

O §3º DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: UM RETROCESSO PARA A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

.....

GEORGE RODRIGO BANDEIRA GALINDO

Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília; Doutorando em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília; Professor Voluntário de Direito Internacional Público da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

1. INTRODUÇÃO

Durante décadas, a doutrina que se preocupou com temas ligados ao problema do relacionamento entre Direito Internacional e Direito Brasileiro vem ressaltando a necessidade de as Constituições Brasileiras consagrarem dispositivos que estabeleçam de maneira clara o posicionamento hierárquico dos tratados internacionais no ordenamento jurídico interno.

Embora em vários processos constituintes já tenha havido propostas consistentes a fim de se disciplinar a estatura dos tratados ao menos em face das leis internas, nenhuma das propostas chegou a bom termo.¹

A recente Reforma do Judiciário (Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004 – publicada em 31 de dezembro de 2004), ao acrescentar um §3º ao art. 5º da Constituição Federal de 1988, trouxe uma resposta, ao menos em parte, para o problema. Por tal dispositivo, ficou consagrado de maneira expressa que os tratados internacionais de direitos humanos, desde que aprovados por 3/5 tanto dos membros da Câmara dos Deputados como do Senado Federal, em dois turnos, se incorporam ao direito brasileiro como emendas constitucionais.

O presente trabalho pretende demonstrar que, diferentemente do que boa parte dos círculos de operadores jurídicos tem afirmado, a reforma do judiciário, no aspecto referente à hierarquia dos tratados de direitos humanos, representa um retrocesso sensível – do ponto de vista normativo – em comparação com aquilo que foi consagrado originalmente pelo Constituinte de 1988.

O artigo é dividido em duas partes. Na primeira, será apresentado um breve panorama sobre o quadro normativo e jurisprudencial – especialmente do

Supremo Tribunal Federal – existente até antes do advento da Emenda Constitucional 45/2004 a fim de regular o posicionamento hierárquico dos tratados de direitos humanos no direito brasileiro. Na segunda parte, serão analisadas a inovação que o §3º do art. 5º representou e algumas de suas possíveis consequências para o desenvolvimento de uma dogmática de proteção dos direitos humanos que incorpore, no Brasil, as conquistas da proteção em nível internacional.

2. A HIERARQUIA DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO DIREITO BRASILEIRO ANTES DA EC 45/2004

A Constituição Federal de 1988, em seu texto original, se referia diretamente ao direito internacional dos direitos humanos pelo menos em três de seus dispositivos. O art. 4º, II, o art. 5º, §2º e o art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. O primeiro estabelece o princípio da prevalência dos direitos humanos como norteador das relações internacionais do Brasil. O segundo dispõe que os direitos fundamentais consagrados expressamente na Carta não excluem outros decorrentes, por exemplo, de tratados internacionais. Por sua vez, o terceiro prescreve que a República Federativa do Brasil propugnar a fim de que seja criado um Tribunal Internacional de Direitos Humanos. Para os efeitos do presente artigo, o art. 5º, §2º, é o que mais interessa. Assim está ele redigido:

“Art. 5º (...):

(...)

§2º 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”.

Nos primeiros anos da Constituição de 1988, o art. 5º, §2º, passou quase despercebido pela maior parte da doutrina e dos tribunais brasileiros. Algumas razões parecem justificar tal inércia, dentre elas: 1) a novidade do Texto de 1988 somente foi assimilada com o tempo pela doutrina e pelos operadores jurídicos; 2) o dispositivo exigia um certo esforço interpretativo, uma vez que não representava uma cláusula explícita sobre hierarquia de tratados de direitos humanos e também porque, interpretado de maneira a favorecer os tratados de direitos humanos na hierarquia das fontes do direito brasileiro, significava uma ruptura expressiva no tratamento histórico da questão do relacionamento entre direito internacional e direito brasileiro; 3) Quando a Constituição foi promulgada, o Brasil ainda vivia um Governo de transição democrática e importantes tratados de proteção ainda não haviam sido ratificados pelo Brasil, dentre eles a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de Direitos Civis e Políticos e o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; 4) existia uma sensação por parte dos operadores jurídicos e mesmo da doutrina – o que acontece ainda nos dias de hoje – de que eram tantos os direitos consagrados no Texto de 1988 que os direitos localizados em instrumentos internacionais seriam meramente reproduções do que já havia sido expressamente disposto no texto da Constituição, criando um sentimento de que a proteção internacional seria um tanto fútil; 5) A atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos ainda não era muito intensa, restringindo as possibilidades interpretativas da Convenção Americana de Direitos Humanos – que o Brasil não aceitou de pronto, logo que ratificou esse tratado, em 1992, fazendo-o apenas dez anos após a promulgação da Constituição de 1988; 6) Eram raras as questões levadas a tribunais que pusessem em direto confronto uma disposição contida num tratado de direitos humanos e uma disposição da Constituição; 7) A própria falta de treinamento dos operadores jurídicos em questões relativas ao Direito Internacional e, ainda mais, relativas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Esse quadro começou a mudar de maneira marcante após ter sido submetido ao Supremo Tribunal Federal questões relativas principalmente à possibilidade da prisão por dívidas no Brasil em face da Convenção Americana de Direitos Humanos e, posteriormente, do Pacto de Direitos Civis e Políticos. Nessa oportunidade, o STF pôde se defrontar diretamente com a questão de saber se a previsão contida no art. 5º, LXVII, da Constituição Brasileira, que proíbe a prisão por dívidas, exceto ao devedor de obrigações

alimentícias e do depositário infiel, estava sintonizada com a Convenção Americana e o Pacto de Direitos Civis e Políticos que, respectivamente, em seus artigos 7º, 7 e 11, somente permite a prisão por dívida no caso de devedores de obrigações alimentícias e proíbe a prisão no caso de descumprimento de obrigação contratual.

Por ocasião o julgamento do HC 72.131, *leading case* na matéria, o Supremo Tribunal Federal assim decidiu a questão.

“EMENTA: ‘Habeas corpus’. Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil do devedor como depositário infiel.

- Sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do artigo 5º, LXVII, da Constituição de 1988.

- Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no §7º do artigo 7º da Convenção de San José da Costa Rica.

‘Habeas corpus’ indeferido, cassada a liminar concedida”.

O julgamento do caso pelo Supremo Tribunal Federal intensificou o debate sobre a estatura hierárquica dos tratados de direitos humanos. A partir dele foram se delineando com mais clareza as diferentes teses acerca do posicionamento hierárquico dos tratados de direitos humanos no direito brasileiro, que podem ser reduzidas a quatro: caráter legal, caráter supralegal, caráter constitucional e caráter supraconstitucional

2.1. O CARÁTER MERAMENTE LEGAL DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS

Como se sabe, desde a década de 70 do século passado, o Supremo Tribunal Federal vem mantendo a posição – não obstante severas críticas por parte de alguns setores doutrinários – de que tratados internacionais se equiparam às leis internas. O julgamento do HC 72.131 não discrepou de tal posicionamento. Não obstante a tese que ficou consagrada no acórdão tenha vencido por apertada maioria, os Ministros que dela divergiram o fizeram por argumentos que passavam ao largo da questão da hierarquia dos tratados de direitos humanos. Na oportunidade, apenas o Ministro Carlos Velloso chegou a afirmar que os tratados de direitos humanos,

diferentemente de outros tratados, deveriam ser considerados como possuidores de estatura constitucional no direito brasileiro.

Os principais argumentos lançados na tese vencedora, pelos diferentes ministros que a sufragaram, poderiam assim ser resumidos: 1) o caráter constitucional dos tratados de Direitos Humanos minimizaria a soberania brasileira; 2) sendo normas meramente legais, é possível o controle de constitucionalidade dos tratados de direitos humanos; 3) tal como outros tratados internacionais, o critério para solucionar antinomias entre normas de mesmo patamar (lei e tratado) seria o princípio *lex posterior derogat priori*; 4) o ordenamento jurídico brasileiro subordinaria o ordenamento internacional; 5) tratados internacionais não podem impedir o Parlamento de legislar; 6) tratados não implicam emendas constitucionais; 7) Haveria em jogo um verdadeiro direito fundamental dos credores de dívidas oriundas de descumprimento de contratos de alienação fiduciária a sobrepor-se ao direito de os devedores de não serem submetidos à prisão civil.

A posição majoritária do STF encontrou alguns ecos na doutrina, trazendo a consequência de que, como os tratados de direitos humanos não possuiriam estatura constitucional, ainda seria possível a prisão civil do depositário infiel.³

Com a posição do STF de que tratados de Direito Humanos e leis encontrar-se-iam no mesmo patamar, vozes na doutrina e especialmente no STJ entenderam – dentro da lógica do julgado do Supremo – que as normas contidas no Pacto de São José deveriam prevalecer sobre as normas infraconstitucionais, uma vez que o instrumento convencional seria norma posterior e, de acordo como a jurisprudência daquela Corte, o tratado posterior revoga a lei anterior. Portanto, as normas internas que disciplinam a prisão civil por dívida estariam revogadas com o advento do Pacto.

A questão foi novamente levada ao Supremo Tribunal Federal que, por sua vez, reiterou, no RE 206482,⁴ o posicionamento anterior, acrescentando novos fundamentos: 1) os Tratados de Direitos Humanos seriam lei geral, não revogando as leis especiais sobre prisão civil por dívida; 2) que no inciso LXVII a Constituição impõe a existência de prisão para o depositário infiel; 3) o art. 5º, §2º, não se aplica aos tratados ratificados após a Constituição de 1988, pois um tratado não pode emendar a Constituição.

Alguns julgados do STJ passaram a adotar a interpretação do Supremo Tribunal Federal, no sentido de considerar a legalidade da prisão civil do depositário infiel. Outros, todavia, continuam insistindo na tese de que, após o advento da Convenção Americana, está excluída do Direito Brasileiro a figura desta prisão civil.⁵

2.2. O CARÁTER SUPRALEGAL DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS

Tal posicionamento poderia basicamente ser encontrado em voto que o Ministro Sepúlveda Pertence, em um julgamento posterior,⁶ proferiu. Na ocasião, o Ministro cogitou que os tratados de Direitos Humanos poderiam ser considerados como de caráter supralegal. Embora esta posição não seja bem fundamentada, o Ministro Pertence afirma que seriam supralegais os tratados de Direitos Humanos porque a Constituição consagra uma grande abertura ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. Considerar esses tratados como de nível legal esvaziaria o conteúdo do art. 5º, §2º. Não seriam de caráter constitucional, contudo, pois, baseando-se em Kelsen, afirma que a prevalência da ordem jurídica internacional é uma questão extra-jurídica. O lugar dos tratados deveria ser buscado na Constituição de cada Estado. E, para o Ministro Pertence, a Constituição Brasileira não concede primazia aos tratados sobre ela mesma.

Para esta posição, somente os tratados de Direitos Humanos seriam supralegais. Os demais gozariam do grau meramente legal.

2.3. O CARÁTER CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS

Três autores que advogam essa tese merecem ser lembrados. No âmbito do Direito Internacional, Antônio Augusto Cançado Trindade e no âmbito do Direito Constitucional, Flávia Piovesan e Ingo Sarlet.

O papel de Cançado Trindade para a interpretação de que os tratados de direitos humanos teriam estatura constitucional é essencial, uma vez que foi ele quem propôs, perante a Assembléia Nacional Constituinte, o §2º do art. 5º⁷ Para ele, com vistas a consecução de soluções que ampliem a proteção do ser humano, deve-se desvencilhar da dicotomia entre monistas e dualistas e buscar soluções que façam interagir normas constitucionais e normas internacionais de proteção. Nesse sentido, o parâmetro para saber se se deve aplicar a norma doméstica ou internacional não é o de um conceito apriorístico de superioridade hierárquica, mas saber qual das normas mais protege o indivíduo. Para ele, o Direito Internacional não seria superior ao Direito Interno pela forma, mas pela substância, ou seja, se fornecer proteção mais ampla.⁸

Para Flávia Piovesan, o §2º do art. 5º seria uma cláusula constitucional aberta. Assim, as normas originadas de tratados de direitos humanos seriam materialmente constitucionais, mesmo não sendo

expressamente dispostas no texto constitucional Os tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte serviriam para integrar e complementar o catálogo de direitos já disposto na Constituição, afinando-se, portanto, como o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais. Por conterem normas sobre direitos fundamentais, tais tratados seriam protegidos pelo art. 60, §4º (que trata das cláusulas pétreas), contra quaisquer emendas que visassem a modificar ou extinguir suas disposições. No entanto, tais tratados poderiam ser denunciados. Eventuais conflitos entre direitos fundamentais consagrados internacionalmente e constitucionalmente devem ser resolvidos pela aplicação da norma mais favorável.⁹

Também merece ser lembrado, especificamente na doutrina dedicada à teoria dos direitos fundamentais, Ingo Sarlet. Para ele, um sistema de direitos fundamentais, ao invés de se associar à idéia de sistema lógico-dedutivo – portanto autônomo e auto-suficiente –, vincula-se à idéia de sistema tanto aberto como flexível, receptivo a novos desenvolvimentos e sensível às mudanças. O caráter de fundamentalidade dos direitos fundamentais abarca tanto o aspecto formal como o aspecto material. A fundamentalidade material surge da circunstância de os direitos fundamentais serem “elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade”. E é em virtude do direito constitucional positivo – o art. 5º, §2º – que a fundamentalidade material permite a possibilidade de a Constituição se abrir a direitos não inseridos no seu próprio texto, sendo, portanto, apenas materialmente constitucionais. Diante do art. 5º, §2º, portanto, haveria duas categorias de direitos fundamentais: aqueles formal e materialmente constitucionais – constantes do texto constitucional formal – e aqueles apenas materialmente constitucionais – que não se encontram no texto constitucional. Todos eles seriam protegidos pelas cláusulas pétreas. Somente podem ser reconhecidas, no entanto, as normas internacionais que não forem contrárias ou subversivas a um direito fundamental já consagrado.¹⁰

Outros doutrinadores – não menos qualificados –, dentro da seara do Direito Internacional ou do Direito Constitucional, têm defendido a tese de que os tratados internacionais de Direitos Humanos possuem *status* constitucional.

No que se refere à jurisprudência, como já se viu, a posição majoritária do Supremo Tribunal Federal é de que os tratados de direitos humanos, assim como os demais tratados, têm estatuta de leis meramente ordinárias. O próprio STJ, também como já visto, ainda que chegue à conclusão de que, diante do Pacto de San

José, não mais seja legal a prisão civil do depositário infiel, o faz não pelo argumento de que os tratados de direitos humanos teriam hierarquia constitucional. Uma exceção a tal posicionamento, no STF, é o Ministro Carlos Velloso, que defendeu, desde o HC 72131, e em outras ocasiões, que os tratados de direitos humanos possuem estatuta constitucional. O Ministro Velloso engloba no universo dos direitos fundamentais tanto os direitos individuais como os direitos sociais. Neste mesmo sentido, como direitos fundamentais, os direitos oriundos de tratados seriam auto-aplicáveis, no sentido de serem *self-executing*, prescindindo de leis assecuratórias de suas normas.

Esta posição, contudo, ainda é isolada no Supremo Tribunal Federal.

2.4. O CARÁTER SUPRA-CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS

Assim como a posição que defende a suprallegalidade dos tratados de direitos humanos, são poucos os que advogam a necessidade de se reconhecer a supraconstitucionalidade de tais tipos de tratados.

Na doutrina, Celso de Albuquerque Mello já defendeu tal tese. Segundo o autor, os tratados de Direitos Humanos – inclusive os de direitos sociais, dada a indivisibilidade dos Direitos Humanos – são superiores à própria Constituição, no caso de consagrarem normas mais benéficas.¹¹ Nesse caso, não ocorreria uma supraconstitucionalidade pura e simples, mas em virtude de a norma internacional estabelecer uma norma mais benéfica.

Para além do argumento de Celso de Albuquerque Mello, poder-se-ia admitir que certos direitos humanos teriam este caráter. Se se parte da visão de que os tratados de Direitos Humanos visam a concretizar os princípios da dignidade humana e da prevalência dos Direitos Humanos, tais direitos, quando considerados de natureza *jus cogens* teriam, conseqüentemente, estatuta supraconstitucional. Como se sabe, nem todos os direitos humanos podem ser considerados como tendo a natureza *jus cogens*. No entanto, se se estiver diante de um direito humano assim considerado pelo Direito Internacional, teria ele uma força normativa que nem mesmo a Constituição poderia contrariar.¹² Esta posição, contudo, ainda é extremamente isolada.

3. A HIERARQUIA DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO DIREITO BRASILEIRO APÓS A EC 45/2004

Levando em conta a recente promulgação da Reforma do Judiciário, que fez incluir um §3º ao art. 5º da Constituição Federal, pode parecer um tanto precipitado analisar as suas consequências para a proteção dos direitos humanos no Brasil. Essa preocupação realmente deve ser levada em consideração. No entanto, as observações que aqui serão apresentadas têm o condão apenas de suscitar alguns possíveis resultados deletérios do acréscimo de tal dispositivo. Tais observações não são exaustivas. Ao contrário, constituem meros pontos de partida.

3.1. TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS, PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO E DERIVADO

Embora não seja esse o entendimento até então vigente no Supremo Tribunal Federal, é certo que a melhor interpretação ao art. 5º, §2º é a de que confere ele aos tratados que lidam com a temática dos direitos e garantias fundamentais (ou seja, os tratados de direitos humanos) estatura constitucional.

A existência de uma cláusula aberta desse tipo não é estranha nem no direito comparado nem na própria história constitucional brasileira. Como se sabe a redação do art. 5º, §2º, é bastante similar à redação conferida ao art. 16º (1) da Constituição Portuguesa. Por sua vez, a existência de um dispositivo que permite que direitos e garantias sejam incorporados ao texto constitucional, mesmo não sendo expressamente dispostos no texto, pode ser encontrada, por exemplo, no art. 78 da primeira Constituição Brasileira Republicana, a Constituição de 1891.¹³

Do ponto de vista dogmático, portanto, não é de forma alguma estranha a consagração de uma cláusula aberta. Direitos oriundos de tratados internacionais, bem como os decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição se incorporam ao Texto Constitucional no mesmo patamar dos direitos originariamente consagrados pelo Constituinte de 1988. Aqui entramos numa distinção necessária, que desemboca no entendimento da questão pelo Supremo Tribunal Federal e nas consequências deletérias da EC 45/2004.

Direitos oriundos de cláusulas abertas não se diferenciam dos direitos que foram consagrados

originariamente no Texto Constitucional. Não existe qualquer indício na redação do §2º do art. 5º que leve a crer que o Constituinte de 1988 tenha querido que os tratados de direitos humanos se incorporassem como emendas constitucionais. Não haveria o menor sentido em se entender assim.

A redação do dispositivo assim se inicia: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes (...)”. A idéia de não-exclusão de outros direitos, na medida em que não comporta restrição, pressupõe necessariamente que a não-exclusão implica idêntica hierarquia. Se os tratados possuísem uma hierarquia menos qualificada, certamente o conflito entre um direito fundamental consagrado na Carta e outro decorrente de tratado seria sim excluído, na medida em que seria, em princípio, considerado nulo, por inconstitucional. A disposição é redigida da forma “não excluem outros”, porque se se tratasse de normas de hierarquia diferenciada, estar-se-ia defronte de uma possível exclusão.

Poder-se-ia dizer, quando muito, que o uso da negativa “não excluem” significaria que os direitos oriundos de tratados ou os decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição somente podem acrescentar direitos e nunca se contrapor a direitos já estabelecidos. Tal argumento é falho porque, como claro na dogmática dos direitos fundamentais, normas com caráter principiológico – como as normas que estipulam direitos fundamentais – podem colidir (e de fato colidem).

No próprio art. 5º da Constituição Brasileira, é possível encontrar disposições que, logo à primeira vista, podem, em uma situação concreta, colidir entre si. Liberdade de manifestação ou proteção da privacidade, por exemplo, assim como vários outros direitos. Direitos são necessariamente conflitivos até mesmo porque precisam regular situações em uma sociedade cada vez mais plural. Não é a consagração de direitos que pode pôr em risco a unidade da constituição ou mesma a tão propalada soberania nacional, mas o uso deturpado dos canais pelos quais se resolvem a situações conflitivas que fazem contrapor direitos. Todos os dias, as mais diferentes Cortes do mundo (certamente não se excluindo as brasileiras) tentam resolver colisões de direitos que se encontram em um mesmo patamar e que foram consagrados pelo mesmo legislador constituinte. Dos vários métodos para se resolver situações como essas, o método da proporcionalidade é talvez o mais conhecido, mas não o único. O que se quer dizer é que a resolução de conflitos entre direitos consagrados originalmente na Constituição e direitos consagrados em tratados de direitos humanos invocados em virtude do art. 5º, §2º, não se diferencia de nenhuma maneira dos conflitos entre direitos consagrados originalmente na Constituição entre si.

Vários votos, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, não conseguiram perceber que consagrar o caráter constitucional dos tratados de direitos humanos, por via do art. 5º, §2º, não significa uma superioridade dos tratados em face da Constituição, mas apenas que os métodos para a resolução de conflitos envolvendo direitos consagrados em tratados internacionais devem ser os mesmos que se aplicam à solução de conflitos entre normas constitucionais, como o princípio da proporcionalidade.

Também vários votos não conseguiram perceber que o art. 5º, §2º, não dá aos tratados de direitos humanos o poder de emendar a Constituição. A autoridade desses tratados como normas constitucionais surge diretamente de uma cláusula outorgada pelo poder constituinte originário, e não pelo poder constituinte derivado. O próprio Supremo Tribunal Federal já reconheceu que existem direitos e garantias que se incorporam não por um processo formal de emenda constitucional, mas pela abertura proporcionada pelo art. 5º, §2º. Na ADI 939,¹⁴ ficou consagrado que o princípio da anterioridade (não expresso como direito fundamental no texto da Constituição de 1988) seria um direito fundamental protegido, inclusive, pelo art. 60, §4º, IV, ou seja, impassível de ser modificado por emenda. Desse modo, indaga-se, por que utilizar o art. 5º, §2º, para considerar a anterioridade como garantia fundamental e não se utilizar o mesmo dispositivo para considerar como normas de direitos fundamentais as disposições constantes em tratados internacionais?

A EC 45/2004, aparentemente, pôs fim à discussão de saber se os tratados de direitos humanos se incorporam ao direito brasileiro como decorrência de uma cláusula aberta ou do poder constituinte derivado. Segundo a redação do novo art. 5º, §3º, os tratados de direitos humanos que aprovados por 3/5 de ambas as casas legislativas, em dois turnos, se incorporam ao direito brasileiro como emendas constitucionais. Chegou-se à solução, portanto, de que os tratados sobre a temática, desde que passem pelo procedimento típico de emendas, são assim considerados, sendo decorrentes do Poder Constituinte Derivado.

3.2. TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS APROVADOS ANTES DA EC 45/2004

O texto da EC 45/2004 nada dispõe acerca dos tratados de direitos humanos aprovados pelo Congresso Nacional antes da EC 45/2004.

Sabe-se que, num esforço digno de nota, os governos brasileiros eleitos após o regime militar tomaram uma série de medidas para adequar o direito

brasileiro aos padrões de proteção internacional dos direitos humanos. Desde o Governo Sarney foram ratificados pelo Brasil os principais tratados de proteção, seja em âmbito global, seja em âmbito regional. É certo que alguns tratados ainda precisam ser ratificados, mas já se pode dizer que o grande esforço para a incorporação dos instrumentos internacionais de proteção foi realizado.

O §3º do art. 5º, ao estabelecer que somente os tratados que passem por um procedimento especial se incorporam como emendas, reforçou a idéia, já estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal, de que os tratados de direitos humanos, assim como quaisquer outros, têm estatura meramente de leis ordinárias. Isso é o que se entende do dispositivo. Se um tratado de direitos humanos não passar ou, passando, não cumprir a exigência do §3º do art. 5º (não conseguir ser aprovado pelo quorum especial), é um tratado como outro qualquer – novamente repetindo, na visão do Supremo Tribunal Federal, um tratado com hierarquia de lei ordinária.

Portanto, e eis aí um outro problema da EC 45/2004, todos os tratados de direitos humanos previamente aprovados pelo Congresso Nacional e ratificados pelo Governo Brasileiro são meras leis ordinárias, uma vez que não passaram pelo procedimento do §3º. Ou seja, a parte substancial dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos não possui estatura constitucional. Ao contrário, tendo em vista o texto da Emenda Constitucional, o caráter de leis ordinárias desses tratados somente foi reforçado.

Ante a nova realidade, ao menos três consequências podem surgir em relação aos tratados ratificados antes da EC 45/2004:

1) O Congresso Nacional pode reaprovar todos os tratados anteriormente aprovados, para dar aos mesmos força de emenda constitucional. Embora essa seja a melhor solução, alguns fatores fazem crer que ela não será alcançada: a) o Congresso Nacional é, naturalmente, bastante inerte em matérias relativas a temas afeitos ao direito internacional; b) isso poderia exigir um esforço concentrado por parte do Governo e do Congresso, o que muitas vezes soa inviável diante de outras exigências consideradas mais “prementes” na agenda política; c) ainda que os tratados sejam submetidos para nova aprovação do Congresso, sabe-se que o quorum de 3/5 não é fácil de ser conseguido, normalmente exigindo esforço tanto da bancada governista como da bancada oposicionista;

2) Pode o Congresso Nacional decidir reaprovar somente alguns tratados de direitos humanos já aprovados. Nesse caso, os fatores já descritos no item 1) poderiam agir para impedir ou dificultar a reaprovação. Além disso, um outro sério problema poderia surgir.

Caso fosse feita a escolha para reaprovação em relação a apenas alguns tratados, os demais continuariam a ter a estatura de meras leis ordinárias. Isso criaria, no direito interno brasileiro, uma diferenciação hierárquica entre direitos oriundos de tratados internacionais: uns, como normas constitucionais resultantes do poder constituinte derivado; outros como normas com estatura meramente legal. Todo e qualquer sistema de proteção de direitos não pode ser visto e muito menos aplicado de maneira compartimentalizada. Assim como existe uma alta possibilidade de tensão entre direitos protegidos, eles também se integram mutuamente para consagrar um grau de proteção o mais amplo possível. Os corolários da indivisibilidade e da interdependência dos direitos impedem que se veja o sistema de direitos que não de uma maneira integrada. Se a apenas alguns tratados for consagrado o grau constitucional e a outros não, decisões judiciais em casos concretos podem chegar a anacronismos sérios, como o de não levar em conta as consequências ou a relação estreita de dois ou mais direitos.¹⁵

Ademais, a escolha de apenas alguns tratados para possuírem estatura constitucional pode potencializar os conflitos entre direito internacional e direito interno. Os tratados de direitos humanos os quais o Congresso Nacional considerar que não devem possuir força de emenda constitucional podem ter uma forte proteção pelo ordenamento internacional. Possuindo tais tratados força meramente de lei ordinária, podem ser revogadas inclusive por leis internas posteriores. Isso pode desestruturar de maneira significativa a já tensa relação existente entre o direito brasileiro e o direito internacional.

3) O Congresso pode decidir não reaprovar nenhum tratado de direitos humanos já aprovado. Nesse caso, todos eles continuarão a possuir força equiparável a de lei ordinária.

Em todas essas situações, problemas podem surgir do acréscimo feito pelo Congresso Nacional, por meio da EC 45/2004, de um §3º ao art. 5º.

3.3. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS APÓS A EC 45/2004

Segundo a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, os tratados internacionais podem ser controlados na sua constitucionalidade, seja de maneira difusa, seja de maneira concentrada.¹⁶ Embora a Corte não tenha declarado inconstitucional o dispositivo do Pacto de San José que proíbe a prisão por dívidas e tampouco o dispositivo correlato do Pacto de Direitos

Civis e Políticos, isso poderia ter sido feito se se leva em conta a lógica da jurisprudência da Suprema Corte.

A visão de que os tratados de direitos humanos, segundo o art. 5º, §2º, teriam estatura de normas constitucionais colocava aquela jurisprudência em xeque. Isso porque já de longa data se entende que, no direito brasileiro, não se pode declarar a inconstitucionalidade de uma norma constitucional. O próprio Supremo Tribunal Federal comunga desse entendimento. Ora, se se entendesse que os tratados de direitos humanos se equiparariam aos direitos consagrados no próprio texto constitucional pelo Poder Constituinte originário, não se poderia controlar a constitucionalidade dos tratados de direitos humanos. Tal posição, embora não afinada com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, poderia ser facilmente avançada.

O advento de um §3º ao art. 5º impede, em princípio, que um tratado de direitos humanos seja equiparado a disposições sobre direitos fundamentais consagradas pelo Poder Constituinte Originário. Ele precisa passar por um procedimento típico de aprovação de emendas constitucionais.

Da distinção entre tratado de direitos humanos como norma oriunda do poder constituinte originário ou do poder constituinte derivado surge uma consequência prática muito importante. O Supremo Tribunal Federal já afirmou que, em virtude da existência de cláusulas pétreas no sistema constitucional brasileiro, as normas constitucionais consideradas como cláusulas pétreas não podem ser modificadas pelo Poder reformador. Mais, em caso de conflito (não mais colisão) entre cláusulas chamadas pétreas e normas constitucionais surgidas do poder constituinte derivado, as segundas padecem do vício de inconstitucionalidade, com todas as consequências que disso advém, inclusive a sua nulidade.

Consagrar que tratados de direitos humanos podem se incorporar ao direito brasileiro como emendas constitucionais representa uma significativa involução não somente pelo que já se afirmou, mas também porque um tratado de direitos humanos pode ser declarado inconstitucional mesmo passando pelo procedimento qualificado da emenda constitucional, se colidir com alguma cláusula pétrea. Segundo o art. 60, §4º, IV, os direitos e garantias individuais são cláusulas pétreas. Em outras palavras, se a questão do depositário infiel novamente for submetida ao Supremo Tribunal Federal, ainda que a Convenção Americana de Direitos Humanos ou o Pacto de Direitos Civis e Políticos sejam incorporados como emendas constitucionais, o Tribunal pode entender que há uma incompatibilidade entre a disposição constitucional originária (cláusula pétrea) e o tratado internacional e, assim, considerar o último inconstitucional.

Pode-se bem afirmar que, levando em consideração a atual jurisprudência do STF, as coisas mudam pouco, porque os tratados de direitos humanos, considerados com força de leis ordinárias, sempre puderam ser controlados na sua constitucionalidade. Contudo, existia a possibilidade interpretativa de se entender diferentemente. Isso, ao menos de maneira aparente, foi excluído pela Emenda da Reforma do Judiciário.

3.4. O PROBLEMA DA DENÚNCIA DE TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS APÓS A EC 45/2004

Embora se tenha acrescentado um §3º ao art. 5º, nada se falou acerca da denúncia dos tratados de direitos humanos: nem dos ratificados antes da emenda nem dos ratificados posteriormente; nem dos que adquirirem força de emenda constitucional nem dos que não adquirirem.

Algumas Constituições têm disciplinado a questão da denúncia de tratados internacionais e, em específico, a denúncia de tratados de direitos humanos.¹⁷ O problema gera perplexidades seja no direito interno seja no direito internacional.

Uma primeira indagação que poderia surgir, ante a ausência de uma disposição acerca da denúncia dos tratados é a seguinte: um tratado de direitos humanos aprovado pelo procedimento especial das emendas incorpora os direitos nele consagrados ao catálogo de direitos fundamentais constante da Constituição? Em caso afirmativo estaria protegido contra novas e futuras emendas, em virtude do art. 60, §4º, IV? Parece que nesse segundo caso, não se poderia proteger a emenda (tratado de direitos humanos) contra nova emenda constitucional. Mas, caso assim se entendesse, estar-se-ia diante da possibilidade de a EC 45/2004 criar duas categorias de direitos fundamentais. Os direitos consagrados originalmente na Carta de 1988 (protegidos por serem cláusulas pétreas) e os direitos consagrados em tratados internacionais (não protegidos por não serem cláusulas pétreas). Nesse caso, a proteção internacional dos direitos humanos passa a ser meramente subsidiária (e também subordinada) à proteção dos direitos fundamentais, e não complementar, como autores como Cançado Trindade sempre defenderam.

No que se refere aos tratados que não adquirirem a força de emendas constitucionais, os que não forem submetidos à reaprovação ou não forem reprovados – esta é a segunda indagação – podem eles ser denunciados sem nenhuma restrição? Isso mesmo no caso de consagrarem tais tratados uma série de direitos sequer previstos na Constituição? Esse problema se

refere não apenas aos tratados de direitos humanos, mas a todos os tratados.

Como se sabe, no Brasil, o procedimento para denúncia de tratados internacionais têm sido, tradicionalmente, de competência discricionária do Presidente da República. Mesmos passando os tratados por um procedimento formal de aprovação no parlamento, tem-se entendido que, para serem denunciados, não precisam do crivo do Congresso. A questão se encontra em aberto no Supremo Tribunal Federal. Na ADI 1625, rel. Min. Maurício Corrêa, em que se pleiteia a inconstitucionalidade da denúncia unilateral do Governo Brasileiro da Convenção 158 da OIT, a Suprema Corte decidirá se o sistema atualmente usado para disciplinar a denúncia de tratados no Brasil ainda se aplica ou se, ao contrário, deve-se exigir o assentimento do Congresso para que o Estado brasileiro se desvincule unilateralmente de um tratado internacional.

Caso o STF decida que o sistema de denúncias deve continuar da mesma maneira, ou seja, da alçada discricionária do Presidente da República, um outro problema surgirá em face do novo §3º do art. 5º. Como compatibilizar a possibilidade de o Presidente da República, discricionariamente, decidir desvincular o Estado brasileiro de um tratado de direitos humanos, tendo sido o mesmo tratado aprovado e se incorporado ao sistema constitucional brasileiro como emenda constitucional?

Todas essas questões podem surgir em casos concretos e certamente serão solucionadas pelos tribunais. A reforma constitucional, no entanto, deveria ter versado sobre essa temática, sob pena de haver um desvirtuamento inclusive do novo dispositivo, que, sem dúvida alguma, outorga maior importância aos tratados de direitos humanos – mas não a importância necessária, como se sustenta no presente artigo.

3.5. OUTRAS QUESTÕES

Algumas outras questões merecem ser ao menos apresentadas em face da inovação da EC 45/2004.

De nada adianta a consagração de uma estatura diferenciada aos tratados de direitos humanos – ainda que decorrente do poder derivado – se também não se incorporar a contribuição dos órgãos de fiscalização e aplicação dos tratados internacionais de proteção, especialmente os Tribunais de Direitos Humanos.

A idéia de incorporação de tratados de direitos humanos não pode significar pura e simplesmente a incorporação do texto do tratado, mas de todo o complexo que o envolve, inclusive a jurisprudência internacional que o interpreta. É certo que pode haver certos direitos que sejam consagrados tanto internacionalmente como internamente – esse, inclusive,

é o argumento de alguns autores para defenderem a desnecessidade de se incorporarem direitos estabelecidos em tratados –, mas a jurisprudência internacional pode dar um viés completamente diferente ao conferido por juízes nacionais a um mesmo direito humano ou fundamental. Isso implica a necessidade de que os juízes brasileiros passem a considerar a jurisprudência internacional em matéria de direitos humanos. Isso aumentará sobremaneira o impacto da proteção internacional dos direitos humanos no sistema interno brasileiro.¹⁸

É preciso que não se perca de vista que, assim o como o art. 5º, §2º, precisa ser lido em conjunto com o art. 5º, §1º, também o art. 5º, §3º, necessita ser lido em conjunto com o §1º.

Uma hierarquia diferenciada para os tratados de direitos humanos somente se torna viável, do ponto de vista prático, se as disposições convencionais são auto-aplicáveis – ou pelo menos gozam de alta presunção de auto-aplicabilidade. Alguns estudiosos têm identificado com bastante perspicácia a necessária relação entre hierarquia e auto-aplicabilidade.¹⁹ Nos Estados Unidos, por exemplo, a famosa regra do *later in time*, que resolve o conflito entre tratados e leis internas, tem muitas vezes deixado de ser aplicada pela relutância ou mesmo falta de disposição de muitos juízes e tribunais americanos em considerarem dispositivos de tratados como auto-

aplicáveis (*self-executing*). Nessa situação, sequer há que se falar em conflito entre tratado e lei, uma vez que o primeiro sempre precisará de um auto que o conforme no direito interno – como uma lei, por exemplo. É preciso que não se descure dessa idéia e que os tratados de direitos humanos sejam considerados como auto-executáveis.

4. CONCLUSÕES

Este artigo pretendeu fazer um balanço das principais posições jurisprudenciais e doutrinárias acerca da estatura hierárquica dos tratados de direitos humanos, bem como de algumas possíveis consequências da promulgação e publicação da EC 45/2004.

Em um balanço geral, o §3º do art. 5º represente um retrocesso para a proteção dos direitos humanos e fundamentais no Brasil. Esse retrocesso poderia ser identificado não a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mas a partir das possibilidades interpretativas oferecidas pelo art. 5º, §2º.

Espera-se, contudo, que os problemas advindos dessa nova cláusula sejam contornados da melhor forma pelos Poderes constituídos (Executivo e, principalmente, Judiciário e Legislativo), a fim de que seja ampliado cada vez mais, e com mais intensidade, o grau de proteção do ser humano.

NOTAS

1. A respeito, ver GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Reforma Constitucional e o Problema da Superioridade Hierárquica dos Tratados frente às Leis Internas. *Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo. N. 27, 1999, pp. 143-153. Até mesmo o §2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988 não pode ser considerado, propriamente, uma norma que estabelece o posicionamento hierárquico dos tratados de direitos humanos. Todavia, pode-se chegar facilmente à conclusão, por inferência, de que o dispositivo leva à consideração de que os tratados que lidam com a temática devem ser considerados como normas consagradoras de direitos fundamentais – com todas as consequências que disso advém, dentre elas, a estatura constitucional. Mas isso será visto com mais vagar posteriormente.
2. HC 72.131, rel. p/acórdão min. Moreira Alves, Pleno, julgado em 23/11/1995, publicado em 1º/8/2003.
3. Dentre outros, cf. SAMPAIO, Laerte José Castro. Interpretação Constitucional sobre Alienação Fiduciária e Prisão Civil. In MORAES, Alexandre de (Coord.). *Os 10 Anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 1999, pp. 83-91 e RODRIGUES, Maurício Adreiuolo. Os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos e a Constituição. In TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 153-191.
4. RE 206482, rel. min. Maurício Corrêa, Pleno, julgado em 27/5/1998, publicado em 5/9/2003.
5. Vale lembrar que, atualmente, a Corte Especial do STJ expressamente afirma que a prisão civil do depositário infiel não mais subsiste no Direito Brasileiro. Ver, por exemplo, ERESP 149518, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Corte Especial, julgado em 5/5/1999, publicado em 28/2/2000; HC 11918, rel. p/acórdão Min. Nilson Naves, Corte Especial, julgado em 20/10/2000, publicado em 10/06/2002; AgRg nos ERESP 489278, rel. Min. Hamilton Carvalhido, Corte Especial, julgado em 27/11/2003, publicado em 22/3/2004. O STJ tem entendido que, em relação à prisão do depositário infiel que descumpre ordem judicial, o Pacto de San José não a veda, uma vez que não se trata de prisão civil por dívida. A respeito, ver, mais recentemente, HC 30981, rel. Min. Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 4/3/2004, publicado em 24/5/2004; RHC 14423, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Terceira Turma julgado em 5/6/2003, publicado em 4/8/2003; RHC 14563, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, julgado em 26/8/2003, publicado em 15/9/2003.
6. RHC 79785, rel. min. Sepúlveda Pertence, Pleno, julgado em 29/3/2000, publicado em 22/11/2002. Quando do julgamento do HC 72131, o Ministro Sepúlveda Pertence, embora acompanhado a tese minoritária, preferiu não entrar no debate acerca da estatura hierárquica dos tratados de direitos humanos.
7. Neste sentido, cf. Anexo 1: Exposição e Debates na Assembléia Nacional Constituinte (Audiência Pública da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais). In CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil (1948-1997): As Primeiras Cinco Décadas*. Brasília: Universidade de Brasília, 1998, pp. 163-176.
8. Cf. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A Interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na Proteção dos Direitos Humanos. In CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A Incorporação das Normas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro*. 2ª ed. San José: Instituto Interamericano de Direitos Humanos; Comitê Internacional da Cruz Vermelha; Alto-Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados; Governo da Suécia, 1996, pp. 205-236; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, pp. 401-447 e CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Internacional e Nacional. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. Brasília. n°s 113-118, 1998, pp. 88-89.
9. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996, pp. 83-120.
10. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, pp. 77-95; 132-139.
11. Cf. ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. de. O §2º do art. 5º da Constituição Federal. In TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos*

Fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 25-26.

12. Foi basicamente isso que defendi em meu *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, pp. 319-321. As demais normas internacionais – sem natureza *jus cogens* – contidas em tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil teriam estatura apenas constitucional.
13. E tal artigo certamente foi inspirado na IX Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, como adverte. Cf. SARLET, Ingo, p. 84.
14. ADI 939, rel. min. Sydney Sanches, Pleno, julgado em 15/12/1993, publicado em 18/03/1994.
15. Além do argumento da indivisibilidade e da interdependência, é possível trazer um exemplo recente correlato a essa problemática. A reforma constitucional Argentina de 1994 trouxe uma série de mudanças concernentes ao direito internacional dos direitos humanos. A mais importante delas é a que ficou consubstanciada no art. 75(22), que prescreve que alguns tratados de direitos humanos, elencados expressamente no referido dispositivo, possuem estatura constitucional. Os demais tratados de direitos humanos – é o que fica implícito – têm uma estatura supralegal, mas infraconstitucional. O que alguns comentaristas afirmam é que a escolha dos tratados com grau constitucional não foi resultado de um debate acerca da priorização de certos direitos humanos, mas de uma decisão que não foi tomada pelos principais atores transnacionais interessados na temática dos direitos humanos. Um problema similar pode acontecer no Brasil e, além do problema da interdependência e da indivisibilidade, a escolha de apenas alguns tratados para adquirirem a estatura constitucional pode gerar problemas graves relativamente a legitimidade das referidas escolhas. A respeito do caso da Argentina, ver o bem documentado artigo de LEVIT, Janet Koven, The constitutionalization of human rights in Argentina: problem or promise? *Columbia Journal of Transnational Law*. New York. Vol. 57. n. 2, 1999, pp. 319-320.
16. Mesmo após a Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal confirmou esse entendimento no histórico julgamento acerca da constitucionalidade da Convenção 158 da OIT. ADIMC 1480, rel. Min. Celso de Mello, Pleno, julgado em 4/9/1997, publicado em 18/5/2001.
17. Ver, por exemplo, as Constituições da Espanha – art. 96(2) – e da Argentina – art. 75(22).
18. Por uma série de razões que aqui não cabem ser descritas, os juízes nacionais são extremamente reticentes em aplicar sejam normas de direito internacional, sejam decisões de tribunais internacionais. Tais recursos não são usados nem como meios obrigatórios e nem mesmo como meios persuasivos na aplicação de um caso concreto. A ausência de referência é, quase sempre, total. Para um estudo comparado sobre essas duas formas de aplicação do direito internacional pelo juiz interno: obrigatoriedade e persuasão, Cf. KNOP, Karen. Here and there: International law in domestic courts. *New York University Journal of International Law and Politics*. New York. Vol. 32. n. 2, 2000, pp. 501-535.
19. Cf. BIANCHI, Andréa. International Law and US Courts: The myth of Lohengrin revisited. *European Journal of International Law*. Firenze. Vol. 15. n. 4, 2004, p. 761.

