempo - com a normatividade internacional e o sentimento constitucional de justiça. É nesse sentido que o estudioso dos direitos humanos, independentemente de ser constitucionalista ou

internacionalista, deve ser capaz de captar a conexão epistemológica existente entre a proteção constitucional de direitos fundamentais do Estado Democrático brasileiro e a proteção dos regimes jurídicos de tutela metaconstitucional de direitos humanos.

Em consequência, há que se harmonizar a proteção da lei brasileira, focada na proteção integral prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), com os tratados internacionais de direitos humanos, notadamente o Pacto de São José da Costa Rica, cujo *status* normativo é de supralegalidade. Isto significa dizer que a efetividade ou eficácia social dos direitos da criança e do adolescente deve ser aferida a partir da proteção que cada um desses diferentes paradigmas protetivos proporcionam, quais sejam a Convenção do Direito da Criança e a Constituição de 1988.

Ora, é preciso compreender que tanto a proteção constitucional assegurada pelo Estado de Direito quanto a proteção global prevista na Convenção Internacional dos direitos da infância, tratado mais ratificado na história, constituem o regime jurídico de tutela da criança e do adolescente no Brasil. Colima-se, portanto, nesse trabalho acadêmico, analisar a internalização dos tratados sobre direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio, notadamente após a Emenda Constitucional n. 45 de 2004, que introduziu o parágrafo terceiro ao artigo quinto da Constituição de 1988.

A ideia aqui é ir para além dessa proteção constitucional dos direitos fundamentais (neoconstitucionalismo), navegando em direção à proteção transnacional dos direitos humanos (metaconstitucionalismo) a partir de exegese progressista da assim chamada cláusula de abertura da Constituição, insculpida no artigo quinto, parágrafo segundo, da nossa Carta Ápice. De tudo se vê, por conseguinte, a relevância científica da presente investigação acerca da dimensão metaconstitucional de direitos humanos, mormente em países de modernidade tardia, como é o caso do Brasil, onde, infelizmente, existem muitas pessoas vivendo sob condições excepcionalmente difíceis e que necessitam de proteção especial, como é o caso das crianças e adolescentes.

Eis aqui a razão pela qual o presente artigo pretende caminhar para além da proteção constitucional dos direitos fundamentais para alcançar o patamar mais elevado da proteção metaconstitucional, cuja dinâmica empresta força normativa para os tratados internacionais sobre direitos humanos. Dessarte, será possível criar as bases epistemológicas de um novo paradigma, agora, dito, Estado Metaconstitucional de Direito, que se colocará lado a lado com o Estado Neoconstitucional de Direito. A questão controvertida que se impõe no debate é, de um lado, o conflito entre a eficácia formal de um tratado internacional em matéria de direitos humanos, o qual pela redação da EC 45, Parágrafo 3º, esta submete os direitos humanos fundamentais a uma mera faculdade do Estado de submeter o seu conteúdo inafastável e de aplicabilidade imediata a um *quorum* de aprovação; por outro lado, a supressão da fundamentação material que é hoje essencialmente fornecida pelo catálogo de direitos fundamentais (direitos, liberdades e garantias e direitos econômicos, sociais e culturais).

É esta eficácia material do conteúdo da experiência jurídica contida nos tratados de direitos humanos que, por força ética, são vinculantes. A legitimação material da constituição vai também exigir um parâmetro material que é medido exatamente pela dimensão substancial da própria democracia. O Brasil está vinculado ao chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos e devemos compreender que a dimensão deste compromisso é a de expandir valores de dignidade humana. O país adquiriu obrigações, entre elas, a estruturação de seu sistema de normas internas voltadas a implementar o objeto da regulação internacional em seus objetivos constitucionais.

Por isso, quando analisamos a Emenda Constitucional 45, devemos também analisar seu objetivo intrínseco: atribuir aos tratados e convenções que versam sobre direitos humanos uma hierarquia de norma constitucional. Este objetivo só pode ser cumprido na medida em que amplia direitos e, ao mesmo tempo, propicia e estimula uma abertura constitucional à normatividade internacional. Este é o sentido da ampliação constitucional que incorpora preceitos garantidores de direitos fundamentais.

Assim, a priorização do aspecto formal de submissão ao *quorum*, ou seja, a eficácia do conteúdo da norma internacional de direitos humanos, uma vez condicionada a uma faculdade da autoridade legislativa, em detrimento do caráter crítico em relação ao próprio objeto da matéria, parece subverter não somente os direitos, mas também o próprio método democrático. É por isso que uma hermenêutica constitucional adequada ao Estado Democrático de Direito não pode ser aquela que enfraquece o sistema efetivo da proteção internacional dos direitos humanos, cabendo ao intérprete disciplinar não apenas formas de produção jurídica como também os significados normativos produzidos. Desta maneira, o constitucionalismo levado a sério visa buscar tanto na ciência jurídica como na jurisprudência uma função de promoção da completude do direito em relação aos direitos humanos e fundamentais (FERRAJOLI, 2006).

O direito à proteção da criança e do adolescente e a interpretação da cláusula de abertura da Constituição.

Em essência, o Estado Democrático de Direito busca garantir o direito à proteção da criança e do adolescente, previsto no *caput* do artigo 6º da Constituição de 1988, que tem, indubitavelmente, jusfundamentalidade material, mormente quando se tem em conta a regra estabelecida no artigo 227, cuja dicção legal estabelece que: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” (BRASIL, 2019).

Com efeito, tal proteção está inserida dentro do arquétipo neoconstitucional da *proteção integral da criança e do adolescente*,

ensejando a formulação de políticas públicas afirmativas que garantem a eficácia positiva de tais direitos fundamentais. Observe, com atenção, que o §1º, do artigo 227, da CRFB/88, determina que “o Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos”.

Observe, com a devida agudeza de espírito, que o eixo fundante do arquétipo constitucional da proteção integral da criança e do adolescente reside na tríade protetiva, a saber: a) a criança e adolescente como pessoas humanas em desenvolvimento, b) o valor de perpetuação da espécie humana, c) a situação de vulnerabilidade especial das crianças e adolescentes. Em consequência, tal arquétipo constitucional reafirma a necessidade de garantir a todas as crianças e adolescentes o gozo e pleno exercício dos direitos fundamentais comuns a todas as pessoas, em especial, as condições reais para o seu desenvolvimento integral (físico, mental, moral, espiritual e social).

E assim é que, com espeque no próprio texto constitucional, o Estado Neoconstitucional de Direito deve garantir a aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil, bem como na criação de programas de prevenção e atendimento especializado para a integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

No plano infraconstitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990, no seu artigo 7º, dispõe que a criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência. Eis aqui o novo eixo hermenêutico-axiológico do Estado Democrático de Direito, qual seja: a garantia da dignidade da pessoa humana, mormente das crianças e adolescentes.

Sob a égide da reconstrução neoconstitucionalista do direito, a omissão inconstitucional do legislador democrático no que tange à formulação de políticas protetivas da pessoa até doze anos de idade incompletos (criança), bem como da pessoa entre doze e dezoito anos de idade (adolescente), suscita e legitima o protagonismo do Poder Judiciário a partir do ativismo judicial. Entretanto, é importante destacar que é próprio ECA que estabelece que é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária das crianças e adolescentes.

De acordo com o parágrafo único, do art. 4º, do ECA, a garantia de prioridade compreende, dentre outras, a primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; a precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; a preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas e a destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. Com a devida atenção, o leitor haverá de concordar que a efetividade dos direitos fundamentais sociais da criança, do adolescente e do jovem não se dá exclusivamente no âmbito jurídico, mas, também, no plano da formulação de políticas públicas em geral nas áreas da geopolítica, cultura, economia, educação, psicanálise, dentre outras.³

³ Ainda no plano infraconstitucional, o ECA enumera, em seu artigo 208, os direitos assegurados à criança e ao adolescente, a saber: ensino obrigatório; atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência; atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade; ensino noturno regular, adequado às condições do educando; programas suplementares de oferta de material didático-escolar, transporte e assistência à saúde do educando do ensino fundamental; serviço de assistência social visando à proteção à família, à maternidade, à infância e à adolescência, bem como ao amparo às crianças e adolescentes que dele necessitem; acesso às ações e serviços de saúde; escolarização e profissionalização dos adolescentes privados de liberdade; de ações, serviços e programas de orientação, apoio e promoção social de famílias e destinados ao pleno exercício do direito à convivência familiar por crianças e adolescentes e programas de atendimento para a execução das medidas socioeducativas e aplicação de medidas de proteção. Tal rol de direitos não é taxativo, na medida em que não excluem outros direitos individuais, difusos ou coletivos, próprios da infância e da adolescência.

É nesse sentido que se pode destacar que um dos grandes pilares de sustentabilidade do Estado Democrático de Direito é o princípio da separação de poderes, na medida em que, juntamente com a proteção dos direitos fundamentais, formam a base do constitucionalismo democrático. Portanto, em regra, ao juiz, não lhe é dado intrometer-se na esfera do processo político, agindo positivamente na definição e na formulação de políticas públicas.

No entanto, no âmbito do arquétipo constitucional da proteção integral da criança e do adolescente, a omissão inconstitucional do legislador democrático na formulação de políticas públicas protetivas no Brasil alcança níveis elevados, daí a relevância do ativismo judicial na garantia de tais direitos. Tal fato, muitas vezes, legitima a criação jurisprudencial do direito que deve se mover na direção das reivindicações da comunidade aberta de intérpretes da Constituição, tal qual vislumbrada por Peter Häberle (1997).

Do ponto de vista exegético, o fenômeno do ativismo judicial cria as bases do Estado Metaconstitucional de Direito, uma vez que permite incorporar na equação constitucional a proteção internacional dos direitos humanos. Como dito alhures, o grande desafio do neoconstitucionalismo é estabelecer o encontro epistemológico entre a normatividade internacional e a ordem interna, notadamente na proteção da criança e adolescente. Há um vasto rol de normas internas e internacionais que podem perfeitamente ser harmonizadas.

Em regra geral, considerando o direito interno e as regras internacionais de proteção da criança e do adolescente é possível identificar:

a) no *plano interno*, os artigos 227 e 228 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90);

b) na *esfera internacional*, destacam-se: a Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959), O Pacto de San José da Costa Rica (1969), As Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude, ou “Regras de Beijing” (1985),

As Regras das Nações Unidas para a Proteção de Menores Privados de Liberdade (1990) e as Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da delinquência juvenil, ou “Diretrizes de Riad” (1990), dentre outros.

É nesse sentido que os tratados de direitos humanos, seja das Nações Unidas, seja dos Organismos regionais, não devem ser interpretados de forma fragmentada, mas, sim, relacionados com as diferentes ordens constitucionais.

Ao contrário, no direito brasileiro, desponta a importância da **cláusula de abertura da Constituição** (art. 5º, §2º, da CRFB/88) que estabelece 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”. Eis aqui estampada com todas as letras um dos principais instrumentos jurídico-hermenêuticos do Estado Democrático de Direito e que faz com que a Constituição respire (Canotilho), na medida em que revela a dimensão dinâmica do catálogo jusfundamental do cidadão brasileiro, responsável pelo seu constante processo de aperfeiçoamento e evolução.

Com espeque no conceito de cláusula de abertura da Constituição, a cada dia que passa novos direitos fundamentais são incorporados ao catálogo jusfundamental do cidadão comum brasileiro, advindos do regime (republicano, federativo, presidencialista e democrático), dos princípios constitucionais (dignidade da pessoa humana, ampla defesa e contraditório, Estado Democrático de Direito, legalidade etc.) e dos tratados internacionais sobre direitos humanos em que o Brasil seja parte (Pacto de San Jose da Costa Rica, Pacto Internacional Relativo aos Direitos Civis e Políticos e muitos outros).

Com efeito, a cláusula de abertura, prevista no art. 5º, §2º, da Constituição de 1988, projeta a imagem de um “conceito materialmente aberto de direitos fundamentais”, dentro do sistema constitucional pátrio, na medida em que autoriza o reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, não positivados, que dimanam diretamente de outras partes do texto constitucional positivado (regime e princípios constitucionais),

bem como de tratados internacionais, concebendo um sistema protetivo dinâmico em constante movimento e criando um espaço jurídico crescente de direitos fundamentais não-escritos, implícitos e decorrentes do regime e dos princípios da Constituição e dos tratados internacionais sobre direitos humanos (GÓES; MELLO, 2018, p.436).

Antes de 2004, data da promulgação da EC n. 45/04, existiam duas posições sobre a interpretação da cláusula de abertura da Constituição. Para Bernardo Gonçalves Fernandes:

uma pléiade de internacionalistas, entendiam à luz do art. 5º, §2º, da CR/88, que determinados tratados internacionais, mormente os relativos a direitos humanos, deveriam adentrar em nosso ordenamento como normas constitucionais. Já outros juristas e cientistas do direito advogavam com base em pressupostos filiados ao princípio da soberania nacional (ou o princípio da supremacia da Constituição, entre outros) que qualquer tratado internacional deveria entrar em nosso ordenamento como lei ordinária (FERNANDES, 2013, p. 458).

Nesta mesma linha de pensamento, André Ramos Tavares destaca que:

havia franca guerra doutrinária entre os que defendiam a equiparação dos tratados sobre direitos humanos às normas constitucionais e aqueles que encabeçados pelo STF, ao contrário, submetiam-nos à Constituição brasileira, encartando-os no mesmo patamar hierárquico da legislação ordinária” (TAVARES, 2013, p. 410).

Observe, com atenção, que, a partir de interpretação mais favorável aos direitos humanos, parte da doutrina pátria, notadamente os autores internacionalistas, começaram a edificar a tese do metaconstitucionalismo, cuja dinâmica projeta a supremacia dos tratados internacionais sobre direitos humanos em relação ao direito interno. Neste mesmo diapasão, a lição do saudoso mestre Celso Duvivier de Albuquerque Mello, um dos mais ilustres jus internacionalistas do Brasil, quando defendia a

tese da supraconstitucionalidade, seguido de perto, porém, de modo mais brando, pelos doutrinadores Antonio Celso Alves Pereira, Antonio Augusto Cançado Trindade e Flávia Piovesan, que preferiram adotar a **tese da constitucionalidade** dos tratados internacionais de direitos humanos.

Em essência, a corrente defensora da hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos argumentava que a cláusula de abertura da Constituição, prevista no art. 5º, §2º, da Constituição de 1988, já autorizava expressamente a constitucionalização dos direitos fundamentais previstos nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, independentemente de terem sido aprovados pela maioria simples do Decreto Legislativo do Congresso Nacional.

Em suma, de tudo se vê, por conseguinte, que a interpretação da cláusula de abertura da Constituição é tema fundante da evolução do regime jurídico de proteção dos direitos humanos, uma vez que pode contribuir para o aperfeiçoamento da efetividade ou eficácia social dos direitos fundamentais a partir da leitura axiológica da Constituição. Ou seja, é a estrutura aberta dos princípios constitucionais o ônibus que conduz a construção de novas fórmulas hermenêuticas capazes de realizar o sentimento constitucional de justiça e de harmonização com a normatividade internacional.

A hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no atual contexto constitucional brasileiro

Tema de particular importância no estudo dos direitos humanos é aquele relacionado à posição hierárquica que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil ocupam em nosso ordenamento jurídico.

Os tratados internacionais sobre direitos humanos surgiram inicialmente após a Segunda Grande Guerra Mundial, em 1945, com o objetivo de garantir a proteção de direitos por todas as nações do globo. É neste contexto que aparecem, sob os auspícios da Organização das Nações

Unidas (ONU), diversos tratados, *e.g.*, Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) e a Convenção relativa aos Direitos da Criança (1990). É nesse mesmo diapasão que surgem, também, os mecanismos regionais de proteção aos Direitos Humanos, como, por exemplo, o tão propalado Pacto de San José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil, em 1992.

Com isso, paulatinamente, a legislação internacional de direitos humanos começa a ganhar força normativa em termos de proteção jurídica, complementando dessarte o sistema protetivo nacional estabelecido internamente pela Constituição de 1988, especialmente em seu Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais). Há, portanto, uma dupla proteção aos direitos humanos, que serão garantidos tanto por fontes de direito interno (sistema protetivo de direitos fundamentais) quanto por fontes de direito internacional (sistema protetivo de direitos humanos).

A questão que se impõe é saber como tais tratados internacionais de direitos humanos serão incorporados no ordenamento jurídico brasileiro a partir da emenda constitucional n. 45 de 2004, que acrescentou o parágrafo terceiro ao artigo quinto da Constituição de 1988.

De acordo com Valerio Mazzuoli, “[...] a Emenda Constitucional 45/2004, que acrescentou o §3º ao art. 5º da Constituição, trouxe a possibilidade de os tratados internacionais de direitos humanos serem aprovados com um *quorum* qualificado, a fim de passarem (desde que ratificados e em vigor no plano internacional) de um *status* materialmente constitucional para a condição (formal) de tratados “equivalentes às emendas constitucionais”. Com isso, tal emenda constitucional inovou a ordem jurídica, na medida em que incorporou ao direito brasileiro um novo tipo de controle acerca da compatibilidade vertical da normatividade interna, até hoje desconhecido entre nós: o controle de convencionalidade das leis. Na visão do autor, à medida que os tratados de direitos humanos ou são materialmente constitucionais (art. 5º, §2º) ou material e formalmente constitucionais (art. 5º, §3º), é lícito entender que, para além do clássico “controle de constitucionalidade”,

deve ainda existir (doravante) um “controle de convencionalidade” das leis, que é a compatibilização das normas de direito interno com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país.” (MAZZUOLI, 2011, p. 73).⁴

Dessa forma, o controle da compatibilidade da lei com os tratados internacionais de direitos humanos requer um estudo mais aprofundado a partir da emenda constitucional n. 45 de 2004, que introduziu o parágrafo terceiro ao artigo quinto da nossa Carta Ápice.

Em linhas gerais, existem quatro grandes possibilidades para estabelecer a posição hierárquica dos tratados internacionais sobre direitos humanos em face das normas constitucionais de direito interno, a saber:

a) Os tratados internacionais terão natureza **supraconstitucional**, ou seja, estarão acima da própria Constituição de um determinado país;

b) Os tratados internacionais terão natureza **constitucional**, o que significa dizer que serão considerados equivalentes às emendas à Constituição;

c) Os tratados internacionais terão natureza **supralegal**, ocupando um patamar intermediário entre a Constituição e as leis infraconstitucionais, ou seja, serão colocados abaixo da Constituição, mas acima das leis ordinárias e complementares; e

d) Os tratados internacionais terão natureza **legal**, sendo considerados equivalentes às leis ordinárias (GÓES; MELLO, 2018, p. 443).

⁴ De acordo com Mazzuoli, “a compatibilidade da lei com o texto constitucional não mais lhe garante validade no plano do direito interno. Para tal, deve a lei ser compatível com a Constituição e com os tratados internacionais (de direitos humanos e comuns) ratificados pelo governo. Caso a norma esteja de acordo com a Constituição, mas não com eventual tratado já ratificado e em vigor no plano interno, poderá ela ser até considerada vigente (pois, repita-se, está de acordo com o texto constitucional e não poderia ser de outra forma) – e ainda continuará perambulando nos compêndios legislativos publicados –, mas não poderá ser tida como válida, por não ter passado imune a um dos limites verticais materiais agora existentes: os tratados internacionais em vigor no plano interno. Ou seja, a incompatibilidade da produção normativa doméstica com os tratados internacionais em vigor no plano interno (ainda que tudo seja compatível com a Constituição) torna inválidas as normas jurídicas de direito interno.” (MAZZUOLI, 2009, p.115).

Tais posições retratam fielmente o grau de internacionalização da proteção dos direitos humanos, partindo-se de uma posição mais elevada de supraconstitucionalidade (metaconstitucionalidade ou transconstitucionalidade) até chegar à posição mais tímida, que equipara tais tratados às leis ordinárias de um determinado País.

A posição do Brasil evoluiu em termos de proteção internacional dos direitos humanos a partir de 2004, com a promulgação da EC n. 45/2004, na medida em que já se admite a equiparação às emendas constitucionais. Com efeito, antes de 2004, o Brasil adotava a **tese da hierarquia legal** dos tratados internacionais, que os equiparava a lei ordinária. Essa era a posição reconhecida pelo órgão de cúpula do País, o Supremo Tribunal Federal (STF).⁵

Portanto, antes de 2004, no Brasil, a recepção ou internalização de um determinado tratado ou convenção internacional, como, por exemplo, a *Convenção Americana Sobre Direitos Humanos* foi assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, foi internalizada como lei ordinária segundo a interpretação do STF da época.

Observe, com atenção, que o tratado internacional internalizado dessa maneira assumia o *status* de **Lei Ordinária**, exatamente porque seu ato de aprovação era um **Decreto Legislativo**, cujo procedimento formal de aprovação segue o rito previsto no art. 47, da Constituição de 1988, que é o mesmo regramento para aprovação das leis ordinárias. Daqui se extrai a antiga posição do STF que entendia, antes de 2004, que os tratados internacionais aprovados dessa forma (internalização convencional desde sempre adotada pelo Brasil) seriam equivalentes às leis ordinárias.

Como já dito alhures, a questão que agora se impõe é saber a hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos que forem ou não forem aprovados nos termos do regramento insculpido

⁵ Com efeito, no julgamento do RE 80.004/SE, ocorrido no ano de 1977, ficou decidido que os tratados internacionais podem ser revogados por leis ordinárias federais, o que significa dizer que o Brasil, a partir daquele ano, adotou a tese da natureza legal para fins de definir a posição hierárquica de um tratado internacional frente ao direito interno. Não havia, à época, qualquer distinção entre os tratados internacionais sobre direitos humanos e outros tratados internacionais.

no art. 5º, §3º, da Carta Magna? Haveria uma nova modalidade de internalização de tratados específicos de direitos humanos? Qual seria a hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos a partir da Emenda Constitucional de 2004?

Observe, com muita atenção, que com o advento da aprovação da Emenda Constitucional nº 45/2004, o parágrafo 3º, do artigo 5º, da Constituição de 1988, reza:

CRFB/88, art. 5º, §3º. “Os tratados e convenções internacionais 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”.

Realmente, com o advento da Emenda Constitucional 45/2004, os tratados de direitos humanos podem ser recebidos em nosso ordenamento jurídico como normas constitucionais, caso sigam o procedimento legislativo de aprovação das emendas constitucionais, nos termos do §3º, do art. 5º, da CRFB/88. Um exemplo de tratado internacional que foi aprovado nos moldes desse novo dispositivo constitucional é o que consta do Decreto nº 6.949, de 25.8.2009, que promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.

O advento da EC 45/2004 modificou o procedimento e a natureza jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos, cuja praxe brasileira, desde o ano de 1825, equiparava-os às leis ordinárias. No entanto, agora, a questão é totalmente diferente e muito mais complexa.

Um primeiro questionamento que surge é: qual é a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos aprovados antes da promulgação da Emenda Constitucional 45 de 2004?

Tal questão é juridicamente relevante porque, entre a promulgação da Constituição de 1988 e a promulgação da Emenda Constitucional

nº 45 de 2004, o Brasil ratificou vários tratados internacionais de direitos humanos, tais como a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1989), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1990), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1992), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1992), a Convenção Americana de Direitos Humanos (1992) e muitos outros.

Após análise pelo STF, ficou entendido que os tratados internacionais de direitos humanos aprovados antes da promulgação da Emenda Constitucional 45 de 2004 não são equivalentes às emendas constitucionais e nem equivalentes às leis ordinárias; seriam consideradas **normas supralegais**, vale dizer normas situadas abaixo da Constituição, porém, acima das normas infraconstitucionais (leis ordinárias ou complementares).

Portanto, entendeu a jurisprudência do STF que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional de 2004, e não submetidos ao processo legislativo mais rigoroso de aprovação das emendas constitucionais no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais, daí seu *status* normativo de supralegalidade.

O segundo questionamento que se impõe é: qual é a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos aprovados depois da promulgação da Emenda Constitucional 45 de 2004, mas, que não seguiram o processo legislativo mais rigoroso das emendas constitucionais?

Tais indagações foram respondidas pelo STF no julgamento do RE 466.343/SP, rel. Min. Cezar Peluso, com base no entendimento do ministro Gilmar Mendes, que ventilou a **tese da supralegalidade**. Com isso, os tratados internacionais de direitos humanos, subscritos pelo Brasil e não aprovados pelo regramento formal das emendas constitucionais possuem *status* normativo supralegal, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, surgindo daí a possibilidade de controle de convencionalidade de normas infraconstitucionais. Ou seja, os

tratados internacionais de direitos humanos aprovados após a EC 45/2004, mas, que não passaram pelo procedimento das emendas constitucionais, serão considerados normas supralegais (GÓES; MELLO, 2018, p. 452).

Por conseguinte, resta indubitável a exegese que imprime o *status* normativo de supralegalidade aos tratados e convenções internacionais de direitos humanos que foram aprovados com maioria simples depois da EC 45/2004. Com isso, tais tratados recebem o mesmo signo normativo dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos aprovados com maioria simples antes da EC 45/2004.

Com isso, os tratados internacionais sobre direitos humanos não aprovados pelo mesmo processo legislativo das emendas constitucionais, antes ou depois da promulgação da Emenda Constitucional 45/2004, não podem afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam posição hierárquica especial no ordenamento jurídico, que os posiciona acima das normas infraconstitucionais. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor fundante no contexto de proteção dos direitos da pessoa humana.

De qualquer forma, o direito constitucional não fica impedido de submeter as leis infraconstitucionais ao exame de compatibilidade vertical com os tratados anteriores à mudança constitucional de 2004, como, por exemplo, o Pacto de San José da Costa Rica, conferindo-lhes *status* de norma supralegal, paradigma de referência para o controle de convencionalidade.

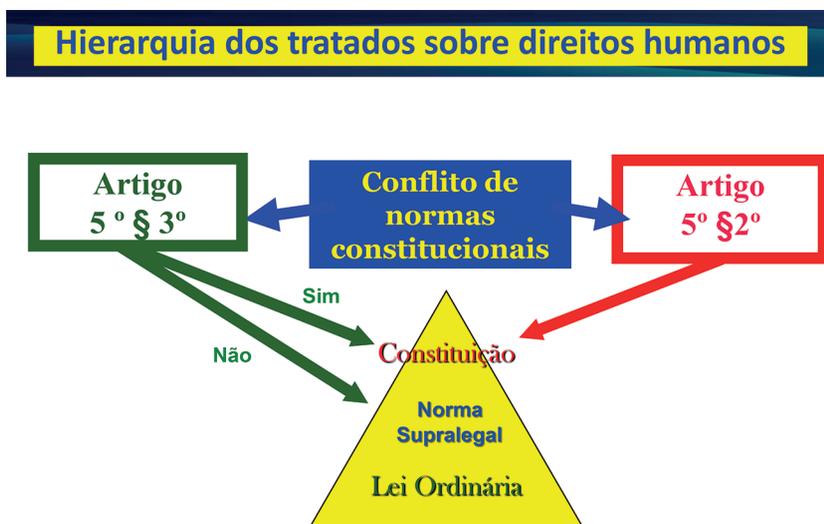
Em suma, pode-se afirmar que a hierarquização dos tratados internacionais de direitos humanos ocorre da seguinte forma:

a) os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos posteriores à promulgação da Emenda Constitucional n.45 de 2004 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. de acordo com a redação do artigo 5º, §3º, da CRFB/88.

b) os tratados e convenções internacionais de direitos humanos, aprovados pelo procedimento ordinário (artigo 47 da CRFB/88) ⁶, antes ou depois da Emenda Constitucional n. 45, terão status de norma supralegal, situando-se, pois, acima das leis infraconstitucionais, mas abaixo das normas constitucionais.

c) tratados e convenções internacionais que não versem acerca dos direitos humanos serão tratadas no Brasil com força de lei ordinária.

Veja a figura abaixo que sintetiza toda essa complexa teorização acerca da hierarquia dos tratados internacionais no âmbito do direito constitucional brasileiro.



Fonte: GÓES; MELLO, 2018, p. 454.

Observe com atenção que os diplomas do sistema interamericano de direitos humanos têm no direito brasileiro *status* de supralegalidade. Dentre esses tratados, cabe por em destaque a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o seu Protocolo Facultativo (2007), que até o presente momento foram os únicos documentos internacionais aprovados

⁶ CRFB/88 - **Art. 47**. Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros.

sob o rito do art. 5º, §3º, da CRFB/88, nos termos do Decreto Legislativo nº 186/2008, com promulgação através do Decreto nº 6.949/2009.

No que diz respeito ao Estatuto da Criança e Adolescente – ECA, seguindo o raciocínio trazido até aqui, fica também evidente a impossibilidade de redução da maioridade penal. Entendemos que a Convenção sobre Direitos da Criança, adotada pela Resolução I.44 (XLIV), da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989, foi incorporada na Constituição Federal, pelo artigo 228. O sistema normativo global de proteção aos direitos humanos no âmbito das Nações Unidas se integra com outros instrumentos de alcance geral e coexiste com os sistemas especiais como uma proteção complementar, assim como os sistemas normativos regionais. Cabe dizer que os instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos encontram interação, justamente, no Parágrafo 2º do Artigo 5º da CF, o qual atribui aos direitos internacionais uma natureza especial de norma constitucional.

Desta forma, a exegese do Parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal, incorpora o texto internacional sobre os direitos da criança e traz em seu conteúdo intrínseco que a adoção da idade de 18 anos como um padrão internacional. Foi este conteúdo, a definição da idade penal, justamente, o que se tornou uma norma constitucional, que estabeleceu o limite temporal para proteção integral da criança e adolescente. Esta Convenção sobre Direitos da Criança foi aprovada pelo Decreto Legislativo 28 de 14 de setembro de 1990 e promulgada pelo Decreto 99.710 de 21 de novembro de 1990. Resta, então, a discussão sobre o marco temporal de 18 anos de proteção integral à criança e adolescente ser ou não uma cláusula pétrea.

O artigo 60 Parágrafo 4º prevê, claramente, os limites do poder de legislar, vedando a deliberação do Congresso Nacional por Emenda Constitucional que pretenda abolir direito ou garantia individual. Neste sentido, entendemos que a idade penal de 18 anos é um direito individual do jovem e uma cláusula pétrea, que, portanto, não pode ser objeto de deliberação.

A inimputabilidade do adolescente com dezoito anos incompletos foi constitucionalizada pelo artigo 228, mas queremos recorrer ao artigo 60, Parágrafo 4º para fundamentar a vedação de qualquer emenda constitucional que pretenda abolir direito ou garantia individual. Neste sentido, como já mencionamos, a idade de 18 é em si uma garantia individual do jovem e, desta forma, a redução da idade penal além de ser incompatível com a doutrina da proteção integral do jovem, viola princípios constitucionais e coloca o Brasil como descumpridor de compromissos internacionais. A diminuição da idade penal também esbarra em cláusulas pétreas, estas são consideradas como vedação material ao poder de legislar estabelecidas pelo constituinte originário, constituindo um núcleo constitucional contra majoritário, protegido da vontade arbitrária da maioria.

Conclusão

O presente trabalho acadêmico procurou analisar o perfil de evolução da proteção jurídica dos direitos humanos, bem como as relações epistemológicas entre o neoconstitucionalismo e a proteção internacional da criança e do adolescente.

Destarte, em um primeiro momento, investigou-se o direito à proteção da criança e do adolescente e a interpretação da cláusula de abertura da Constituição.

À guisa de ilustração, pareceu-nos útil apresentar o conceito de cláusula de abertura da Constituição, que advém do art. 5º, §2º, da Constituição de 1988, cuja dicção legal estabelece 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”. Eis aqui estampada com todas as letras o eixo jurídico-hermenêutico fundante do Estado Democrático de Direito e que faz com que a Constituição respire (Canotilho), na medida em que revela a dimensão dinâmica do catálogo jusfundamental do cidadão brasileiro.

Portanto, é correto assumir a visão de que a cláusula de abertura da Constituição, aqui vislumbrada como a cláusula que torna o sistema constitucional brasileiro aberto e dinâmico, é o elo que se apresenta para a consolidação do encontro epistemológico entre a normatividade internacional e a ordem jurídica interna. É nesse diapasão que o catálogo dos direitos fundamentais possui uma dimensão aberta, em constante mutação, que visa a concretização do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CRFB/88), mormente das crianças e dos adolescentes.

Na sequência do trabalho, procurou-se demonstrar que a proteção à infância e à adolescência não pode ficar apartada da fase metaconstitucional dos direitos humanos, paradigma ainda em construção que impele o direito constitucional hodierno na direção do Estado Universal de Direito e da democracia cosmopolita. Urge, pois, fazer o reexame do constitucionalismo da pós-modernidade com ênfase na proteção da criança e do adolescente.

Na virada do século XX para o século XXI, desponta o controle de convencionalidade como o grande avisador de novos tempos para a efetividade dos direitos humanos a partir de um novo arquétipo constitucional de proteção integral da criança e do adolescente. É nesse diapasão que surge a relevância da incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro.

O estudioso dos direitos humanos do tempo presente tem a missão exegética de desvelar os princípios fundantes do metaconstitucionalismo, notadamente aqueles focados na proteção da dignidade da pessoa humana da criança e do adolescente. Nesse sentido, constatou-se as diferentes teses de incorporação de tratados internacionais no direito interno.

E assim é que, falar em defender a criança e o adolescente é concordar com a necessidade de harmonização entre essas duas ordens

jurídicas: a dimensão interna (máxime com a ideia de supremacia da Constituição) e a dimensão metaconstitucional (máxime com a consolidação dos tratados internacionais sobre direitos humanos). Com tal tipo de intelecção em mente, é possível buscar o aperfeiçoamento da proteção jurídica de direitos humanos, que deve se mover na direção de um marco legal mais sofisticado e que seja coerente - a um só tempo - com a normatividade internacional e o sentimento constitucional de justiça.

Ora, tanto a proteção constitucional, assegurada pelo Estado de Direito, quanto a proteção metaconstitucional, prevista nas convenções internacionais protetivas de direitos humanos, constituem o regime jurídico de tutela do cidadão comum. Eis aqui a última fronteira epistemológica do neoconstitucionalismo pós-positivista: promover o encontro entre o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade.

Enfim, duas grandes consequências surgem da harmonização de fontes e do controle de convencionalidade, quais sejam: a) a perspectiva exegética que ocorre quando a legislação interna se opõe à Convenção Americana ou à jurisprudência da Corte, devendo ser declarada inconveniente e, por via de consequência, expurgada do ordenamento jurídico constitucional e b) a perspectiva hermenêutica do ativismo judicial, que permite ao juiz local aplicar a lei doméstica à luz das normas da Convenção Americana, harmonizando os dois ordenamentos jurídicos. É exatamente nesse sentido que o metaconstitucionalismo busca promover a dignidade da pessoa humana como novo eixo axiológico do Estado Democrático de Direito, afastando-se, por via de consequência, da leitura positivista legalista.

Parece inexorável, portanto, a necessidade de harmonização das fontes internacionais e constitucionais no âmbito dessa reconfiguração do arquétipo de proteção integral da criança e do adolescente.

Referências

- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. São Paulo: Landy, 2001.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. Rio de Janeiro: Malheiros, 2004.
- BARROSO, Luis Roberto. **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 5.ed. Salvador: Juspodivm, 2013.
- GÓES, Guilherme Sandoval; MELLO, Cleyson de Moraes. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Processo, 2018.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *In: Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 46 n. 181 jan./mar. 2009.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**, vol. I, 12ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito Constitucional Internacional: uma introdução**. 2ªed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- PERELMAN, Chaïm; TYLECA, Lucie. **Ética e direito**. Tradução Maria Ermentina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 11.ed. São Paulo, 2013.
TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. *In*: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos**. Disponível em <https://sesi-jundiai.webnode.com/_files/200001427-d5bf6d6bb1/1%20série.pdf>. Acesso em 13 de outubro de 2019.

ONU. **Convenção de direitos humanos (1969). Pacto de São José da Costa Rica**. Disponível em < <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em 13 de outubro de 2019.

LOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Reflexões acerca da legitimidade das cláusulas pétreas. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**. 2019. Disponível em <https://www.jfpe.jus.br/images/stories/docs_pdf/biblioteca/artigos_periodicos/FredericoAugustoLeopoldinoKoehler/Reflexoes_RevSJPE_n1_2008.pdf> Acesso em 13 de outubro de 2019.