

A EMENDA 45 E A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO DIREITO BRASILEIRO

Ana Rachel Freitas da Silva¹

Resumo

Até o advento da emenda constitucional n.º. 45 de 2004, os tratados de direitos humanos, segundo o entendimento do STF, ingressavam no ordenamento jurídico brasileiro como lei ordinária. Assim, lei superior ou de mesmo grau hierárquico revogava o tratado, se ambas as leis fossem gerais, ou especiais. Esse entendimento era confrontado por parte da doutrina, que afirma o *status* constitucional dos tratados de direitos humanos, com base no artigo 5º, § 1º e §2º da Constituição Federal. Admite ainda a aplicação imediata dos tratados de direitos humanos e a prevalência da norma mais favorável às vítimas, em caso de confronto entre lei internacional e lei interna. A emenda 45 possibilita o reconhecimento desses tratados como normas constitucionais, desde que sejam votados por 3/5 dos membros de cada casa legislativa, por duas vezes. Remanesce a polêmica quanto à coexistência de tratados com hierarquia infraconstitucional e constitucional, e ainda em relação aos tratados aprovados antes da edição da referida emenda. Os tratados aprovados nos moldes do art. 5º., §3º não podem ser denunciados e passam a pertencer ao bloco de constitucionalidade.

Palavras-chave: direito internacional, constituição brasileira, tratado internacional.

THE AMENDMENT 45 AND THE INCORPORATION OF THE TREATIES OF HUMAN RIGHTS IN THE BRAZILIAN LAW

Abstract

Until the coming of amendment 45 in 2004, human rights treaties, according to Supreme Federal Court, ingressed in Brazilian legal system as common law. So, a superior law or a law in the same position could revoke a treaty, if both were general or specific. These understanding was confronted by some law experts, who affirm the constitutional position of human rights treaties, based on article 5º, §1º and 2º of the Brazilian Federal Constitution. They still admit the immediate validity of human rights treaties and the prevalence of the law that is more advantageous to the victims in case of confrontation between international and national law. The amendment 45 makes possible the recognition of these treaties as constitutional law, since they had been voted by 3/5 of the parliament members, in both houses, two times in each one. It remains the controversy about the possible coexistence of treaties with constitutional hierarchy and others in position of common law and also about the situation of treaties approved before the coming of the mentioned amendment. The treaties approved following the rule of article 5º, §3º, can not be denounced.

Key words: international right, Brazilian constitution, international treats.

¹Advogada. Especialista em Negociações Internacionais. Professora do Centro Universitário de Goiás UniAnhangüera. Email: anarachel.freitas@gmail.com

Introdução

A discussão acerca da força normativa dos tratados internacionais foi alterada com a aprovação da emenda 45, que deu status de norma constitucional aos tratados que versarem sobre direitos humanos, desde que aprovados por maioria de 3/5 nas duas Casas Legislativas do Congresso Nacional, nos moldes da aprovação de emendas à Constituição. Essa emenda trouxe novos rumos à discussão a respeito da hierarquia dos tratados internacionais na ordem jurídica interna.

O *status* constitucional dos tratados de direito humanos agora está explícito na Constituição. Impõe-se, entretanto, a discussão sobre o real significado dessa alteração no texto constitucional, e mais do que isso, o efeito dessa nova hierarquia na cultura internacional de proteção aos direitos humanos.

Buscou-se com esse trabalho entender o processo de incorporação dos tratados de direitos humanos ao direito brasileiro e as implicações trazidas pela emenda 45, tendo em vista o momento histórico de discussão pela garantia desses direitos e a necessidade de propiciar seu exercício.

A discussão sobre a recepção dos tratados internacionais cresce em importância na medida em que as relações internacionais e a sua codificação evidenciam a interdependência entre os países. Nesse sentido, a segurança jurídica do cumprimento dos acordos deve ensejar uma mudança de paradigma, passando de um olhar formalista centrado no sistema jurídico interno para uma nova apreensão das necessidades do mundo globalizado.

O comprometimento de um Estado quanto às questões relativas aos direitos humanos se evidencia na maneira pela qual as normas internacionais são tratadas no âmbito interno. Nesse sentido, é preciso diminuir as barreiras entre direito interno e direito internacional, visando sempre favorecer os cidadãos titulares desses direitos.

Tratados Internacionais

A Convenção de Viena sobre direito dos tratados assim dispõe sobre o conceito de tratado: significa um acordo internacional concluído entre Estados

em forma escrita e regulado pelo direito internacional, consubstanciado em um único instrumento ou em dois ou mais instrumentos conexos qualquer que seja a sua designação específica.

Nota-se que o conceito acima exposto não menciona as organizações internacionais como partes contratantes, limitando-se aos Estados. Entretanto, tomaremos essa definição, pois ao analisar a relação entre o tratado e o sistema jurídico interno, admitiremos que pelo menos um dos contratantes é ente estatal. A Convenção de Viena sobre direito dos Tratados, de 1969 foi complementada pela Convenção de Viena sobre direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais que ampliou o rol das partes contratantes.

Piovesan (2004) vai dizer que os tratados internacionais, enquanto acordos internacionais juridicamente obrigatórios e vinculantes, constituem a principal fonte de obrigação do Direito Internacional, admitindo que o termo ‘tratado’ é genérico, usado para incluir as Convenções, os Pactos, as Cartas e demais acordos internacionais.

Melo (2002) enumera como condições de validade dos tratados a capacidade das partes contratantes, a habilitação dos agentes signatários, o consentimento mútuo e o objeto lícito e possível.

Os tratados internacionais passam pelas seguintes fases: negociação, assinatura ou adoção, aprovação parlamentar por cada Estado interessado, ratificação ou adesão do texto e, em alguns casos, depósito no órgão internacional competente. A negociação e assinatura do tratado são de competência do poder executivo. Segundo o artigo 84, inciso VII da Constituição Federal, “compete privativamente ao Presidente da República: (...) celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”. Por ser privativa, essa competência pode ser delegada.

Dessa forma, atuam o executivo e legislativo conjuntamente para a validação dos tratados internacionais, pois o executivo deve agir ad referendum do Congresso Nacional. “Enquanto cabe ao executivo presidir a política externa, ao legislativo cumpre exercer o controle dos atos executivos” (MAZZUOLI, 2000, p. 73). Essa é a determinação legal da Carta Magna, em seu artigo 49:

“É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”.

O judiciário, neste processo, só atua quando o tratado tenha sido devidamente incorporado ao ordenamento jurídico nacional, cabendo ao STF, decidir sobre a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal (art. 102, III, a, CF) e o STJ, julgar as causas decididas pelos Tribunais Regionais Federais e Tribunais dos Estados, “quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência” (art. 105, III, a, CF).

Assim, depois de assinado o tratado, é preciso que o Congresso Nacional sobre ele se pronuncie e através de decreto legislativo, autorize a ratificação do mesmo pelo presidente da república. O tratado ratificado deve ainda ser promulgado por decreto presidencial e publicado, para ter força normativa no território nacional. Contudo, para Xavier (1998, *apud* DALLARI, 2003, p. 105) “a ausência de publicação não retira a responsabilidade internacional do Estado brasileiro com relação ao tratado por ele ratificado, mas impossibilita a exigibilidade de suas normas no plano interno”.

O texto do tratado inicia o procedimento na Câmara dos Deputados. É lido em plenário e forma um processo que recebe número próprio. É analisado pela Comissão de Relações Exteriores e pela Comissão de Constituição, Justiça e Redação. Aprovado pelas comissões, o projeto é submetido à votação em plenário, necessitando para a sua aprovação de maioria simples (até a emenda 45). Aprovado pela Câmara, é encaminhado ao Senado onde segue procedimento semelhante.

Tratados internacionais de direitos humanos

Recepção no ordenamento jurídico brasileiro

Alguns autores, entre eles Flávia Piovesan, Valério Mazzuoli e Antônio Augusto Cançado Trindade reconhecem que o procedimento acima especificado aplica-se tão somente aos tratados comuns ou convencionais e que os tratados de proteção aos direitos humanos, por força de norma constitucional, ingressam

na ordem jurídica interna de forma distinta, prescindindo da edição de decreto presidencial para que irradiem seus efeitos (MAZZUOLI, 2000). Baseiam-se estes doutrinadores no §1º. do artigo 5º. da Constituição Federal, segundo a qual, “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Os direitos garantidos pelos tratados internacionais incorporariam a norma aberta do §2º do artigo 5º da Constituição, que reza 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.

Silva (2004) classifica os direitos individuais em três grupos: o dos direitos individuais expressamente enunciados na Constituição, os direitos individuais implícitos, que estão subentendidos nas regras de garantia e os direitos individuais de difícil caracterização *a priori*, decorrentes do regime e de tratados internacionais subscritos pelo Brasil. Piovesan (2004) critica a adoção do termo “de difícil caracterização” sob o argumento de que os direitos provenientes dos tratados internacionais são direitos claramente elencados. Propõe a autora uma terceira categoria ao lado dos direitos expressos na Constituição e dos direitos implícitos, os direitos caracterizados e delimitados nos tratados internacionais que o Brasil seja parte.

O Supremo Tribunal Federal, entretanto, não comunga dessa idéia, não fazendo distinção entre tratados convencionais e tratados de direitos humanos. Admite que o tratado somente adquire vigência na ordem interna, após a promulgação de decreto pelo presidente da República. Essa posição pode ser vista na recusa ao cumprimento da Carta Rogatória no. 8279 da República Argentina, de 1998. A recusa ao cumprimento foi justificada pela ausência de decreto presidencial que impusesse internamente, a obrigatoriedade da Convenção sobre Cumprimento de Medidas Cautelares, celebrada pelo Brasil com os demais países do Mercosul, tratado esse que já havia sido ratificado.(MAGALHÃES, 2000).

Essa diferenciação entre tratados convencionais e tratados de direitos humanos é considerada por Mazzuoli (2000) para determinar a relação da lei

internacional com o ordenamento jurídico interno. Para o citado autor, na recepção dos tratados convencionais predominaria o dualismo, pois seria necessária a transformação do direito internacional em direito interno enquanto na incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos prevaleceria a perspectiva monista, que consagraria o primado do direito internacional.

Contudo, entendemos que a regra do § 1º. do art. 5º. indica tratamento diferenciado aos tratados de direitos humanos. Esse tratamento diferenciado, ao nosso ver, é a desnecessária promulgação do texto por decreto presidencial. Ambas as espécies de tratados são recebidas pelo direito interno, e não reproduzidas, como afirmam os dualistas. Entretanto, a recepção de tratados de direitos humanos é simplificada.

Como a celebração do tratado está necessariamente condicionada à conjugação de vontades entre executivo e legislativo, não poderíamos admitir que a aplicabilidade imediata prescindisse da participação do congresso autorizando a ratificação. Não poderíamos, ainda, por outro lado, ignorar a regra constitucional acima transcrita, não fazendo nenhuma distinção entre os tratados e admitindo, como a Suprema Corte, a inexigibilidade interna de tratado não promulgado por decreto presidencial.

Assim, interpretação mais coerente com o texto constitucional, é entender a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias individuais, decorrentes dos tratados em que a República Federativa do Brasil seja parte, como a desnecessidade de promulgação por decreto presidencial. Ratificado um tratado de proteção aos direitos humanos, passa ele a ser exigível tanto no plano internacional quanto no plano interno.

Hierarquia Normativa

A hierarquia dos tratados internacionais no direito brasileiro também pressupõe a distinção entre tratados convencionais e tratados de proteção aos direitos humanos. Relativamente aos tratados convencionais, não há dúvida de que estes integrariam o sistema jurídico nacional como lei ordinária. A discussão concentra-se na hierarquia das normas advindas de tratados internacionais de direitos humanos. Nesse ponto, delineiam-se quatro diferentes posicionamentos:

a) os tratados de direitos humanos são recepcionados como lei ordinária, assim como os tratados convencionais; b) os tratados de direitos humanos entram no ordenamento jurídico brasileiro com *status* de norma constitucional; c) os direitos humanos assegurados pelos tratados estão em posição infraconstitucional, ou seja, acima de lei ordinária, mas não são normas constitucionais; d) os direitos humanos, por serem *jus cogens*, estão situados acima das normas positivas, sejam elas constitucionais ou de outra natureza.

O primeiro posicionamento é adotado por grande parte dos constitucionalistas, alguns internacionalistas e o Supremo Tribunal Federal. O STF após 1977 passou a admitir que todos os tratados entram no ordenamento jurídico brasileiro como lei ordinária, com exceção dos acordos que versem sobre matéria tributária. Tal entendimento embasa-se na interpretação literal do art. 102, III, b, Constituição da República. O referido artigo dispõe lado a lado “lei federal” e “tratado”, estatuidando a competência do STF de “julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar inconstitucionalidade de tratado ou lei federal”.

Interpretando o mencionado dispositivo, considera-se que o STF

deduz que, se é cabível recurso extraordinário em caso de decisão que ‘declarar a inconstitucionalidade de tratado’ não especificando o Constituinte que tipo de tratado seria, é porque ‘quis’ ele – o Constituinte – afirmar a superioridade da Constituição em face de todas fontes internacionais de direito (LOPES, 2005, p. 4).

Outro argumento dos defensores dessa corrente seria o quorum para apreciação dos tratados pelo Congresso: maioria simples, o mesmo quorum previsto para votação de lei ordinária.

Afirmando a paridade normativa entre tratados e lei interna, aplica-se a regra *lex posterior derogat priori*. A última lei, seja ela interna ou internacional, deve prevalecer, sem embargo das conseqüências pelo descumprimento, no plano internacional. A falta de denúncia – meio apto a retirar-se de um tratado no direito internacional, de acordo com o STF, não impede que o Estado, no

plano interno, retire-lhe os efeitos, deixando de dar-lhe aplicação, não se cogitando da responsabilidade internacional que essa inadimplência possa acarretar (MAGALHÃES, 2000).

Não podemos conceber essa visão compartimentalizada do direito - ou o país cumpre ou não cumpre a obrigação assumida. Se um tratado deixa de ser cumprido no âmbito interno, isso significa que o Estado se retirou desse compromisso sem usar-se do meio próprio que é a denúncia. Deve vigor a garantia de que o acordo será respeitado. Que espécie de confiança pode haver se cada um dos contratantes pode alegar, a qualquer instante, que o que foi por ele assegurado não será honrado?

A posição do STF significou um retrocesso, uma vez que até 1977, admitia o primado do direito internacional, como nos caso da apelação Cível 9.578 (União Federal c. Cia Rádio Internacional do Brasil) , onde o STF decidiu que um tratado revoga as leis anteriores; o Pedido de Extradicação n. 07 de 1913, em que se declara que um tratado está em vigor, apesar de uma lei posterior lhe ser contrária, todos estes exemplos colacionados por Piovesan (2004).

A mudança no entendimento do STF foi esboçada no RE 80004 de 1977, ao analisar o conflito entre a Convenção de Genebra sobre Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias e o Decreto-lei n. 427 de 1969, admitindo-se a primazia deste último, por simbolizar a vontade última do legislador. É de se observar, entretanto, que para derrogar lei posterior, é preciso que ambas versem sobre o mesmo assunto e sejam ou gerais ou particulares, pois lei geral não revoga lei especial.

O julgamento do HC 72.131-RJ, ao enfrentar a questão da prisão do depositário infiel, proibida pelo Pacto de São José da Costa Rica, afirmou que:

(...) inexistente, na perspectiva do modelo constitucional vigente no Brasil, qualquer procedência ou primazia hierárquico-normativa dos tratados ou convenções internacionais sobre o direito positivo interno, sobretudo em face das cláusulas inscritas no texto da Constituição da República, eis que a ordem normativa externa não se superpõe, em hipótese alguma, ao que prescreve a Lei Fundamental da República. (...) a ordem constitucional vigente no Brasil não pode sofrer interpretação que conduza ao reconhecimento de que o Estado brasileiro, mediante

convenção internacional, ter-se-ia interdito a possibilidade de exercer, no plano interno, a competência institucional que lhe foi outorgada expressamente pela própria Constituição da República. A circunstância do Brasil haver aderido ao Pacto de São José da Costa Rica – cuja posição, no plano da hierarquia das fontes jurídicas, situa-se no mesmo nível de eficácia e autoridade das leis ordinárias internas – não impede que o Congresso Nacional, em tema de prisão civil por dívida, aprove legislação comum instituidora desse meio excepcional de coerção processual (...). Os tratados internacionais não podem transgredir a normatividade emergente da Constituição, pois, além de não disporem de autoridade para restringir a eficácia jurídica das cláusulas constitucionais, não possuem força para conter ou para delimitar a esfera de abrangência dos preceitos inscritos no texto da Lei Fundamental. (STF 1977, *apud* PIOVESAN, 2004, p.86-7)

A corrente doutrinária que afirma a posição hierárquica constitucional dos tratados internacionais baseia-se numa interpretação teleológica da Constituição Federal, atenta aos fundamentos da República, (art. 1º, III), os princípios que regem as relações internacionais (art. 4º, II) e o fato de 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” (art. 5º., §2º.).

Está evidente em nossa Constituição, a preocupação do legislador com os direitos humanos. Além da imensa lista do art. 5º., inúmeros outros direitos estão espalhados por outros dispositivos constitucionais. Além de enunciar a dignidade humana como fundamento da República e a prevalência dos direitos humanos como princípio, a Magna Carta de 1988, enumera como princípio a reger as relações internacionais do Brasil, “a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade” (art. 4º., IX, CF). Assim, deve o país empenhar-se no reconhecimento dos direitos humanos previstos em instrumentos internacionais.

Outros argumentos colacionados por esse grupo de juristas ressaltam a natureza materialmente constitucional dos direitos humanos e a especial força obrigatória dos tratados de direitos humanos, conhecido como *jus cogens* (PIOVESAN, 2004), que é reconhecida pelo costume internacional.

Ao indagar qual seria o conteúdo ou matéria da Constituição Canotilho (1993, *apud* PIOVESAN, 2004), faz brilhantes considerações, que merecem ser reproduzidas aqui, para melhor compreensão do assunto. De acordo com o autor:

Ao apontar para a dimensão material, o critério em análise coloca-nos perante um dos temas mais polêmicos do direito constitucional: qual é o conteúdo ou matéria da Constituição? O conteúdo da Constituição varia de época para época e de país para país e, por isso, é tendencialmente correto afirmar que não há reserva de Constituição no sentido de que certas matérias têm necessariamente de ser incorporadas na constituição pelo Poder Constituinte. Registre-se porém, que, historicamente (na experiência constitucional), foram consideradas matérias constitucionais, *par excellence*, a organização do poder político (informada pelo princípio da divisão dos poderes) e o catálogo de direitos, liberdades e garantias. Posteriormente, verificou-se, o “enriquecimento” da matéria constitucional através da inserção de novos conteúdos, até então considerados de valor jurídico-constitucional irrelevante, de valor administrativo ou de natureza sub-constitucional (direitos econômicos, sociais e culturais, direitos de participação e dos trabalhadores e constituição econômica) (CANOLTILO (1993, *apud* PIOVESAN, 2004, p. 78)

As normas supranacionais, inerentes à vida em sociedade e ao Direito Internacional, obrigatórias a todos os Estados, independente de sua concordância, são conhecidas como *jus cogens*. Essas normas refletem valores da sociedade internacional e, portanto, qualquer acordo ou tratado que seja lhes seja contrário, é nulo de pleno direito. Por exemplo, seria nulo tratado que versasse sobre o tráfico de escravos ou sobre tortura ou outros tratamentos degradantes.

Além disso, deve-se destacar a questão da responsabilidade internacional do Estado, não podendo ser admitida a revogação de um tratado por lei interna posterior. “Cabe ao Estado conferir cumprimento às disposições do tratado, com o qual livremente consentiu” (PIOVESAN, 2004, p. 86). Essa posição coaduna com a boa-fé que deve orientar as relações internacionais, contemplada no art. 27 da Convenção de Viena: “não cabe ao estado invocar disposições de

seu direito interno como justificativa para o não cumprimento do tratado”.

Os direitos assegurados nos referidos tratados, uma vez que são incorporados imediatamente ao ordenamento jurídico brasileiro e somam-se aos direitos e garantias fundamentais constitucionais, passam a ser cláusulas pétreas, não podendo ser suprimidas nem mesmo por emenda à Constituição (art. 60, §1º, IV da Constituição Federal) (MAZZUOLI, 2000).

Os partidários da corrente que admite a força infraconstitucional dos tratados de direitos humanos, dentre os quais cita-se o ministro Sepúlveda Pertence, admitem a importância de se elevar esses tratados para garantir sua efetividade e alcance, ressaltando, contudo, a necessidade de estarem de acordo com a Constituição, lei máxima do país.

A defesa do caráter supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos guarda estreita relação com o direito natural, com os princípios do direito internacional, considerados superiores à vontade dos Estados. A supremacia do direito internacional, de acordo com Rangel (1967 *apud* PIOVESAN, 2004, p. 92), “tem por fundamento a noção de unidade e solidariedade do gênero humano e deflui normalmente de princípios jurídicos fundamentais, tal como o *pacta sunt servanda* e o *voluntas civitatis maximae est servanda*”.

Impacto no ordenamento jurídico interno

Na esteira da posição doutrinária da Corte Suprema de nosso país, o impacto dos tratados de direitos humanos não guarda grandes discussões. São recebidos como lei ordinária e em caso de confronto com a Constituição, eles não podem prevalecer. O advento de nova lei de mesma hierarquia ou de hierarquia superior revoga o tratado conforme explicitado acima.

Ao adotar, no entanto, a tese de que os direitos humanos garantidos por tratados internacionais são incorporados ao direito brasileiro como normas constitucionais, devemos analisar qual a relação entre direito interno e direito internacional nessa esfera. Dessa relação, podemos citar as seguintes hipóteses: a) a norma de direito constitucional pode ser mera repetição de um direito expresso em tratado internacional; b) o tratado dispõe sobre direito não

consagrado expressamente na Constituição; c) pode a norma internacional vir a suprir lacunas existentes tanto na Constituição como em leis infraconstitucionais; d) pode haver choque entre o tratado e a Constituição.

No primeiro caso, a repetição da norma protetiva no texto da Lei Maior só reforça o valor jurídico da proteção dos direitos humanos. Tais direitos são formalmente e materialmente constitucionais.

Se o tratado dispõe sobre direitos não consagrados explicitamente na Constituição, haverá a inclusão destes direitos no rol dos direitos constitucionalmente garantidos e não poderão ser revogados nem por lei ordinária, nem por emenda constitucional, por tratar de cláusula pétrea. Estes direitos integrarão a norma aberta do §2º. do art. 5º. da Constituição Federal.

A possibilidade de os tratados internacionais preencherem lacunas em nossa Constituição foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus n. 70389-5, que invocou o conceito de tortura dado pelas Convenções de Nova York sobre os Direitos Da Criança (1990), a Convenção contra a Tortura adotada pela Assembléia Geral da ONU (1984), a Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), para integrar a norma constante no Estatuto da Criança e do Adolescente que estabelece como crime a prática de tortura contra criança e adolescente (MAZZUOLI, 2000).

A quarta situação mencionada é a que traz maior polêmica, pois sua resposta depende do referencial adotado: qual a hierarquia das normas. Admitindo que sejam lei ordinária, fica claro a superioridade constitucional, não podendo nenhuma lei lhe ser contrária. Por outro lado, optando pela hierarquia constitucional, posicionamento adotado nesse trabalho, deixamos de nos concentrar na discussão sobre a superioridade, uma vez que os tratados de direitos humanos e as normas constitucionais têm mesma hierarquia, para adentrar nos princípios e valores maiores da Carta Constitucional.

Ao buscar os princípios norteadores da República Federativa do Brasil, encontramos a primazia dos direitos humanos (art. 4º, II, CF). Nesse sentido, seguindo a lição do ilustre professor Mazzuoli (2000), deve prevalecer a norma que estiver mais próxima desse princípio, independente se esta seja de direito

interno, ou de direito internacional. Diante de um conflito entre norma constitucional e tratado internacional, a regra hermenêutica fundamental deve consagrar a prevalência dos direitos humanos e a primazia da norma mais favorável às vítimas. Esse é também o entendimento de Trindade (1996, p 231): “não mais há pretensão de primazia de um ou outro, como na polêmica clássica e superada entre monistas e dualistas. No presente domínio de proteção, a primazia é da norma mais favorável às vítimas, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno”.

A primazia da norma mais favorável às vítimas é consagrada em vários tratados de direitos humanos, que trazem vedações expressas a qualquer restrição ou mitigação dos direitos reconhecidos nos Estados, em virtude de outras convenções, leis, regulamentos ou costumes menos propícios à obtenção destes direitos. Dentre eles podemos citar: O Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos, Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados, Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a Convenção Européia de Direitos Humanos, entre outras.

Mais do que discussões polêmicas, o operador do direito deve enxergar além, buscando extrair da norma, a sua finalidade. Assim, independente de saber se há prevalência da norma interna ou internacional, deve ser eleita aquela que amplie tanto as garantias quanto o exercício dos direitos humanos.

Implicações da emenda constitucional nº. 45 de 2004

No dia 31 de dezembro de 2004 foi publicada no Diário Oficial da União a Emenda Constitucional nº 45, a qual traz profundas alterações em dispositivos constitucionais, principalmente em relação ao Poder Judiciário e ao Ministério Público. Dentre estas alterações, destaca-se o acréscimo do parágrafo 3º ao artigo 5º da Carta Política: “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

A inclusão desse dispositivo, em que pese várias críticas da doutrina,

demonstra o reconhecimento da natureza constitucional dos tratados de direitos humanos e a necessidade de se garantir sua aplicação. Doravante, a discussão não estará centrada na hierarquia desses tratados, pois, votados conforme rege o artigo *supracitado*, são equivalentes às emendas constitucionais.

No entanto, a interpretação literal do artigo restringe esse reconhecimento, admitindo que apenas os tratados e convenções que forem aprovados por *quorum* qualificado adentram o ordenamento jurídico interno com *status* de emendas constitucionais. Desse modo, os tratados de direitos humanos que não respeitem o procedimento do §3º não serão equivalentes às emendas constitucionais. A citada emenda deixa ao alvedrio do Congresso Nacional a adoção do tratado como lei constitucional ou lei infraconstitucional. Tal faculdade está totalmente na contramão dos princípios da Constituição Pátria, pois os direitos humanos não podem ser limitados, por serem cláusula pétreas.

A lei brasileira foi omissa em relação aos tratados internacionais de direitos humanos já existentes anteriormente à emenda 45 e dos quais o Brasil é parte. É nesse sentido, que a doutrina que admite a hierarquia constitucional dos tratados, tem denunciado a limitação da aplicabilidade dos direitos humanos. Há inclusive várias teses afirmando a inconstitucionalidade da referida emenda. A inconstitucionalidade argüida, além da discricionariedade do Congresso, refere-se também à situação dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil antes da emenda 45. Necessitariam estes de votação qualificada para serem equiparados às normas constitucionais?

Solução interessante foi encontrada pela Constituição Argentina, que além de estabelecer normas para a constitucionalização de tratados de direitos humanos vindouros, procurou cuidar da situação dos tratados anteriores à nova lei, conferindo-lhes, condição hierárquica constitucional (TAVARES *et al.*, 2005).

Se os direitos assegurados pelos tratados internacionais, de aplicabilidade imediata, já foram incorporados ao direito interno como normas constitucionais, qualquer medida tendente a limitar seu alcance é flagrantemente inconstitucional. Por força do art. 5º, §2º, esses direitos já foram recepcionados como normas constitucionais e os direitos fundamentais não podem ser abolidos nem por

emenda constitucional.

Para Lopes (2005), a necessidade da votação especial não se aplica aos tratados de direitos humanos anteriores à emenda, pois isso implicaria em abolição de direitos e garantias individuais.

Sgarbossa (2005, p. 6) entende que “é emenda tendente a abolir direitos e garantias fundamentais não somente aquela que vise operar a supressão literal de tais direitos e garantias do texto constitucional, mas também aquela que vise dificultar sua incorporação ou exercício”.

O texto incluído na Constituição significa um retrocesso em matéria de proteção aos direitos humanos, inclusive em relação ao próprio texto constitucional, que já previa o reconhecimento de direitos e garantias assegurados pelos tratados ratificados pelo Brasil. A exigência de *quorum* qualificado dificulta o reconhecimento da natureza constitucional dos tratados de direitos humanos.

Diante da inconstitucionalidade da emenda 45, Sgarbossa (2005) propõe sua rejeição pela doutrina e tribunais pátrios.

Relativamente à inconstitucionalidade da referida emenda, em que pesem os argumentos aqui expostos, cremos que dificilmente será reconhecida pelo Supremo, a quem cabe a guarda da Constituição. Ao adotar a tese de que todos os tratados internacionais têm hierarquia de lei ordinária, apenas aqueles que forem submetidos à votação de 3/5, por duas vezes, em ambas as casas legislativas, serão equivalentes às normas constitucionais. Se não foi admitido que os tratados já ingressaram como normas constitucionais, não há o que se falar em limitação de direitos e garantias.

Há que se ponderar ainda, que não existe prazo determinado para que o Congresso examine um tratado, não havendo nenhuma garantia de que o disposto na emenda deixe a esfera de previsão legal para a aplicação prática. Muitos tratados, dentre eles, a Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados, esperam indefinidamente na pauta do Congresso Nacional.

Quanto ao futuro, a perspectiva é que um número relativamente menor de tratados venha a ser objeto de apreciação pelo Congresso Nacional, o que fará com que o referido dispositivo constitucional seja pouco usado (TAVARES *et*

al, 2005).

Além disso, para que a comunidade jurídica e a sociedade tenham ciência de que um tratado foi aprovado como lei infraconstitucional ou como lei constitucional, é conveniente que essa informação seja inserida no próprio decreto-legislativo que o aprovar e no decreto presidencial de promulgação (TAVARES *et al*, 2005).

Piovesan (TAVARES *et al*, 2005) entende que o *quorum* qualificado pretende apenas adicionar um lastro formalmente constitucional ao tratados, que já tinham *status* constitucional antes da emenda 45. Para essa autora, a regra do §3º. ao artigo 5º. fez nascer em nosso ordenamento jurídico, duas categorias de tratados de direitos humanos, quais sejam, os tratados materialmente constitucionais (que não foram recepcionados por *quorum* qualificado) e os tratados materialmente e formalmente constitucionais (recepcionados de acordo com a regra do art. 5º. §3º. da Constituição Federal). Os regimes jurídicos aplicáveis serão diferentes nos dois casos. Enquanto os tratados materialmente constitucionais são suscetíveis de denúncia, os tratados material e formalmente constitucionais, por sua vez, não podem ser denunciados. Continua a autora:

Ora, se tais direitos internacionais passaram a compor o quadro constitucional, não só no campo material, mas formal, não há como admitir que um ato isolado e solitário do poder executivo subtraia tais direitos do patrimônio popular – ainda que a possibilidade de denúncia esteja prevista nos próprios tratados de direitos humanos ratificados (TAVARES *et al*, 2005, p.75).

Outra questão polêmica trazida pela emenda 45/04 é a extensão dos parâmetros que deverão ser observados quando do controle de constitucionalidade, o chamado bloco de constitucionalidade. De acordo com esse conceito, o princípio da supremacia da Constituição, que permite o controle de constitucionalidade das leis infraconstitucionais, passa a ter como referência uma reunião de diplomas normativos diversos, não consolidados num único código.

Esse conceito já era admitido pelo Supremo, ao admitir restritivamente o conceito de bloco de constitucionalidade, aceitando, como parâmetro, os princípios orientadores implícitos e inerentes à Constituição. Nesse sentido é a ADIN 595. “Agora, também fará parte do ordenamento constitucional, os preceitos expressos e implícitos contidos nos tratados de proteção aos direitos humanos aprovados pro *quorum* qualificado nos moldes do art. 5º., §3º., CF” (TAVARES *et al*, 2005, p. 100).

Esperamos, entretanto, que o dispositivo acrescentado à Lei Maior possa dar maior efetividade e aplicabilidade aos direitos humanos. Não basta que o país assine tratados ou que edite documentos alargando a amplitude dos direitos humanos, é preciso que esses direitos possam ser exercidos pelos cidadãos. A proteção dos direitos humanos é princípio norteador do Estado Brasileiro e deve ser garantida, independentemente da procedência internacional ou interna das normas.

Conclusão

Os direitos humanos, universais, interdependentes e inter-relacionados são fruto de uma luta histórica, que não se circunscreve apenas às “questões de ordem interna”, mas ganham atenção do Direito Internacional. Assim, deve o Brasil, por intermédio de mudanças em seu ordenamento jurídico, laborar no sentido de engrandecer e fazer valer o Sistema Internacional de Proteção aos Direitos Humanos.

A Constituição de 1988 é considerada um modelo, pois além de trazer vários direitos, ainda traz mecanismos para assegurar o respeito a eles. No entanto, os operadores do direito brasileiro ainda se mostram arredios à presença cada vez mais forte do direito internacional.

Os tratados e acordos internacionais não são uma ameaça à soberania de um país, uma vez que pode ele aceitar ou não estes acordos. Uma vez aceito pelo país, o tratado deve ser respeitado, não podendo o país justificar seu descumprimento em virtude de norma de direito interno. Caso não o faça, não haverá garantia de cumprimento e obediência às normas internacionais.

Se a responsabilidade dos Estados pelo cumprimento dos tratados

convencionais é importante, muito mais o é, nos casos de tratados de proteção aos direitos humanos. A defesa dos direitos humanos, principalmente nas questões sociais dos países subdesenvolvidos, é bandeira sustentada internacionalmente pelo Brasil. Além disso, é um dos princípios basilares do direito constitucional pátrio.

A emenda 45 teve o mérito de reconhecer a necessidade de que os tratados de direitos humanos sejam equivalentes às normas constitucionais. Caberá ao legislativo a aplicação deste dispositivo constitucional, aprovando os tratados com o quorum exigido pela norma. Caberá também ao judiciário reconhecer a força normativa desses diplomas legais, aptos a servir de paradigma a todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Sabedores de que muitas discussões terão lugar a respeito do tema, nos limitamos a apresentar os primeiros questionamentos sobre a nova lei, ainda tão recente. Nesse sentido, cremos que nossos apontamentos foram úteis para instigar o desejo de continuar a busca por uma maior interação entre o direito internacional e o direito interno para a garantia dos direitos humanos.

Referências Bibliográficas

DALLARI, P. B. A. **Constituição e tratados internacionais**. São Paulo: Saraiva, 2003.

LOPES, A. H. C. **A força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos e a Emenda Constitucional nº 45/2004**. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 549, 7 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6157>>. Acesso em: 29 jan. 2005.

MAGALHÃES, J. C. **O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional: uma análise crítica**. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MAZZUOLI, V. de O. **Direitos humanos e relações Internacionais**. Campinas, SP: Ága Juris, 2000.

MELO, C. D. A. **Curso de direito Internacional Público**. 13ª. ed, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MORAES, A. de. **Direito constitucional**. 11ª. ed. São Paulo:Atlas, 2002.

PIOVESAN, F. **Direitos humanos e direito Constitucional Internacional**. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Max Limonad, 2004. .

SILVA, L. N. **A Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal e os tratados internacionais: estudo sobre o direito dos tratados e o direito constitucional brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 61, jan. 2003.

Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3655>>. Acesso em: 29 jan. 2005

SILVA, J. A. da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SGARBOSSA, L. F. **A Emenda Constitucional nº 45/04 e o novo regime jurídico dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos** . Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 575, 2 fev. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6272>>. Acesso em: 29 jan. 2005.

TAVARES, A. R.; LENZA, P.; ALARCÓN, P. de J. L. (cord). **Reforma do judiciário analisada e comentada**. São Paulo: Método, 2005.

TRINDADE, A. A. C. (ed.). **A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro.** Brasília: San José, IIDH, ACNUR, CIVIC, CUE, 1996.