

Hierarquia jurídica da norma internacional de direitos humanos em face do art. 5º, § 3º, da Constituição brasileira

Amélia Regina Mussi Gabriel

Sumário

1. Introdução. 2. Origem da proteção dos direitos humanos. 3. Hierarquia jurídica das normas internacionais no Brasil. 3.1. Posição doutrinária. 3.2. Posição do Supremo Tribunal Federal. 4. Hierarquia jurídica das normas internacionais de direitos humanos no Brasil. 5. Conclusão.

1. Introdução

“A Terra é minha pátria, a humanidade é minha família”. Esses versos imortalizados pela sabedoria árabe de Gilbran refletem o delicado momento de redefinições de soberanias e de delimitações geográficas entre as nações, numa Terra em que a regra de conduta mais indicada para a manutenção da ordem é a solidariedade recíproca e generalizada entre os povos, onde o Direito Internacional surge como o grande pilar de sustentação desse ideal a ser seguido.

Os direitos humanos foram concebidos pelos fundadores do Direito Internacional como a forma de proteger os mais fracos e vulneráveis, resguardando-lhes seus direitos e garantias em face das várias arbitrariedades cometidas no decorrer da história. Daí a maior parte de os Estados nacionais possuírem em sua legislação interna a salvaguarda dos direitos humanos, com instrumentos eficazes de garantia para que sejam efetivamente realizados.

É por isso que o objetivo deste estudo está em determinar qual o posicionamento hie-

Amélia Regina Mussi Gabriel é Advogada. Mestre em Direito pela Unesp-Franca. Professora de Direito Internacional.

rárquico da norma internacional de direitos humanos dentro do sistema normativo brasileiro, antes e depois do advento da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, que acrescentou novo parágrafo ao art. 5º, elevando ao *status* de emenda constitucional o tratado de direitos humanos¹ que passe pela aprovação do Congresso Nacional em dois turnos e sob o *quorum* da maioria de 3/5 dos membros de cada casa, de forma a expor os posicionamentos até então existentes sobre o tema.

Embora seja uma novidade dentro do sistema normativo brasileiro, esse dispositivo do constituinte derivado afasta a interpretação mais progressista sobre o tema, se comparada com o entendimento da doutrina mais autorizada sobre o art. 5º, § 2º, da CF, conforme será demonstrado *infra*.

Antes, contudo, será necessário delimitar os direitos humanos e a sua importância para o Estado de Direito.

2. Origem da proteção dos direitos humanos

Embora os filósofos gregos como Eurípides e Aristóteles, na Antiguidade, já tivessem delimitado o conceito de isonomia e equidade, e manifestado alguns direitos como próprios da essência humana, as questões relativas aos direitos do homem só tiveram maior repercussão quando da formação do Direito Internacional, em meados do século XVII, sendo considerável a influência exercida pelos ensinamentos dos autores da época, que ficaram conhecidos como os fundadores do Direito Internacional.

Nesse sentido, vale ressaltar a participação, nesse processo, dos teólogos espanhóis Francisco de Vitória e Francisco Suárez (1612), para quem o *jus gentium* ou direito das gentes revela a unidade e universalidade do gênero humano, e, sobretudo, do mestre Hugo Grotius, que de fato inaugurou a atual concepção do direito das gentes, origem do Direito Internacional. Sua obra, *De Jure Belli ac Pacis*, de 1625, é consi-

derada um grande marco, já que dispõe que o Estado não é um fim em si mesmo, mas um meio para assegurar o ordenamento social consoante a inteligência humana. A obra admitia, já naquele século, a possibilidade da proteção internacional dos direitos humanos contra o próprio Estado (REMEC, 1960 apud TRINDADE, 2004, p. 203).

Não obstante, as reflexões dos denominados fundadores do Direito Internacional, que o concebiam como um sistema universal, foram suplantadas pela doutrina positivista que dotou o Estado de poderes supremos e absolutos, enfraquecendo o próprio Direito Internacional, reduzindo-o a direito estritamente interestatal, não mais “acima”, mas “entre” os Estados soberanos, com conseqüências desastrosas historicamente conhecidas (TRINDADE, 2004, p. 204-205).

Vale mencionar, contudo, alguns documentos históricos que valorizaram a pessoa humana e ressaltaram direitos, embora de forma isolada e sem a repercussão merecida, a exemplo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, na França e da Declaração de Direitos do Estado da Virgínia, de 1776, nos Estados Unidos da América².

O século XVIII foi marcado pelas várias manifestações humanistas, como bem ensina Norberto Bobbio, no livro “A Era dos Direitos”, para quem “para conhecer a sociedade é preciso conhecer os homens que a compõem”, sendo essa concepção advinda do século das luzes. Daí vários autores entenderem o século XVIII como o do “nascimento” dos direitos humanos.

Contudo, a doutrina internacionalista mais autorizada inclina-se a indicar como momento decisivo para o “nascimento” dos direitos humanos o holocausto da 2ª Guerra Mundial (1939-1945), momento em que houve mais de 11 milhões de mortes, entre as quais estimam-se 6 milhões de judeus³. Já não se tratava de proteger indivíduos sob condições especiais, como no passado (proteção de minorias, de habitantes de territó-

rios sob mandato, de trabalhadores sob as primeiras convenções da Organização Internacional do Trabalho, etc.), mas doravante de proteger o ser humano como tal (TRINDADE, 1999, p. 79).

A sociedade internacional, horrorizada, viu-se na obrigação de normatizar os direitos humanos, como forma de impedir que novas atrocidades ocorressem novamente.

Com essa normatização, o Estado responderá, no plano externo, quando internamente não apresentar respostas satisfatórias na proteção dos direitos humanos. O Estado passa, assim, a sujeitar-se às limitações decorrentes da proteção dos direitos humanos.

Surge, a partir daí, o denominado “Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos”, composto pela Carta das Nações Unidas, da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e dos Pactos de 1966, conforme será mencionado *infra*.

Criada em São Francisco, EUA, em 26 de junho de 1945, e com entrada em vigor no mesmo ano, a Carta das Nações Unidas (Carta da ONU)⁴, além de estabelecer expressamente a proibição de guerra, em diversos momentos, menciona a proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais, a exemplo do artigo 1.3, *in verbis*:

“Art. 1. Os propósitos das Nações Unidas são: (...) 3. Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos *direitos humanos e às liberdades fundamentais* para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião” (grifo nosso)⁵.

Entretanto, não estabeleceu o conteúdo dessas expressões, o que só veio a ocorrer três anos mais tarde, com o advento da Declaração de 1948. Não obstante, a grande contribuição da Carta deve-se ao fato de ter conseguido universalizar os direitos da pessoa humana, na medida em que reconheceu que o assunto é de legítimo interesse inter-

nacional e não adstrito à jurisdição local dos Estados ou regionalizada.

A principal preocupação da Declaração foi, pois, positivizar os direitos mínimos dos seres humanos, complementando a Carta da ONU em seu propósito de proteger “os direitos humanos e as liberdades fundamentais”.

A Declaração foi proclamada em Paris, em 10 de dezembro de 1948, pela Resolução nº217 da Assembléia Geral da ONU. Composta de 30 artigos e um preâmbulo, a Declaração conjugou num só documento i) todos os direitos civis e políticos, tradicionalmente chamados de “direitos e garantias individuais”, nos artigos 1 a 21, e ii) todos os direitos sociais, econômicos e culturais, nos artigos 22 a 28.

A Declaração não é tecnicamente um Tratado, mas um acordo moral entre os Estados, uma recomendação da ONU, o que significa dizer que não foi submetida à ratificação por parte dos Estados após a sua aprovação⁶. Não obstante, ela é entendida como a interpretação mais autorizada da expressão “direitos humanos e liberdades fundamentais” constante da Carta da ONU, fazendo parte integrante desta e, portanto, adquirindo “força” de Tratado. Deve, pois, ser respeitada universalmente por todos os Estados.

Nesse sentido, com razão, Norberto Bobbio (1992, p. 26-28) revela que

“[...] o problema do fundamento dos direitos humanos teve sua solução atual na Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. (...) A Declaração Universal dos Direitos do Homem pode ser acolhida como a maior prova histórica até hoje dada do *consensus omnium gentium* sobre um determinado sistema de valores. (...) Somente depois da Declaração Universal é que podemos ter a certeza histórica de que a humanidade – toda a humanidade – partilha alguns va-

lores comuns; e podemos, finalmente, crer na universalidade dos valores, no único sentido em que tal crença é historicamente legítima, ou seja, no sentido em que universal significa não algo dado objetivamente, mas algo subjetivamente acolhido pelo universo dos homens.”

Como forma de garantir a eficácia das normas da Declaração de 1948, em plena “guerra fria”, em 16 de dezembro de 1966, sob os auspícios da ONU, em Nova York, foram firmados o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (que regulamentou os artigos 1 a 21 da Declaração) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (que regulamentou os artigos 22 a 28 da Declaração)⁷.

Por meio do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, os Estados ficaram comprometidos com a promoção de direitos tais como o direito à vida, o direito a julgamento justo, o direito à igualdade perante a lei, a liberdade de movimento, as liberdades de opinião e expressão, o direito à reunião pacífica, etc.

Mediante o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, os Estados aderentes obrigam-se a adotar medidas com vistas à realização de vários direitos, entre os quais o direito ao trabalho, à remuneração justa, à liberdade de associação a sindicatos, a um nível de vida adequado, à educação, à idade mínima para a admissão em emprego remunerado, à participação na vida cultural da comunidade, etc.

Como consequência da universalização dos direitos da pessoa humana, hoje são inúmeros os Tratados conhecidos que versam sobre o tema e todos eles têm em comum a proteção dos direitos da pessoa humana independentemente de qualquer condição⁸. Basta a condição de ser “pessoa humana” para que todos possam exigir seus direitos porventura violados, tanto no plano interno quanto internacionalmente.

Daí a feliz conceituação de Harkenhoff (1994, p. 30), que coincide com a idéia pre-

conizada pelos clássicos da Antiguidade, para quem “direitos humanos são aqueles direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua própria natureza, pela dignidade que a ele é inerente”. Denota-se, pois, que o conceito permanece em constante processo de construção, tendo em vista o surgimento de novos temas a serem incluídos no rol de proteção de direitos da pessoa humana, a exemplo do direito ao desenvolvimento sustentável, do direito de acesso à tecnologia, entre outras novidades.

3. Hierarquia jurídica das normas internacionais no Brasil

3.1. Posição doutrinária

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, reconhecida pela sociedade internacional como regra declaratória do direito costumeiro vigente e por isso obrigatória mesmo para os Estados não signatários⁹, adotou em seus artigos 26 e 27 as seguintes regras:

“Art. 26 – Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido de boa-fé.

Art. 27 – Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado.”

A regra circumsrita na máxima *pacta sunt servanda* consiste em norma *jus cogens*, ou seja, norma imperativa do direito internacional, de posição hierárquica superior em relação a qualquer outra, conforme a doutrina de Hans Kelsen (1926), e, portanto, situa-se num patamar superior ao direito interno de qualquer Estado. Daí o tratado internacional não poder ser descumprido por alegação de direito interno, dada a prioridade do Direito Internacional sobre a jurisdição interna.

De fato, no Brasil, até 1977, a teoria da supremacia do Direito Internacional em face do direito interno era adotada pelo Supre-

mo Tribunal Federal (STF), conforme será mencionado oportunamente.

Com efeito, a maioria doutrinária no Direito Internacional brasileiro acredita que o Tratado prevalece até que seja ele denunciado internacionalmente¹⁰.

Nesse sentido dispõe o art. 11 da Convenção de Havana sobre Tratados de 1928 (âmbito da América): “Tratados continuarão a produzir seus efeitos, ainda quando se modifique a Constituição interna dos Estados contratantes”.

Ao contrário da posição atualmente adotada pelo STF, conforme será demonstrada, abaixo, os internacionalistas primam pela superioridade do Tratado devidamente ratificado. A justificativa para tanto está no fato de o Tratado possuir forma própria para sua revogação, ou seja, a denúncia. De outra forma, só podem ser alterados por normas de igual categoria.

Não é compreensível a lógica de que norma interna revogue compromisso internacional, já que o Poder Legislativo, ao aprovar o compromisso internacional, assume a responsabilidade de não editar leis posteriores ao Tratado que com ela conflita. Trata-se de uma obrigação negativa assumida pelo Congresso Nacional, que o impede editar leis posteriores que contradigam o conteúdo do Tratado internacional anteriormente aprovado.

Além do mais, há de ser realizado um “controle preventivo” da constitucionalidade e da legalidade do tratado em face do ordenamento interno e dos interesses do Brasil. Vale ressaltar que o controle da constitucionalidade, após a internalização do tratado no ordenamento brasileiro, dá-se pelo STF (via recurso extraordinário), nos moldes do art. 102, inciso III, alínea “b” da CF, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de Tratado, ou pelo STJ (via recurso especial), em conformidade com o art. 105, inciso III, alínea “a” da CF, quando a decisão recorrida contrariar Tratado ou negar-lhe vigência.

3.2. Posição do Supremo Tribunal Federal

Tratado x norma constitucional

Em caso de conflito entre norma internacional, de qualquer natureza, incluindo normas de direitos humanos, e CF, a posição do STF é no sentido de dar supremacia à CF. Assim, de acordo com o posicionamento até então adotado pelo STF, desde 1977, o tratado devidamente internalizado teria um *status* de lei ordinária.

Nesse sentido, leciona Resek (2002, p. 96)

“[...] posto o primado da constituição em confronto com a norma *pacta sunt servanda*, é corrente que se preserve a autoridade da lei fundamental do Estado, ainda que isto signifique a prática de um ilícito pelo qual, no plano externo, deve aquele responder.”

Não é por outro motivo que, após internalizada, a Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que versava a respeito do término das relações trabalhistas por iniciativa do empregador (ADIN 1.480 – DF – 1996), foi denunciada por entrar em conflito com norma já disposta na Constituição Federal.

A Convenção entrou em conflito com norma constitucional anterior, no caso, o art. 7º, inciso I, da CF. Segundo a norma constitucional, norma complementar deveria disciplinar a respeito de indenização compensatória, entre outros direitos, para despedida arbitrária sem justa causa.

A Convenção, dessa forma, não podia disciplinar matéria sujeita à reserva constitucional de lei complementar, posto ter *status* de lei ordinária (vide comentários ao Recurso Extraordinário 80.004, de 1977, *infra*), o que levou o Brasil a denunciar o Tratado.

Tratado x lei posterior

Até 1977, o posicionamento do STF era no sentido de dar primazia à norma internacional quando em conflito com norma infraconstitucional. Contudo, a partir de

1977, o STF tem adotado o SISTEMA PARITÁRIO, segundo o qual norma internacional e lei interna têm o mesmo *status* de lei ordinária¹¹.

O entendimento da paridade é justificado por alguns doutrinadores com base na interpretação do art. 102, inciso III, alínea “b”, em que está disposto que compete ao STF julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida “declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal”¹². Assim, a interpretação desses doutrinadores é no sentido de que a conjunção alternativa “ou” tornou claro o entendimento de que lei infraconstitucional e tratado encontram-se num mesmo patamar hierárquico.

Esse entendimento foi consagrado no precedente do julgado por ocasião do R. Extraordinário 80.004, de 1977¹³. Trata-se do caso envolvendo a Lei Uniforme de Genebra sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, que entrou em vigor com o Decreto 57.663, de 1966, e uma lei posterior, o Decreto-lei 427/69. O conflito relacionava-se à obrigatoriedade ou não de existência do aval apostado na nota promissória – uma exigência formal para a validade do título que não constava no texto internacional. Prevaleceu, pois, o Decreto 427/69.

Segue a transcrição da ementa:

“Convenção de Genebra – Lei uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas promissórias – Aval apostado à nota promissória não registrada no prazo legal – Impossibilidade de ser o avalista acionado, mesmo pelas vias ordinárias. Validade do Decreto-lei n. 427, de 22.1.1969. Embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do País, disso decorrendo a constitucionalidade e conseqüente validade do Decreto-lei n. 427/1969, que instituiu o registro

obrigatório da nota Promissória em Repartição Fazendária, sob pena de nulidade do título. Sendo o aval um instituto do direito cambiário, inexistente será ele se reconhecida a nulidade do título cambial a que foi apostado. Recurso extraordinário conhecido e provido¹⁴.”

A partir de então, o STF passou a adotar o CRITÉRIO CRONOLÓGICO, ou seja, *lex posterior derogat priori*¹⁵.

Mais recentemente, na ADIn 1480-DF, o STF determinou que os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa.

Um precedente importante alterou a regra do STF, que, além de adotar o critério cronológico, também adotou o critério da especialidade.

Trata-se do conflito ocorrido entre o Pacto San Jose da Costa Rica, em seu art. 7º, § 7º, e o art. 5º, LXVII, da CF, que recepcionou o Decreto-lei 911/69, em questão que envolve a prisão civil por dívida de inadimplente alimentício e devedor infiel¹⁶. A norma internacional, mais branda, limitava a hipótese de prisão civil ao caso do devedor de alimentos.

Eis os dispositivos legais:

“Art. 5º, LXVII da CF: não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

Art. 7º, § 7º do Pacto: ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.”

O STF, em julgamento ocorrido em 1998 (HC 77.631-5), determinou que a norma in-

ternacional estava prejudicada, por se tratar de norma geral em relação à norma especial da CF (*lex specialis derogat legi generali*).

Esse entendimento, ressalte-se, é controverso, tendo em vista que no direito pátrio não há que se falar em hierarquia entre normas gerais e especiais (vide art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil – Dec.-lei n. 4.657/1942).

Como bem se posiciona Maria Helena Diniz (1998, p. 39), a respeito do tema de conflito de normas,

“[...] uma norma é especial se possuir em sua definição legal todos os elementos típicos da norma geral e mais alguns de natureza objetiva ou subjetiva, denominados especializantes [...] A norma geral só não se aplicará ante a maior relevância jurídica dos elementos contidos na norma especial.”

A questão está em determinar os elementos de “maior relevância jurídica”. Em sintonia com o entendimento de Carla Pinheiro (2001), defende-se que o princípio da dignidade humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, da CF), estabelece que terá maior relevância jurídica a norma que melhor proteja os direitos fundamentais do ser humano. No caso, o valor de liberdade deveria sobrepor-se ao da segurança jurídica do credor.

Contudo, na jurisprudência está registrada a argumentação do Ministro Moreira Alves, que, por ocasião do indeferimento do pedido de HC 72.131, em 1995, afirma que o Pacto de San Jose da Costa Rica estabelece normas gerais enquanto a CF/88, em seu art. 5º, inciso LXVII, estabelece norma especial¹⁷.

Assim, a partir do julgamento do HC 77.631-5, o STF passou a adotar o “critério cronológico + especialidade”¹⁸, não obstante o posicionamento em contrário de alguns magistrados¹⁹.

Tratado x lei anterior

Conforme o critério do STF, a princípio, em caso de conflito entre Tratado e lei infra-constitucional anterior, prevalece a norma

internacional, por ser mais recente (critério cronológico). Contudo, há de se verificar se a norma mais recente é apta a revogar a anterior, ou seja, se é especial em relação à norma anterior.

4. Hierarquia jurídica das normas internacionais de direitos humanos no Brasil

Em 8 de dezembro de 2004, a proposta de emenda constitucional da reforma judiciária foi aprovada e promulgada, entrando em vigor na data da sua publicação, em 31 de dezembro do mesmo ano²⁰.

Interessa-nos, no momento, o entendimento do enquadramento hierárquico das normas internacionais de direitos humanos entre as fontes normativas do sistema jurídico brasileiro.

Até o advento da Emenda Constitucional nº 45, o posicionamento da doutrina mais autorizada a respeito do tema convergia pela superioridade hierárquica da norma de direito internacional, especialmente a de direitos humanos, que, no caso, ingressaria no ordenamento jurídico brasileiro com *status* de norma constitucional, segundo o entendimento do art. 5º, § 2º, da CF, combinado com os arts. 1º, III (a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil), e 4º, II (o princípio da prevalência dos direitos humanos como um dos que regem as relações internacionais da República Federativa do Brasil), da CF.

É por isso que nem mesmo a denúncia posterior poderá tirar a força obrigatória das normas de direitos humanos já incorporadas no ordenamento brasileiro. Por se tratar de cláusula pétrea, em conformidade com o art. 60, § 4º, IV, da CF, nem mesmo Emenda Constitucional poderia alterar a norma. Muito menos em se tratando de simples Decreto de execução presidencial, como é no caso da denúncia.

Havendo conflito de normas de paridade constitucional, adota-se a teoria da nor-

ma mais benéfica, conforme a tese defendida por ilustres internacionalistas brasileiros²¹.

Com o advento do § 3º ao art. 5º da CF, a questão passa a adquirir maior visibilidade, já que expressamente dispõe de critérios formais para que a norma internacional de direitos humanos possa ingressar no sistema jurídico com natureza de emenda constitucional. Eis o texto normativo:

“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.”

Assim, conforme a interpretação literal ou gramatical do texto jurídico, o tratado sobre direitos humanos só poderá ingressar no ordenamento jurídico brasileiro com equivalência de emenda constitucional se aprovado pelo Congresso Nacional, na forma disposta.

Em outras palavras, estabelece-se uma condição implícita na expressão “que forem aprovados”, levando à conclusão de que tão-somente as normas internacionais de direitos humanos que forem aprovadas pelo Congresso Nacional serão equivalentes a uma emenda constitucional, mas não todas, restando o parlamento com poder discricionário para essa cisão.

Não obstante, os direitos humanos nasceram e até hoje representam uma limitação ao poder soberano, sendo esse o entendimento histórico dos direitos humanos e do atual sistema global de direitos humanos, desde os escritos de seus fundadores, no século XVII. Daí não ser plausível que se crie barreiras a esses direitos fortemente consagrados.

Com o sistema global de direitos humanos, descartou-se, no plano vertical, o velho debate acerca da primazia das normas do Direito Internacional ou do direito interno, por se mostrarem estes em constante interação no presente domínio de proteção. Des-

vencilhando-se das amarras da doutrina clássica, o primado passou a ser da norma – de origem internacional ou interna – que melhor protegesse os direitos humanos, da norma mais favorável às supostas vítimas. (TRINDADE, 1999, p. 88).

Assim, levando-se em consideração a supremacia das normas internacionais de direitos humanos, elas só cederão espaço para a norma de direito interno que for mais benéfica ao indivíduo.

Parece claro, pois, que é obrigação do Estado assegurar o respeito aos direitos humanos protegidos, adequando o ordenamento jurídico interno à normativa internacional de proteção. Conforme ensina Cancado Trindade (1997, p. 441-442), esta última requer que

“[...] se adote a legislação necessária para dar efetividade às normas convencionais de proteção, suprimindo eventuais lacunas no direito interno, ou então que se alterem disposições legais nacionais com o propósito de harmonizá-las com as normas convencionais de proteção, – tal como requerido pelos tratados de direitos humanos. Estas obrigações gerais, a serem devidamente cumpridas, implicam naturalmente o concurso de todos os poderes do Estado, de todos os seus órgãos e agentes.”

Dessa forma, todos os Poderes devem cumprir tal obrigação, criando os mecanismos para a internalização das normas internacionais de direitos humanos, e tomar as medidas positivas para proteger tais direitos, dando-lhes eficácia no plano interno.

Foi para salvaguardar esses direitos e garantias que a nossa Constituição Federal reservou um título especial para os direitos e garantias fundamentais (Título II), além de destacar, no art. 5º, § 2º, que nenhum direito e garantia expresso na Constituição excluirá outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos Tratados internacionais em que o Brasil faça parte²².

Ora, o art. 5º, § 3º, da CF reconhece a natureza constitucional das normas internacionais de direitos humanos, o que consagra o entendimento que a doutrina mais autorizada já vinha defendendo há décadas, mas impõe, para tanto, a sua aprovação pelo Congresso Nacional nos limites formais que já vinham estampados no art. 60, § 2º, do texto constitucional (forma de aprovação de emenda constitucional), portanto, mais rígida se comparada à forma de aprovação comum de Tratados até então praticada (aprovação do Congresso Nacional, em conformidade com o art. 49, I, da CF).

Se, por um lado, o dispositivo avançou por sedimentar a tese doutrinária de que as normas internacionais de direitos humanos têm natureza constitucional e, portanto, de hierarquia máxima dentro do sistema normativo doméstico, por outro, retrocedeu ao limitar tal natureza apenas às normas evidentemente internalizadas da forma rígida estabelecida no texto da lei.

Outra questão que merece destaque é a relativa à retroatividade da norma contida no art. 5º, § 3º, em relação às normas internacionais de direitos humanos anteriormente ratificadas pelo Brasil.

Assim, a discussão está em exigir ou não o cumprimento da formalidade de aprovação normativa requerida pelo art. 5º, § 3º, por parte das normas internacionais de direitos humanos internalizadas antes do advento da Emenda Constitucional nº 45.

Certo está que não há que se falar em retroatividade de norma, conforme asseguram o art. 5º, XXXVI, da CF e o art. 6º da Lei de Introdução do Código Civil, que dispõem que a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

É cediço, pois, que continuem com *status* de norma constitucional todas as normas internacionais de direitos humanos internalizadas antes do advento da Emenda nº 45, mediante procedimento comum de aprovação parlamentar, sob pena de ferimento do princípio da segurança jurídica.

5. Conclusão

Conforme depreendido do estudo, não havia, desde a edição da Emenda Constitucional nº 45/04, qualquer cláusula que indicasse expressamente a supremacia do Direito Internacional de qualquer natureza, em face do direito interno. Existiam, sim, dispositivos que regem as relações internacionais e também a aplicação dos Tratados pelos tribunais internos, uma vez incorporados estes ao direito interno.

Mas havia o § 2º do art. 5º que estabelecia que os direitos e garantias expressos na CF não excluiriam os dispostos em tratados internacionais em que o Brasil fosse parte. De sua interpretação, nasceu a acertada tese doutrinária de que, ao ingressar na órbita jurídica interna, a norma internacional de direitos humanos teria *status* de norma constitucional e não de lei ordinária, como defendia o STF.

Tais dispositivos constitucionais, que continuam em vigência, ganharam uma regra expressa a respeito do posicionamento hierárquico da norma internacional de direitos humanos em face do sistema jurídico brasileiro. Segundo a novidade, reconhece-se a natureza constitucional das normas internacionais de direitos humanos, tal como preconizado pela doutrina mais autorizada a respeito e em contrariedade com o posicionamento até então prevalente do STF.

Contudo, para que a norma ingresse com natureza constitucional, faz-se necessário cumprir a formalidade de aprovação pelo Congresso Nacional, em dois turnos, e com *quorum* de 3/5 de cada casa, o que não se exigia quando da interpretação do art. 5º, § 2º, da CF, mas tão-somente o procedimento comum de internalização de um tratado no sistema jurídico brasileiro. Segundo a nova regra, em não sendo aprovada pelo Congresso Nacional, nos termos dispostos, não há que se falar em internalização de norma internacional de direitos humanos com natureza de constitucional.

Há, pois, de se cuidar para que o critério formal mais restritivo de aprovação pelo Congresso Nacional, como condição para o ingresso da norma internacional de direitos humanos no mundo jurídico, com natureza de emenda constitucional, conforme regra insculpida no § 3º do art. 5º da CF, não obstaculize o cumprimento das obrigações internacionais relativas aos direitos humanos, nem macule a garantia de validade e eficácia das normas internalizadas antes da EC/45. Afinal, já ponderava Montesquieu que nem o Estado, nem sua soberania são um fim em si mesmos; mas estão a serviço do homem e são limitados pelos direitos humanos.

Notas

¹ O termo correto teria sido “norma internacional de direito humano”, já que pode haver regras disciplinando a matéria de direitos humanos e regras de outra natureza dentro de um mesmo tratado, sendo que só as primeiras pertencerão ao rol dos direitos fundamentais. Contudo, no decorrer do trabalho, o termo “tratado de direitos humanos” será usado toda vez que se fizer menção ao texto do art. 5º, § 3º, da CF, entre outros textos legais que usam tal denominação.

² Merece também citação a “Magna Carta” assinada pelo Rei João Sem Terra, em 1215, na Inglaterra.

³ Para Hobsbawm (2003, p. 50), essa estimativa encontra-se certamente exagerada, mas “seria menor o horror do holocausto se os historiadores concluíssem que exterminou não 6 milhões, mas 5 ou 4 milhões? [...] Os prédios podem ser mais facilmente reconstruídos após essa guerra do que as vidas dos sobreviventes”.

⁴ Ratificada pelo Brasil em 21 de setembro de 1945.

⁵ Encontra-se a expressão “direitos humanos e liberdades fundamentais” também nos artigos 13.1.b, 55.c, 56, 62.2, 68, 76.b da Carta.

⁶ A Declaração foi aprovada por cerca de 48 Estados, com o voto do Brasil.

⁷ Ambos os Pactos foram ratificados pelo Brasil em 21 de janeiro de 1992.

⁸ Cite-se, como exemplos, alguns desses Tratados: a Carta Internacional de Direitos Humanos (composta pela Carta da ONU, de 1945, a Declaração Universal de 1948, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de

1966); os instrumentos básicos de proteção dos Direitos Humanos no âmbito das Nações Unidas (Convenção sobre a Eliminação de Todas as formas de Discriminação Racial, a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher e a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes) e o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, representado pela Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San Jose da Costa Rica”).

⁹ Embora signatário, o Brasil ainda não ratificou a Convenção, encontrando-se em fase de aprovação do Congresso Nacional desde outubro de 1995.

¹⁰ Nesse sentido, vide a tese de Mirtô Fraga ([1997]), no sentido de que o poder constituinte é limitado e não arbitrário a ponto de desrespeitar os compromissos internacionais. FRAGA, Mirtô. *Conflito entre Tratados e Lei Interna*, ed. Forense.

¹¹ Segundo alguns autores, esse sistema paritário poderia ser denominado monismo moderado, havendo a equiparação hierárquica do tratado à lei ordinária com as seguintes consequências: a) subordinação do tratado à Constituição; b) quanto à lei ordinária, aplicação dos critérios temporal e da especialidade para a solução de antinomias. Nesse sentido, vide Binenbojm (2000), Dolinger (2003), Araújo (2003, p. 145-146).

¹² No mesmo sentido, o art. 105, inciso III, alínea “a”, da CF.

¹³ A íntegra do acórdão está em RTJ 83/809.

¹⁴ Vide RE 80.004, in RTJ 83/809. Para maiores detalhes sobre o tema, vide Jacob Dolinger (2003).

¹⁵ Vale ressaltar que o critério cronológico não se aplica aos Tratados fiscais e de extradição, que por sua natureza contratual demandam denúncia formal para deixarem de ser cumpridos. Nesse mesmo sentido, Jacob Dolinger (2003). Vide também o artigo 98 do CTN, que configura a exceção *supra* mencionada. Nesse sentido, vide RE 114.784, RTJ 126/804; RE 113.156, RTJ 124/347.

¹⁶ Vale ressaltar a discussão existente na doutrina a respeito da terminologia “devedor infiel”, de forma a incluir ou não o devedor fiduciante. O entendimento majoritário é no sentido de que o legislador, ao equiparar o devedor fiduciante ao depositário infiel, no Decreto 911/69, teve como objetivo encontrar uma forma rápida de evitar o elevado número de inadimplência que o credor vinha sofrendo. Segundo o acórdão que indeferiu o pedido de *Habeas Corpus* n. 72.131-SP, em 1995, o atual entendimento do STF é no sentido de que o devedor fiduciante é depositário infiel, já que a CF 88 recepcionou o Decreto *supra* mencionado. Com esse entendimento, como bem asseverou Nelson Nery Jr., “a prisão civil passou de exceção à regra” (1997, p. 1274).

¹⁷ É notório o posicionamento do Ministro Moreira Alves a respeito do *status* de lei ordinária

para os tratados internacionais em geral: “Assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b)”, RHC 79785/RJ, julgado em 29.03.2000, publicado em 22.11.2002, Rel. Min. Moreira Alves, Pleno. Vide também o Recurso Extraordinário 253.071-9/GO, relatado pelo Ministro Moreira Alves.

¹⁸ Nesse sentido, vide RTJ 70/333; RTJ 100/1030; RT 554/434.

¹⁹ É o caso do magistrado Antonio Carlos Malheiros, em relação à questão da prisão civil por dívida do depositário infiel, conforme demonstram as decisões proferidas pelo 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo no *Habeas Corpus* 574.380-2 e na apelação 613.053-8.

²⁰ Ressalvado o prazo de 180 dias para a implantação do Conselho Nacional de Justiça e o do Ministério Público.

²¹ Vide, nesse sentido, tese de doutoramento de Piovesan (2002, p. 67), e seguintes. Augusto Cançado Trindade, Celso Mello e H. Accioly endossam essa teoria. Na jurisprudência, Antonio Carlos Malheiros segue esse entendimento nas questões que envolvem a prisão civil do depositário infiel e o Pacto de San Jose da Costa Rica, conforme já mencionado.

²² Vale ressaltar que, uma vez internalizada a norma internacional de direitos humanos e a corte brasileira determinar pela inobservância do seu conteúdo, haverá ainda a possibilidade de corrigir o *imbroglio* e reaver o direito via decisões arbitrais ou de cortes internacionais, as quais, segundo interpretação do art. 102, I, alínea “h”, da CF, não demandam homologação por parte do STF para a execução das ordens manifestadas. Pela complexidade da questão, optou-se por não incluir, neste trabalho, a temática do não cumprimento de norma internacional de direitos humanos internalizada.

Bibliografia

ARAÚJO, Nadia. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. Monismo e dualismo no Brasil: uma dicotomia afinal irrelevante. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 96, n. 350, p. 39-48, abr./jun. 2000.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. São Paulo: Saraiva, 1998.

DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FRAGA, Mirtô. *Conflito entre tratados e lei interna*. Rio de Janeiro: Forense, [1997].

HARKENHOFF, João Batista. *Curso de direitos humanos*. Guarulhos: Acadêmica, 1994. v. 1.

HOBSBAWM, Eric. *A era dos extremos: o breve século XX*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

KELSEN, Hans. Lês rapports de système entre le droit interne et le droit international public. *Recueil des Cours*, Paris, v. IV, t. 14, 1926.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PINHEIRO, Carla. *Direito internacional e direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2001.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

RESEK, José Francisco. *Direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SUÁREZ, Francisco. De legibus ac deo legislatore. Coimbra: [s. n.], 1612.

TRINDADE, Augusto Cançado. Direitos humanos: personalidade e capacidade jurídica internacional do indivíduo. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. *O Brasil e os novos desafios do direito internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. O legado da declaração universal de 1949 e o futuro da proteção internacional dos direitos humanos. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto. *O cinquentenário da declaração universal dos direitos do homem*. São Paulo: Edusp, 1999.

_____. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: S. A Fabris, 1997. v. 1.

