

TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS E A AMPLIAÇÃO DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE EM FACE DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004

Isabel Cristina Lima Danta
Aluno do Curso de Direito
Fundação Educacional de Barretos - FEB

SUMÁRIO: Introdução. 1. Objetivo. 2. Metodologia. 3. Desenvolvimento. 3.1. Aspectos gerais de Tratados Internacionais. 3.2. Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos. 3.2.1 Características dos Direitos Humanos. 3.2.2 Diferença entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. 3.2.4 Do depositário infiel e o Pacto de São José da Costa Rica. 3.3 A Emenda Constitucional nº 45/04 e o novo regime jurídico dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos. 3.4 Hierarquia dos Tratados Internacionais antes da EC nº 45/04. Conclusão. Referências Bibliográficas.

RESUMO

O propósito do presente trabalho é demonstrar a ampliação do bloco de constitucionalidade em nosso ordenamento jurídico, ante a equiparação dos tratados internacionais a normas constitucionais. Por intermédio deste trabalho, tentar-se-á verificar se os tratados internacionais sobre direitos humanos incorporam-se no Direito interno brasileiro como Direito Constitucional (*status* de norma constitucional) antes da Reforma do Judiciário (EC nº 45/04), em virtude da interpretação do § 2º, do art. 5º, da CF/88.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho focaliza-se no estudo da ampliação do bloco de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro em face da Emenda Constitucional nº 45/04 (EC nº 45/04). Uma vez que, para alguns autores, os tratados internacionais sobre direitos humanos só passaram a ter *status* de norma constitucional após o advento da EC nº 45/04.

Segundo estes constitucionalistas e internacionalistas, apenas com o advento da EC nº 45/04 é que ocorreu a ampliação do bloco de constitucionalidade na medida em que se passa a ter um novo parâmetro para a aferição de constitucionalidade no ordenamento jurídico pátrio (norma formal e materialmente constitucional), qual seja, consoante o § 3º, do art. 5º, da CF/88, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional (CN), em dois turnos, por 3/5 dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes à Emenda Constitucional (EC).

Entretanto, de acordo com outra parte da doutrina, foi atribuído aos tratados sobre direitos humanos *status* de norma constitucional antes da Reforma do Judiciário

(Emenda Constitucional nº 45/04), em virtude da interpretação do § 2º, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), que dispõe: “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.”

Ressalta-se que o presente trabalho concentra-se no estudo da ampliação do bloco de constitucionalidade, bem como nos tratados sobre direitos humanos em face da EC nº 45/04 e a ampliação do bloco de constitucionalidade.

1. OBJETIVO

Será demonstrada a ampliação do bloco de constitucionalidade em nosso ordenamento jurídico, ante a equiparação dos tratados internacionais a normas constitucionais, priorizando-se no presente trabalho a análise do momento em que ocorreu a mencionada ampliação, qual seja, antes ou depois da EC nº 45/04.

2. METODOLOGIA

Na elaboração da presente monografia, o referencial metodológico utilizado foi o dedutivo, posto que parte da premissa antecedente, ou seja, a legislação e a doutrina, e chega ao conhecimento particular. E o analítico, porque suas abordagens apresentam a utilização de análise de documentos e textos. A pesquisa bibliográfica tem por escopo obter conhecimento por meio de informações contidas em obras doutrinárias, textos legais, teses, monografias e repertórios de jurisprudência. Com todo material levantado para a pesquisa, procurou-se elucidar o pensamento dos doutrinadores, usando leitura, palavras próprias e citações, objetivando desencadear um raciocínio que tornasse útil a compreensão das idéias expostas. Assim sendo, procurou-se empregar um procedimento sistematizado, pelo qual se fez uma mescla entre posições doutrinárias com a jurisprudência e legislação vigente, buscando, desta forma, obter a pesquisa almejada.

3. DESENVOLVIMENTO

3.1. Aspectos gerais de Tratados Internacionais

Tratado é: “[...] todo acordo formal concluído entre sujeitos de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos. [...] Pelo efeito compromisso e cogente que visa produzir, o tratado dá cobertura legal à sua própria substância.”¹

Alexandre de Moraes salienta que: “Tratado internacional é o acordo entre dois ou mais sujeitos da comunidade internacional que se destina a produzir determinados efeitos jurídicos.”²

Os tratados internacionais, na definição de Celso Ribeiro Bastos: “[...] são acordos formais, eis que, à moda do que acontece com os contratos no direito interno,

¹ REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 14.

² MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 6ª ed. Atualizada até a EC nº 52/06. São Paulo: Atlas, 2006, p. 460.

demandam eles uma concordância de vontades, o que os distingue do ato jurídico unilateral.”³

Segundo consta da Convenção de Havana sobre Tratados, de 1928, em seu art. 2º: “É condição essencial nos tratados a forma escrita”, exigência mantida pela Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados, concluída em maio de 1969, considerada a “Lei dos Tratados”.

Rezek⁴ salienta que no plano internacional não existe autoridade superior nem milícia permanente.

Uma vez que, consoante supracitado internacionalista: “Os Estados se organizam horizontalmente, e prontificam-se a proceder de acordo com normas jurídicas na exata medida em que estas tenham constituído objeto de seu consentimento.”⁵

Luís Roberto Barroso ainda complementa que: “O tratado ou convenção, propriamente ditos, por serem de natureza internacional, não deixam de vigor nem são considerados nulos. Mas, uma vez declarados inconstitucionais, já não poderão produzir efeitos válidos internamente.”⁶

Segundo José Carlos Evangelista de Araújo e Lucas de Souza Lehfeld:

[...] não há hierarquia entre as normas de Direito Internacional público, mas sim diretrizes que lhes proporcionam orientação quanto à sua aplicabilidade e limitação. [...] o Direito Internacional público e seus principais instrumentos normativos, como os tratados internacionais, fundamentam-se no consentimento. Os Estados apenas se subordinam àquele direito que propriamente construíram e legitimamente reconhecem. Trata-se do consagrado *pacta sunt servanda*, princípio que, embora atualmente seja observado com ressalvas em virtude da dinamicidade das relações internacionais – muitas vezes submetidas a situações imprevistas – ainda é pedra angular na formulação e execução dos tratados internacionais.⁷

No direito brasileiro, a celebração de tratados, convenções e atos internacionais é de competência privativa do Presidente da República, sujeita a referendo do Congresso Nacional (art. 84, VIII, da CF), ao qual incumbe resolver definitivamente sobre quaisquer acordos e atos internacionais que acarretam encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional (art. 49, I, da CF).

3.2. *Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos*

A Constituição brasileira tem como um de seus fundamentos a “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III, da CF), e rege-se nas suas relações internacionais pelo princípio da “prevalência dos direitos humanos” (art. 4º, II, da CF), dentre outros.

O valor da dignidade humana, como fundamento constitucional, segundo Flávia Piovesan: “[...] impõe-se como um núcleo básico e informador do ordenamento

³ BASTOS, Celso Ribeiro. **Dicionário de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 216.

⁴ REZEK, José Francisco. Op. cit., p. 1.

⁵ Ibid., p. 1.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 135.

⁷ ARAÚJO, José Carlos Evangelista de; LEHFELD, Lucas de Souza. Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos no âmbito da Emenda Constitucional 45/2004. **Revista dos Tribunais**, ano 95, v. 846, p. 98, abr. 2006.

jurídico, como critério e parâmetro de valorização a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional.”⁸

Ocorre que, consoante Glauco Barreira Magalhães Filho: “[...] os direitos fundamentais, bem como toda a ordem jurídica, têm como assento material o valor da pessoa humana.”⁹

A Constituição Federal de 1988 inova ao acrescentar o §2º do artigo 5º:

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.

Alexandre de Moraes discorre que:

Os direitos e garantias expressos na Constituição Federal não excluem outros de caráter constitucional decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, desde que expressamente previstos no texto constitucional, mesmo que difusamente, ou seja, fora do rol do art. 5º, que é meramente exemplificativo. Importante ressaltar que as normas constitucionais cuja natureza jurídica configura-se como direito ou garantia individual, mesmo não estando descritas no rol do art. 5º da Carta Magna, são imodificáveis, pois serão inadmissíveis emendas tendentes a suprimi-las, total ou parcialmente, por tratar-se de cláusulas pétreas (CF, art. 60, § 4º, IV).¹⁰

Assim, “a contrario sensu”, a Constituição inclui no rol dos direitos constitucionalmente protegidos, os decorrentes de tratados internacionais que o Brasil seja parte, por processo que implica na incorporação pelo texto constitucional desses direitos, atribuindo-lhes hierarquia de norma constitucional, consoante assegura Flávia Piovesan.¹¹

Ou seja, segundo Nadia de Araújo e Inês da Matta Andreiuolo: “[...] o legislador constituinte deu hierarquia constitucional aos direitos humanos protegidos nos tratados ratificados pelo Brasil.”¹²

Consoante Antônio Augusto Cançado Trindade:

[...] a novidade do art 5 (2) da Constituição de 1988 consiste no acréscimo, por proposta que avancei, ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados, os direitos e garantias expressos em tratados internacionais sobre proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte. (...) É alentador que as conquistas do direito internacional em favor da proteção do ser humano venham a projetar-se no direito constitucional enriquecendo-o, e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista.¹³

⁸ Apud SILVA, Larissa Dias Magalhães. **A implementação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos na Constituição Federal de 1988**. Brasília, 2005, p. 37.

⁹ Ibid., p. 37.

¹⁰ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 6ª ed. Atualizada até a EC nº 52/06. Op. cit., p. 458 e 459.

¹¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 75.

¹² Apud SILVA, Larissa Dias Magalhães. Op. cit., p. 38.

¹³ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 631.

De fato, constitui-se, com tal dispositivo, um sistema normativo aberto de direitos e garantias fundamentais, que, nas palavras de Jose Joaquim Gomes Canotilho:

É um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica (Caliess), traduzida na disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da verdade e da justiça.¹⁴

Como explica Paulo Gustavo Gonet Branco:

O parágrafo em questão dá ensejo a que se afirme que se adotou um sistema aberto de direitos fundamentais no Brasil, não se podendo considerar taxativa a enumeração dos direitos fundamentais no Título II da Constituição (...) É legítimo, portanto, cogitar de direitos fundamentais previstos expressamente no catálogo da carta e de direitos materialmente fundamentais que estão fora do catálogo. Direitos não rotulados expressamente como fundamentais no título próprio da Constituição podem ser como tal considerados, a depender da análise de seu objeto e dos princípios adotados pela Constituição.¹⁵

Nas palavras de Antônio Augusto Cançado: “[...] a nova Constituição Brasileira vem, assim, fortalecer a tendência de Constituições recentes de reconhecer a relevância da proteção internacional dos direitos humanos e dispensar atenção e tratamento especial à matéria.”¹⁶

Para Valerio de Oliveira Mazzuoli, da análise do §2º, do art. 5º, da Constituição aparecem, então, três vertentes quanto aos direitos e garantias: a) direitos expressos na Constituição; b) direitos expressos nos tratados internacionais que o Brasil seja parte; c) direitos implícitos, subentendidos nas regras de garantias.¹⁷

Segundo Luís Fernando Sgarbossa:

No Brasil, existe uma tendência em situar as normas internacionais no mesmo plano hierárquico que as normas infraconstitucionais, conferindo, em geral, o mesmo grau hierárquico de lei ordinária às normas internacionais. Tal entendimento é predominante, quer na doutrina, quer nos pretórios, equiparando-se as normas internacionais à lei ordinária e submetendo ambas à Constituição Federal.¹⁸

Para supracitado autor, doutrina minoritária, dentre eles Flávia Piovesan, Antônio Augusto Cançado Trindade e Fernando Luiz Ximenes Rocha têm entendido que:

Numa interpretação sistemática do texto contido nos dois parágrafos supra, da lavra do constituinte originário, repise-se, verifica-se que o § 2º consubstancia uma espécie de cláusula geral aberta de recepção dos tratados

¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1143.

¹⁵ Apud SILVA, Larissa Dias Magalhães. Op. cit., p. 39.

¹⁶ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Op. cit., p. 631.

¹⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direitos humanos, Constituição e tratados internacionais**: estudo analítico da situação e aplicação do Tratado na ordem jurídica brasileira. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 235 e 236.

¹⁸ SGARBOSSA, Luís Fernando. **A Emenda Constitucional nº 45/04 e o novo regime jurídico dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos**. Publicado no site www.jus2.uol.com.br, em novembro de 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6272>> Acesso em: 8/2/2007, p. 1.

internacionais que contenham direitos e garantias fundamentais pela Constituição da República [...] sendo que tais disposições, por força da norma contida no § 1º, têm aplicação imediata.¹⁹

É do magistério de Flávia Piovesan o seguinte excerto:

Ao efetuar tal incorporação, a Carta está a atribuir aos direitos internacionais uma hierarquia especial e diferenciada, qual seja, a hierarquia de norma constitucional. Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados.²⁰

Não é outro o entendimento de Fernando Luiz Ximenes Rocha, citado por Alexandre de Moraes:

Posição feliz a do nosso constituinte de 1988, ao consagrar que os direitos garantidos nos tratados de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil é parte recebe tratamento especial, inserindo-se no elenco dos direitos constitucionais fundamentais, tendo aplicação imediata no âmbito interno, a teor do disposto nos §§ 1º e 2º do art 5º da Constituição Federal.²¹

Reforçam o entendimento que equipara os referidos instrumentos internacionais às normas constitucionais a natureza materialmente constitucional dos direitos e garantias fundamentais, como bem lembra Jose Joaquim Gomes Canotilho.²²

Assim sendo, o entendimento esposado por esta doutrina entende que existem dois regimes jurídicos em matéria de instrumentos internacionais no Brasil: o regime jurídico comum, para os tratados em geral, cujo *status* hierárquico é igual ao das leis ordinárias, e o regime jurídico especial e próprio dos tratados em matéria de direitos humanos, cujo *status* hierárquico é equiparado ao de normas constitucionais, devido às disposições constantes dos parágrafos 1º e 2º do art. 5º da Constituição da República.

Tratados e convenções internacionais, segundo Luís Roberto Barroso, são incorporados ao ordenamento jurídico como *status* de lei ordinária. Conseqüentemente, sujeitam-se ao princípio da supremacia da Constituição (tema já estudado no item 2.2 e 2.3) e à eventual declaração de inconstitucionalidade, “[...] que recairá, em verdade, sobre os decretos de aprovação e promulgação.”²³

Já Flávia Piovesan²⁴ sustenta um *status* constitucional para os direitos enunciados em tratados de proteção dos direitos humanos.

Nossos tribunais já manifestaram a respeito da matéria:

No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em conseqüência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. (...) O Poder Judiciário – fundado na supremacia da Constituição da República – dispõe de competência para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de

¹⁹ Ibid., p. 2.

²⁰ PIOVESAN, Flávia. Op. cit., p. 74.

²¹ Apud MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 459.

²² Apud PIOVESAN, Flávia. Op. cit., p. 76 e 77.

²³ BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 135.

²⁴ PIOVESAN, Flávia. Op. cit., p. 77.

constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno.²⁵

Para Pedro Lenza²⁶, mesmo antes da EC nº 45/04, os tratados internacionais veiculadores de direitos humanos fundamentais ingressavam no ordenamento interno, por força do art. 5º, § 2º, da CF de 1988, com o caráter de norma constitucional, enquanto os outros tratados internacionais, de outra natureza, com o caráter de norma infraconstitucional.

Segundo supracitado autor:

[...] a maior parte da doutrina e pacificamente os tribunais (salvo alguns juízes do 1º TACSP), inclusive, de forma majoritária, o STF, entendiam que os tratados internacionais de direitos de qualquer natureza, mesmo sobre direitos humanos, ingressam no ordenamento interno com o caráter de norma infraconstitucional, guardando estrita relação de paridade normativa com as leis ordinárias editadas pelo estado brasileiro (*RTJ* 83/809 e *Informativo STF* n. 73 – *DJ* 30.5.97) [...].²⁷

O Ministro Maurício Correia, expõe, com precisão, o posicionamento do STF:

[...] os compromissos assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte (§ 2º do art. 5º da Constituição) não minimizam o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração da sua Constituição; por esta razão, o art. 7º, n. 7, do Pacto de São José da Costa Rica (‘ninguém deve ser detido por dívida’: ‘este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar’), deve ser interpretado com as limitações impostas pelo art. 5º, LXVII, da Constituição.” (julgamento: 19.3.96, sessão: 02; 2ª Turma: *DJ* 20.9.96, p. 34534; Votação: por maioria e unânime. Resultado: Conhecido em parte e indeferido. *RT* 748/152).²⁸

Consoante Luiz Flavio Gomes e Valerio de Oliveira Mazzuoli²⁹, o STF admitiu em relação aos tratados internacionais sobre direitos humanos status supralegal, mas não chegou a concebê-los como normas constitucionais, tendo como principal expoente desse avanço o Ministro Gilmar Mendes (RE 466.343-SP).

Luiz Flávio Gomes salienta a respeito do voto do Ministro Gilmar Mendes no RE 466.343-SP que:

O que de mais relevante se depreende desse voto é o seguinte: todo direito interno que conflita com o Direito humanitário internacional não possui validade. É vigente mas não é válido. Isso foi afirmado (com todas as letras) pelo Min. Gilmar Mendes na questão da prisão civil do depositário infiel no caso de alienação fiduciária. A lei ordinária prevê a prisão civil, a Constituição brasileira também, mas ela é refutada pela Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 7º, 7). Logo, não tem validade (RE 466.343-SP).³⁰

²⁵ STF, Inf. STF, 228:3, 2001, ADInMC 1.480-DF, rel. Min. Celso de Melo.

²⁶ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 8ª ed. São Paulo: Método, 2005, p. 107 e 108.

²⁷ *Ibid.*, p. 108.

²⁸ Apud LENZA, Pedro. *Op. cit.*, p. 108.

²⁹ GOMES, Luiz Flávio e MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Tratados de direitos humanos: Nível Supralegal**. Publicado no site www.lfg.blog.com.br, em 19/3/2007. Disponível em: <<http://lfg.blog.br.19mar.2007>>. Acesso em: 25/3/2007.

Portanto, doutrinariamente, como asseguram Gomes e Mazzuoli³¹, é sustentável, de qualquer maneira, a tese de que os tratados internacionais sobre direitos humanos contam com nível constitucional.

3.2.1 Características dos Direitos Humanos

Segundo Carlos Weis, a construção do Direito Internacional dos Direitos Humanos, “[...] propiciada pela cumulação de tratados internacionais e pelo aprimoramento dos mecanismos de monitoramento e promoção”³², implicou o surgimento de características próprias.

Enoque Ribeiro dos Santos salienta que:

O conceito da expressão direitos humanos pode ser atribuído aos valores ou direitos inatos e imanentes à pessoa humana, pelo simples fato de ter ela nascido com esta qualificação jurídica. São direitos que pertencem à essência ou à natureza intrínseca da pessoa humana, que não são acidentais e suscetíveis de aparecerem e desaparecerem em determinadas circunstâncias. São direitos eternos, inalienáveis, imprescritíveis que se agregam à natureza da pessoa humana, pelo simples fato de ela existir no mundo do direito.³³

José Afonso da Silva ao tratar do conceito dos direitos humanos, afirma que:

[...] os direitos fundamentais do homem constituem a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.³⁴

O conjunto de direitos e garantias da pessoa humana tem por finalidade básica o respeito à sua dignidade, segurança e bem-estar, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder do Estado, demais entidades representativas de poder, incluindo-se aqui os representantes da sociedade civil, bem como o estabelecimento de condições mínimas de vida para o desenvolvimento da personalidade humana, consoante ensinamentos de Enoque Ribeiro dos Santos.³⁵

Carlos Weis revela ainda que:

A propósito, Carlos Santiago Nino identifica os direitos humanos como “uno de los más grandes inventos de nuestra civilización” (*Ética y Derechos Humanos: un Ensayo de Fundamentación*, p. 2), justamente pelo fato de ser o antídoto criado pela Humanidade para neutralizar as desgraças advindas da prática de se usar os homens como instrumentos, sobretudo quando é levada a cabo pelos poderosos, o que se dá, além da submissão

³⁰ GOMES, Luiz Flávio. **O valor jurídico dos tratados de direitos humanos**. Publicado no site www.lfg.blog.com.br, em 3/4/2007. Disponível em: <<http://lfg.blog.br.03abril.2007>>. Acesso em: 15/4/2007, p. 2.

³¹ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Tratados de direitos humanos: Nível Supralegal**. Op. cit., p. 2.

³² WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 109.

³³ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **O papel dos direitos humanos na valorização do direito coletivo do trabalho**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 157, 10 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4609>>. Acesso em: 27 maio 2007, p. 5 e 6.

³⁴ Apud SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Op. cit., p. 6.

³⁵ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Op. cit., p. 6.

causada pela força das armas, também no campo das relações interpessoais, de que sofrem historicamente as mulheres, os indígenas, os negros, as crianças, os pobres, entre tantos outros. A desconsideração da dignidade fundamental de cada ser humano não tem fronteiras e não tem lugar na cultura humana.³⁶

Assim, além das características tradicionalmente apontadas – inalienabilidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade – surgem outras, decorrentes da construção doutrinária, tais como a inerência, a universalidade, a indivisibilidade e interdependência, e a transnacionalidade.

3.2.2 Diferença entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais

Marcio José Barcellos Mathias³⁷ ao estabelecer a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, assegura que o critério pessoal não é suficiente para se determinar a diferença, pois nos dois casos o destinatário da proteção é a pessoa humana.

Assim, Ingo Wolfgang Sarlet confere ao aspecto espacial da norma o primeiro fator preponderante:

Em que pese sejam ambos os termos ('direitos humanos' e 'direitos fundamentais') comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo 'direitos fundamentais' se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos' guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).³⁸

Márcio José Barcellos Mathias ainda observa que: “Apesar de existir uma progressiva positivação interna dos direitos humanos, não poderão tais conceitos serem entendidos como sinônimos, pois a efetividade de cada um é diferente.”³⁹

E, neste ponto, Ingo Wolfgang Sarlet é incisivo ao afirmar que:

Além disso, importa considerar a relevante distinção quanto ao grau de efetiva aplicação e proteção das normas consagradoras dos direitos fundamentais (direito interno) e dos direitos humanos (direito internacional), sendo desnecessário aprofundar, aqui, a idéia de que os primeiros que – ao menos em regra – atingem (ou, pelo menos, estão em melhores condições para isto) o maior grau de efetivação, particularmente em face da existência de instâncias (especialmente as judiciárias) dotadas do poder de fazer respeitar e realizar estes direitos.⁴⁰

³⁶ WEIS, Carlos. Op. cit., p. 115.

³⁷ MATHIAS, Marcio José Barcellos. **Distinção conceitual entre Direitos Humanos, Direitos Fundamentais e Direitos Sociais**. Publicado no site www.direitonet.com.br, em 2/8/2006. Disponível em: <<http://direitonet.com.br/artigos/x/27/91/2791>>. Acesso em: 5/5/2007, p. 1.

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 35 e 36.

³⁹ MATHIAS, Marcio José Barcellos. Op. cit., p. 1.

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 40.

Para Antonio Enrique Perez Luño:

O termo direitos humanos tem um alcance mais amplo, sendo empregado, de um modo geral, para fazer referência aos direitos do homem reconhecidos na esfera internacional, sendo também entendidos como exigências éticas que demandam positividade, ou seja, como um 'conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional'.⁴¹

3.2.4 Do depositário infiel e o Pacto de São José da Costa Rica

A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu artigo 5º, LXVII, que: "não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel."

Todavia, consoante Paulo Alberto Carneiro da Costa Filho: "[...] com a edição da emenda constitucional nº 45, a prisão civil do depositário infiel mostra-se inconstitucional, havendo um choque de normas constitucionais. [...] por afrontar claramente o princípio da proporcionalidade."⁴²

Tal disposição, como assegura Inácio de Carvalho Neto⁴³, foi revogada pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 27, de 26 de maio de 1992, e posta em vigor por meio do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, publicado no DOU em 09 de novembro de 1992, cujo art. 7º, § 7º, prevê a exclusividade da prisão civil do devedor de alimentos:

Art. 7º: Direito à liberdade pessoal [...]
§ 7º. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

Para Luma Gomides de Souza:

A posição adotada neste último Tratado é facilmente entendida, posto que as legislações mais avançadas do mundo proíbem expressamente qualquer tipo de prisão civil, ressalvando-se apenas o caso do alimentante. O motivo é claro; tratando de inadimplemento de prestação alimentícia, busca-se proteger não a dívida em si, mas a integridade física do alimentado, sua própria saúde e vida. Houve quem tentasse sustentar que o Pacto de São José da Costa Rica fazia referência apenas às duas primeiras hipóteses de depósito: contratual e legal, abrangendo apenas as obrigações contraídas nas relações negociais, que envolvem o dia a dia das pessoas comuns. Deste modo, ficaria excluída do referido diploma a proibição da prisão por dívida do depositário judicial. Tal entendimento não tem razão de ser. O Tratado

⁴¹ Apud Jane Reis Gonçalves Pereira, 2006, p. 76.

⁴² COSTA FILHO, Paulo Alberto Carneiro. **Prisão civil do depositário infiel: inconstitucionalidade superveniente frente à Emenda Constitucional nº 45**. Publicado no site Escritório On Line, 18/5/2005. Disponível em: <http://www.escriptorioonline.com/webnews/noticia.php?id_noticia=6031&-22k>. Acesso em: 7 maio 2007, p. 1.

⁴³ CARVALHO NETO, Inacio de. **A prisão do depositário infiel, o Pacto de São José da Costa Rica e o Novo Código Civil**. Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosc/inacio_prisao.doc>. Acesso em 7/5/2007, p. 2.

não faz nenhuma diferenciação expressa entre as modalidades, não sendo possível à doutrina fazê-lo diante de tais circunstâncias.⁴⁴

Consoante Inácio de Carvalho Neto: “[...] a Constituição de 1988, a nosso ver, não determina a prisão do depositário infiel, assim como não determina a prisão do devedor de alimentos; ela as permite.”⁴⁵

Supracitado autor ainda salienta que:

Parece claro que o objetivo da norma, que é de direito individual, não é determinar a prisão de quem quer que seja, mas, ao contrário, proibir, como regra, a prisão civil por dívida. Admite, contudo, as duas exceções, não como determinação, mas como mera permissão. Ou seja: a lei pode prever prisão civil por dívida apenas nestes dois casos: do devedor de alimentos e do depositário infiel; em nenhum outro caso haverá prisão civil por dívida. Mas ainda nestes dois casos, há necessidade de previsão legal. Não é a Constituição Federal quem prevê a prisão do devedor; ela apenas permite que a lei preveja. É preciso lei para tanto; sem lei, não há prisão civil por dívida nem mesmo nestes dois casos.⁴⁶

Para Luma Gomides de Souza⁴⁷, fica clara a antinomia existente entre normas de direito internacional e de âmbito nacional. Segundo o autor, o que se pergunta na verdade é se os tratados Internacionais que versam sobre direitos humanos teriam ou não poderes para revogar ou modificar normas internas.

A única forma de solucionar a discussão é analisando qual dos diplomas teria maior hierarquia, consoante mencionado autor: “[...] O tema sempre foi controverso, sendo que o entendimento doutrinário e jurisprudencial tem mudado substancialmente com o decorrer dos anos.”⁴⁸

Em suma, conforme já exposto (item 3.3), são quatro os posicionamentos: a) supraconstitucionalidade, b) constitucionalidade, c) status de lei ordinária, d) supralegalidade.

Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, para Souza⁴⁹, gozam de posição privilegiada perante as demais normas ordinárias nacional, estando acima delas, modificando-as, mas não podendo ser modificados por elas.

Portanto, respeitados os demais entendimentos quanto ao tema, referido autor entende que os tratados Internacionais de Direitos Humanos adentram nosso ordenamento com status de supralegalidade, estando acima das leis ordinárias, mas abaixo da Constituição Federal.

Luma Gomides de Souza entende ainda que:

Deste modo, claro está que, ante a proibição existente nos dois pactos referidos, mesmo não havendo revogação do dispositivo constitucional referente à prisão civil do depositário infiel, sua efetivação está suspensa, posto que não se pode fazer uso das leis infraconstitucionais que violem os tratados. Assim, não haveria embasamento legal para justificar tal prisão. Não podemos ignorar também o fato de que a prisão por dívida, salvo no caso de inadimplemento de pensão alimentícia, é deveras desarazoadas,

⁴⁴ SOUZA, Luma Gomides de. **Da impossibilidade da prisão do depositário infiel**. Publicado no site: www.lfg.com.br, em 4/4/2007. Acesso em: 5/5/2007, p. 2.

⁴⁵ CARVALHO NETO, Inacio de. **A prisão do depositário infiel, o Pacto de São José da Costa Rica e o Novo Código Civil**. Op. cit., p. 2.

⁴⁶ Ibid., p. 2.

⁴⁷ SOUZA, Luma Gomides de. Op. cit., p. 3.

⁴⁸ Ibid., p. 3.

⁴⁹ Ibid., p. 9.

ferindo inegavelmente o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, expressos na Constituição Federal de 1988. Havendo meios menos gravosos ao devedor que a prisão, deveremos preferir sempre estes primeiros, pelo binômio da necessidade/adequação. Não é justo colocarmos a pretensão meramente patrimonial do credor acima do direito fundamental à liberdade do devedor. E, como já vimos, não há que se falar em inaplicabilidade dos direitos fundamentais aos devedores.⁵⁰

Em contrapartida, Inácio de Carvalho Neto assegura que: “Nada impede, todavia, que nova lei crie novamente a prisão civil do depositário infiel. Lei assim terá o beneplácito da Constituição Federal.”⁵¹

Segundo mencionado autor foi justamente o que fez o novo Código Civil (Lei nº 10.406/02), que entrou em vigor em 11 de janeiro de 2003: “[...] Art. 652: Seja o depósito voluntário ou necessário, o depositário que não o restituir quando exigido será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e ressarcir os prejuízos.”

Para Carvalho Neto: “[...] Restaurou-se, assim, a possibilidade da prisão do depositário infiel.”⁵²

Referido autor defende que tal disposição pode criar problemas para o Brasil em nível internacional, pelo descumprimento de um Tratado ratificado. Mas, “[...] em se tratando de direito civil interno, é indiscutível agora o cabimento da prisão do depositário infiel.”⁵³

Portanto, no entendimento de Carvalho Neto:

[...] embora sempre houvesse permissão constitucional, não era possível no Brasil a prisão civil do depositário infiel, em face da inexistência de lei em vigor que a determinasse, sendo que a lei que a determinava foi revogada pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), tendo agora sido restabelecida pelo novo Código Civil.⁵⁴

Cabe ressaltar, ainda, segundo o tema exposto, o posicionamento de Paulo Alberto Carneiro da Costa Filho:

[...] realizando uma interpretação sistemática, os direitos humanos fundamentais são considerados "clausulas pétreas", devendo, portanto, sempre serem ampliados, e jamais restringidos ou abolidos. Punir o cidadão com prisão civil por dívida, salvo o caso de alimentos, é um total descompasso com os princípios norteadores dos direitos humanos fundamentais, e com a concepção moderna do constitucionalismo.⁵⁵

Desta forma, consoante Costa Filho, a inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel, “[...] está escancarada, fato superveniente, que deve por definitivo passar a ser visto pelos julgadores. Espera-se, que no raiar de uma nova perspectiva de tratamento aos direitos humanos, o respeito a este bem jurídico fundamental seja garantido.”⁵⁶

Nossos Tribunais Superiores estão formando entendimento a respeito do assunto, a exemplo do RE 466.343-SP, ainda não concluído.

⁵⁰ SOUZA, Luma Gomides de. Op. cit., p. 9.

⁵¹ CARVALHO NETO. Op. cit., p. 3.

⁵² Id., p. 3.

⁵³ Ibid., p. 3.

⁵⁴ Ibid., p. 3.

⁵⁵ COSTA FILHO, Paulo Alberto Carneiro. Op. cit., p. 2.

⁵⁶ Ibid., p. 3.

Essencial, para tanto, deve-se haver uma interação entre o direito internacional e direito interno, ao revés, do distanciamento observado.

3.3 A Emenda Constitucional nº 45/04 e o novo regime jurídico dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos

A Emenda Constitucional nº 45 foi publicada no Diário Oficial da União no dia 31 de dezembro de 2004, promulgada no dia 8 do mesmo mês, que, consoante Luís Fernando Sgarbossa⁵⁷, consubstancia a tão festejada Reforma do Judiciário, que procedeu a profundas alterações em diversos dispositivos constitucionais, notadamente no que se refere ao Poder Judiciário e ao Ministério Público, dentre outros temas.

Dentre as inovações procedidas pela emenda em referência no texto constitucional, chama a atenção o novo parágrafo 3º, inserido pela referida emenda à Constituição, cujo teor é o seguinte:

§ 3º 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.

Segundo Valerio de Oliveira Mazzuoli⁵⁸, a inclusão do supracitado § 3º ao art. 5º da Constituição foi um dos aspectos certamente polêmicos da Reforma do Judiciário, envolvendo direitos humanos.

Para supracitado doutrinador:

Tal dispositivo pretendeu pôr termo às discussões relativas à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio, uma vez que a doutrina mais abalizada, antes da reforma, já atribuía aos tratados de direitos humanos status de norma constitucional, em virtude da interpretação do § 2º do mesmo art. 5º da Constituição, que dispõe: "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".⁵⁹

Pedro Bohomoletz de Abreu Dallari também acrescenta que:

[...] muito embora o dispositivo mencione "tratados e convenções internacionais", a doutrina, a prática e mesmo a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entendem a fórmula como redundante, já que, independentemente da denominação que tenha cada documento (tratado, convenção, acordo, pacto, carta, lei, uniforme, protocolo, estatuto, concordata etc.), o vocábulo "tratado" se aplica a todo acordo internacional concluído por escrito entre Estados ou organizações internacionais e que seja destinado a produzir efeitos jurídicos. Observe-se que a própria Constituição brasileira não é de forma alguma homogênea a esse respeito: o art. 49, I, faz referência a tratados e acordos; o art. 84, VIII, a tratados e convenções; o § 2º, do art. 5º, o art. 102, III, "b", o art. 105, III, "a", o art.

⁵⁷ SGARBOSSA, Luís Fernando. **A Emenda Constitucional nº 45/04 e o novo regime jurídico dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos**. Publicado no site [www.jus2.uol.com.br](http://jus2.uol.com.br), em novembro de 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6272>> Acesso em: 8/2/2007, p. 1.

⁵⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Reforma do Judiciário e os Tratados de Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.diex.com.br/portal/artigos_det.asp?id=20050530105755564>. Acesso em: 6 maio 2007, p. 1.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 2.

109, III, e o § 5º, acrescido ao mesmo art. 109, apenas a tratados; e o art. 178, apenas a acordos.⁶⁰

Zulaiê Cobra em seu parecer sobre a Reforma, observa que:

[...] buscando efetividade da prestação jurisdicional, acolhemos também sugestão do Ministro Celso de Mello [...] no sentido da outorga explícita de hierarquia constitucional aos tratados celebrados pelo Brasil, em matéria de direitos humanos, à semelhança do que estabelece a Constituição argentina [...] com a reforma de 1994 (art. 74, nº 22), introdução esta no texto constitucional que afastará a discussão em torno do alcance do art. 5º, § 2º.⁶¹

Assim, Pedro Lenza⁶² entende que a nova regra não é inconstitucional e não fere nem mesmo os limites implícitos do poder da reforma.

Portanto, supracitado autor tem o seguinte entendimento:

[...] tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos e desde que aprovados por 3/5 dos votos de seus membros, em cada Casa do Congresso nacional e em dois turnos de votação (cf. art. 60, § 2º, e art. 5º, § 3º): equivalem a emendas constitucionais, guardando, desde que observem os “limites do poder da reforma”, estrita relação de paridade com as normas constitucionais; tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados pela regra anterior à Reforma e desde que não forem confirmados pelo *quorum* qualificado: malgrado posicionamento pessoal deste autor [...], seguindo o entendimento que caminhava a jurisprudência do STF, guardam estrita relação de paridade normativa com as leis ordinárias; tratados e convenções internacionais de outra natureza: têm força de lei ordinária.⁶³

Cabe ressaltar que, segundo Lenza⁶⁴, Flávia Piovesan entende que referidos tratados teriam caráter de norma constitucional, e José Carlos Francisco também sustenta a constitucionalidade, até porque, para referido autor, quando o constituinte quis afastar a recepção automática com caráter de norma constitucional, manifestou-se expressamente, como o fez com as súmulas preexistentes, nos termos do art. 8º da EC nº 45/04.

Consoante posicionamento do doutrinador Pedro Lenza, a Constituição de 1988, fruto do poder constituinte derivado reformador, pode:

Com a regra do art. 5º, § 3º, trazida pela EC n.45/2004, ter os seus direitos e garantias fundamentais ampliados por tratados e convenções internacionais, os quais, observadas as formalidades, terão equivalência às emendas constitucionais.⁶⁵

Dessa maneira, como salienta Pedro Lenza⁶⁶, deverão surgir duas espécies do gênero tratados e convenções internacionais: a) aqueles sobre direitos humanos e b) aqueles outros que não tratem sobre direitos humanos.

⁶⁰ Apud LENZA, Pedro. Op. cit., p. 272 e 273.

⁶¹ Apud CALMON FILHO, Petrônio (org.). **Reforma constitucional do poder judiciário**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Processual, jan., 2000, p. 70.

⁶² LENZA, Pedro. Op. cit., p. 273.

⁶³ Id., p. 273.

⁶⁴ Ibid., p. 273.

⁶⁵ Ibid., p. 40.

⁶⁶ LENZA, Pedro. Op. cit., p. 274.

Os primeiros se dividem em: a.1) tratados sobre direitos humanos aprovados pelo *quorum* e observância de turno das emendas constitucionais, tendo equivalência destas; e a.2) os que não seguiram essa formalidade, guardando estrita relação de paridade normativa com as leis ordinárias.

Segundo Valerio de Oliveira Mazzuoli⁶⁷, um dos aspectos certamente polêmicos da Reforma do Judiciário (Emenda Constitucional nº 45/2004), envolvendo direitos humanos, foi a inclusão do § 3º ao art. 5º da Constituição, segundo o qual:

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.

Segundo o supracitado doutrinador:

Tal dispositivo pretendeu pôr termo às discussões relativas à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio, uma vez que a doutrina mais abalizada, antes da reforma, já atribuía aos tratados de direitos humanos status de norma constitucional, em virtude da interpretação do § 2º do mesmo art. 5º da Constituição, que dispõe: "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".⁶⁸

Mazzuoli defende que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm índole e nível constitucionais, além de aplicação imediata, não podendo ser revogados por lei ordinária posterior.

E sua interpretação é a seguinte:

Se a Constituição estabelece que os direitos e garantias nela elencados não excluem outros provenientes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, é porque ela própria está a autorizar que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil se incluam no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem.⁶⁹

É dizer, se os direitos e garantias expressos no texto constitucional não excluem outros provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, é porque, pela lógica, na medida em que tais instrumentos passam a assegurar outros direitos e garantias, a Constituição os inclui no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu bloco de constitucionalidade.

Segundo Pedro Lenza⁷⁰, Flávia Piovesan identificou uma clara relação entre a redemocratização do Estado brasileiro, a partir de 1985, e o processo de incorporação de relevantes instrumentos de proteção aos direitos humanos.

Para José Carlos Evangelista de Araújo e Lucas de Souza Lehfeld, a introdução do § 3º ao art. 5º da CF seria inconstitucional, uma vez que:

[...] a primeira questão que deve ser enfrentada diz respeito ao fato de se ter ou não criado uma nova modalidade de reforma constitucional. A primeira

⁶⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Op. cit., p. 6.

⁶⁸ Id., p. 8.

⁶⁹ Ibid., p. 8.

⁷⁰ LENZA, Pedro. Op. cit., p. 274.

vista parece-nos que sim, visto que, o texto do dispositivo introduzido com o § 3º do art. 5º diz que os tratados e convenções sobre direitos humanos que forem aprovados de acordo com o procedimento previsto para as emendas à Constituição no § 2º do art. 60 da CF/88, serão equivalentes às emendas constitucionais. Ora, equivalência implica em criar uma forma paralela à instituída pelo constituinte originário, não prevista expressamente por este, o que faz soar o alarme da inconstitucionalidade flagrante. Ademais, temos aqui também um problema de ilegitimidade, visto que, de conformidade com os incs. I, II e III, do mesmo art. 60 da CF/88, apenas os indivíduos e órgãos ali estabelecidos, possuiriam legitimidade para propor emendas à Constituição. O art. 60 da CF/88, por ser o responsável pela instituição dos limites formais, circunstanciais e materiais de reforma à Constituição, possui um rol taxativo, sendo ele próprio imodificável e não admitindo a sua supressão total ou parcial. [...] Ao que parece, a emenda teria saído pior do que o soneto, O texto do § 2º do art. 5º é de clareza meridiana, fortemente inspirado na Constituição dos EUA (art. V), deixa claro que os direitos e garantias recepcionados pela ordem constitucional não se reduzem aos expressos imediatamente no seu texto [...]. Sendo assim, o instrumento do decreto legislativo, com seu *quorum* de maioria simples, tinha por objetivo simplesmente garantir-se um estatuto de ato complexo, conjugando-se as vontades de dois Poderes da República, evitando-se assim uma indesejável concentração de poderes.⁷¹

Mas Mazzuoli assegura que a cláusula aberta do § 2º do art. 5º da Carta da 1988 sempre admitiu o ingresso dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no mesmo grau hierárquico das normas constitucionais, e não em outro âmbito de hierarquia normativa.

Portanto, supracitado autor salienta que o fato de esses direitos se encontrarem em tratados internacionais jamais impediu a sua caracterização como direitos de *status* constitucional.

3.4 Hierarquia dos Tratados Internacionais antes da EC nº 45/04

Qual a natureza jurídica dos tratados e convenções que tratam sobre direitos humanos anteriores à EC nº 45/04?

Segundo Pedro Lenza⁷², diferente da regra da Constituição da Argentina, que é expressa em afirmar que os tratados anteriores sobre direitos humanos passam a ter, com a Reforma de 1994, hierarquia constitucional, a regra brasileira foi omissa.

Supracitado autor menciona que:

[...] entendemos que o Congresso Nacional poderá (e, querendo atribuir natureza constitucional, deverá) confirmar os tratados sobre direitos humanos pelo *quorum* qualificado das emendas e, somente se observada esta formalidade, e desde que respeitado os limites do poder de reforma das emendas, é que se poderá falar em tratado internacional de “natureza constitucional”, ampliando os direitos e garantias individuais do art. 5º da Constituição.⁷³

Para Lenza⁷⁴, a diferença entre os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados (ou confirmados) em cada Casa do Congresso, em dois turnos, por 3/5 dos votos dos respectivos membros e aqueles, também sobre direitos

⁷¹ ARAÚJO, José Carlos Evangelista de; LEHFELD, Lucas de Souza. Op. cit., p. 113/114.

⁷² LENZA, Pedro. Op. cit., p. 274 e 275.

⁷³ Ibid., p. 275.

⁷⁴ Ibid., p. 275.

humanos, mas que não seguiram a aludida formalidade, estará no procedimento da denúncia (ato de retirada do tratado).

Uma vez que, enquanto aqueles que seguiram um procedimento mais solene dependem de prévia autorização do Congresso nacional, também em dois turnos, por 3/5 dos votos dos respectivos membros, em cada uma de suas casas, os outros (nos mesmos termos daqueles que não tratam sobre direitos humanos) poderão ser denunciados normalmente pelo Executivo, sem a prévia autorização do Congresso Nacional.

Nesse sentido, é o que também sustenta Flávia Piovesan⁷⁵, que classifica os tratados sobre direitos humanos em: a) materialmente e formalmente constitucionais (aqueles que equivalem às emendas constitucionais em razão do procedimento de incorporação mais solene) e b) materialmente constitucionais que, apesar de tratarem sobre direitos humanos, não passaram pelo procedimento mais solene.

Para referida autora, mesmo os tratados sobre direitos humanos materialmente constitucionais (sem as formalidades das emendas), como tratam sobre direitos humanos, pelo art. 5º, § 2º, da CF, teriam natureza constitucional.

Segundo Piovesan, os tratados material e formalmente constitucionais não podem ser objeto de denúncia unilateral pelo Executivo, uma vez que:

[...] os direitos neles enunciados receberam assento no texto constitucional não apenas pela matéria que veiculam, mas pelo grau de legitimidade popular contemplado pelo especial e dificultoso processo de sua aprovação, concernentes à maioria de três quintos dos votos dos membros, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação. Ora, se tais direitos internacionais passaram a compor o quadro constitucional, não só no campo material, mas também 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, como já apontado. É como se o estado houvesse renunciado a esta prerrogativa de denúncia em virtude da ‘constitucionalização formal’ do tratado no âmbito jurídico interno.⁷⁶

Para Pedro Lenza, o procedimento para a aprovação pelo *quorum* qualificado das emendas, consoante a regra do art. 49, I, da CF (que não pode ser desprezada), continua sendo o decreto legislativo o ato pelo qual o Congresso Nacional, no procedimento de incorporação dos tratados internacionais, resolve definitivamente sobre tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos.

Referido autor salienta que: “[...] a nova regra não diz que o procedimento deverá ser o das Emendas, mas que, cumpridas as formalidades, equivalerão às Emendas.”⁷⁷

Conforme assegura Lenza:

A única diferença está na possibilidade (e veja que há uma permissão e não um dever para o Congresso Nacional) de se atribuir caráter de emenda constitucional aos tratados e convenções sobre direitos humanos, mas somente se observadas as formalidades fixadas no art. 5º, § 3º. Perceba que o texto diz: “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

⁷⁵ Apud LENZA, Pedro. Op. cit., p. 275.

⁷⁶ Ibid., p. 275.

⁷⁷ LENZA, Pedro. Op. cit., p. 276.

emendas constitucionais”, significando que poderemos nos deparar com aprovação sem as aludidas formalidades e, aí, voltaremos à regra anterior.⁷⁸

Esta é a posição que parece vir a prevalecer ainda no STF, uma vez que, segundo Lenza: “[...] a jurisprudência também caminha nesta linha, pois adota a idéia de supremacia formal.”⁷⁹

Pedro Lenza ainda ressalta que:

[...] ampliando o conceito de “bloco de constitucionalidade”, passamos a ter, com a Reforma, um outro parâmetro constitucional de confronto, quais sejam, os tratados e convenções internacionais com “força” de norma constitucional. Assim, perfeitamente que uma lei seja declarada inconstitucional por ferir referido tratado internacional sobre direitos humanos.⁸⁰

Para todos os casos, supracitado autor entende ainda prevalecer a afirmação exarada por Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, em relação à regra anterior, qual seja:

[...] o reconhecimento da inconstitucionalidade do decreto legislativo que ratifica um tratado internacional não torna o ajuste internacional nulo, mas apenas exclui o Brasil de seu cumprimento, sujeitando-o, no entanto, a sanções internacionais decorrentes do descumprimento.⁸¹

Para Flávia Piovesan⁸², contudo, por força do art. 5º, § 1º, da CF, os tratados de direitos humanos têm incorporação automática.

Luiz Flavio Gomes e Valerio de Oliveira Mazzuoli⁸³, conforme já salientado no item 3.3, asseguram que se a Constituição estabelece que os direitos e garantias nela elencados não excluem outros provenientes dos tratados internacionais em que a República Federativa seja parte (art. 5º, § 2º, da CF/88), é porque ela própria está a autorizar que esses direitos e garantias sejam incluídos no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando, assim, o seu bloco de constitucionalidade.

Assim, segundo ainda supracitados autores⁸⁴, os tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil se incluem no nosso ordenamento jurídico e passam a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem.

CONCLUSÃO

O legislador constituinte de 1988 demonstrou sua preocupação com o processo de internacionalização dos direitos humanos e elevou a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos constitucionais e a prevalência dos direitos humanos como um de seus princípios, acrescentando na Constituição Federal de 1988 duas grandes inovações.

⁷⁸ Ibid., p. 276.

⁷⁹ Ibid., p. 276.

⁸⁰ LENZA, Pedro. Op. cit., p. 276.

⁸¹ Apud LENZA, Pedro. Op. cit., p. 276.

⁸² PIOVESAN, Flávia. Reforma do judiciário e direitos humanos. In: TAVARES, André Ramos; LEZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús (Coord.) **Reforma do Judiciário**. São Paulo: Método, 2005.

⁸³ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Op. cit., p. 2.

⁸⁴ Ibid., p. 1 e 2.

Primeiramente se consagrou que a Constituição brasileira é um sistema aberto de direitos e garantias fundamentais, eis que não excluem outros direitos “decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (§ 2º, do art. 5º, da CF).

A segunda inovação trazida pela Carta Magna de 1988 é o disposto no art. 5º, §1º, pelo qual direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal conclui que todos os tratados, inclusive os de direitos humanos, têm *status* de lei ordinária, embora a interpretação conjunta dos §§ 1º e 2º, da CF/88, leve a conclusão de que o Constituinte Originário pretendeu proteger constitucionalmente as normas internacionais de direitos humanos.

O impasse quanto ao *status* da norma internacional de direitos humanos perdurou até a recente publicação da Emenda Constitucional nº 45 que, ao pretender pôr termo às discussões relativas à hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio, acrescentou ao art. 5º da Constituição Federal o §3º, dando às referidas normas *status* de emenda constitucional, mas para isso devendo ser aprovadas com o quorum previsto para as emendas constitucionais.

O que deveria amenizar as discussões criou mais dúvidas, pois não criou mecanismos para os já aprovados tratados alcançarem o *status* reclamado e colidiu com o disposto no art. 5º, §§ 1º e 2º, da CF/88.

Pode-se afirmar, assim, que a alteração constitucional não contribuiu para o sistema de direitos fundamentais no Brasil. Isso ocorre por algumas razões, dentre elas porque a integração de um tratado internacional com o *quorum* de três quintos dificilmente (ou nunca) ocorrerá na prática.

Cabe ressaltar que recentemente o Ministro Gilmar Mendes, com o voto proferido no RE 466.343-SP, avançou um passo nessa matéria, ao admitir que os tratados sobre direitos humanos têm *status* supralegal.

Assim, só nos resta aclamar que o § 3º do art. 5º da Constituição, que apenas trouxe imperfeições ao sistema e que certamente prestará um desserviço à interpretação constitucional mais lúcida envolvendo os tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é parte, seja reformado por nova emenda constitucional, que venha conter a redação proposta por Luiz Flávio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuoli, qual seja, “os tratados internacionais referidos pelo parágrafo anterior, uma vez ratificados, incorporam-se automaticamente na ordem interna brasileira com hierarquia constitucional, prevalecendo, o que forem suas disposições mais benéficas ao ser humano, às normas estabelecidas por esta Constituição”, no sentido de apenas trazer uma interpretação autêntica ao § 2º do art. 5º da CF de 1988.

Portanto, esse acréscimo, não deve ser declarado inconstitucional.

Mas, enquanto o STF e, conseqüentemente, os demais Tribunais Superiores, não admitirem ou adotarem uma interpretação evolutiva e voltada a valores, sempre com foco na realidade sócio-política, não estaremos evoluindo do velho Estado de Direito para o Estado constitucional e humanitário de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, José Carlos Evangelista de; LEHFELD, Lucas de Souza. Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos no âmbito da Emenda Constitucional 45/2004. **Revista dos Tribunais**, ano 95, v. 846, abr. 2006.

- BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro:** exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Dicionário de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 1994.
- CALMON FILHO, Petrônio (org.). **Reforma constitucional do poder judiciário.** São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Processual, jan., 2000.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional.** 6. ed. revista. Coimbra: Almedina, 1993.
- _____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina, 1998.
- CARVALHO NETO, Inacio de. **A prisão do depositário infiel, o Pacto de São José da Costa Rica e o Novo Código Civil.** Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/inacio_prisao.doc>. Acesso em 7/5/2007.
- COSTA FILHO, Paulo Alberto Carneiro. **Prisão civil do depositário infiel: inconstitucionalidade superveniente frente à Emenda Constitucional nº 45.** Publicado no site Escritório On Line, 18/5/2005. Disponível em: <http://www.escriorioonline.com/webnews/noticia.php?id_noticia=6031&-22k>. Acesso em: 7 maio 2007.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Tratados de direitos humanos: Nível Supralegal.** Publicado no site www.lfg.blog.com.br, em 19/3/2007. Disponível em: <<http://lfg.blog.br.19mar.2007>>. Acesso em: 25/3/2007.
- GOMES, Luiz Flávio. **O valor jurídico dos tratados de direitos humanos.** Publicado no site www.lfg.blog.com.br, em 3/4/2007. Disponível em: <<http://lfg.blog.br.03abril.2007>>. Acesso em: 15/4/2007. (b)
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 8ª ed. São Paulo: Método, 2005.
- MATHIAS, Marcio José Barcellos. **Distinção conceitual entre Direitos Humanos, Direitos Fundamentais e Direitos Sociais.** Publicado no site www.direitonet.com.br, em 2/8/2006. Disponível em: <<http://direitonet.com.br/artigos/x/27/91/2791>>. Acesso em: 5/5/2007.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Tratados internacionais.** São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.
- _____. **Direitos humanos & relações internacionais.** Campinas: Agá Júris Editora, 2000.
- _____. **Direitos humanos, Constituição e tratados internacionais:** estudo analítico da situação e aplicação do Tratado na ordem jurídica brasileira. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- _____. **Reforma do Judiciário e os Tratados de Direitos Humanos.** Disponível em: <http://www.diex.com.br/portal/artigos_det.asp?id=20050530105755564>. Acesso em: 6 maio 2007, p. 1.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006a.
- _____. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.** 6ª ed. Atualizada até a EC nº 52/06. São Paulo: Atlas, 2006b.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais:** uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998.
- SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **O papel dos direitos humanos na valorização do direito coletivo do trabalho**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 157, 10 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4609>>. Acesso em: 27 maio 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SGARBOSSA, Luís Fernando. **A Emenda Constitucional nº 45/04 e o novo regime jurídico dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos**. Publicado no site [www.jus2.uol.com.br](http://jus2.uol.com.br), em novembro de 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6272>> Acesso em: 8/2/2007.
- SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. **Tratados internacionais de direitos humanos. Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, RT, nº 43, p. 7-30, abr./jun. 2003.
- SILVA, Larissa Dias Magalhães. **A implementação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos na Constituição Federal de 1988**. Brasília, 2005.
- SOUZA, Luma Gomides de. **Da impossibilidade da prisão do depositário infiel**. Publicado no site: www.lfg.com.br, em 4/4/2007. Acesso em: 5/5/2007.
- TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.
- WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros. 1ª ed, 2ª tiragem, 2006.