

O § 3º do artigo 5º da Constituição Federal

Retrocesso da legislação brasileira na visão das modernas teorias do Direito Internacional dos Direitos Humanos

Henrique Kenup Sathler

Sumário

1. Introdução. 2. Posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no mesmo plano das leis ordinárias – entendimento adotado pelo STF. 3. Posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos como normas constitucionais – entendimento adotado por diversos doutrinadores, antes mesmo do advento do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal. 4. O *surgimento* do § 3º do artigo 5º da Lei Superior. 5. Críticas ao novo dispositivo constitucional, em relação ao direito internacional contemporâneo. 6. Críticas à constitucionalidade do novo dispositivo constitucional. 7. Críticas à implantação das exigências presentes no § 3º do artigo 5º da Carta Magna. 8. Conclusão.

1. Introdução

A Emenda Constitucional nº 45, publicada no Diário Oficial da União de 31/12/2004, também denominada “reforma do judiciário”, acrescentou o § 3º no artigo 5º da Constituição Federal (CF), o qual dispõe que “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”.

Até a edição dessa Emenda Constitucional, o Judiciário, guiado por reiterados posicionamentos do Supremo Tribunal Federal – STF, entendia que todos os tratados e con-

Henrique Kenup Sathler é graduado em direito pela Universidade de Brasília – UnB, especialista em análise de constitucionalidade, analista legislativo e assessor técnico-jurídico da Câmara dos Deputados.

Artigo produzido com base no Trabalho de Conclusão do Curso de Especialização em Análise de Constitucionalidade, promovido pela Universidade do Legislativo Brasileiro – UNILEGIS em parceria com a Universidade de Brasília – UnB, como requisito para a obtenção do título de Especialista. Orientador: Prof. Marcus Faro de Castro.

venções internacionais, inclusive os que tratam de direitos humanos, eram do mesmo nível das leis federais. Com isso, qualquer compromisso internacional perdia vigência caso fosse editada lei ordinária posterior que com ele conflitasse.

Após a introdução do § 3º no artigo 5º da Carta Magna, os tratados e convenções internacionais de direitos humanos, doravante chamados simplesmente de “tratados internacionais de direitos humanos”, aprovados pelo *quorum* qualificado exigido, não podem ter o seu status constitucional rechaçado pelo Judiciário. Em consequência disso, os tratados internacionais de direitos humanos que lograrem tal *quorum* não poderão ser revogados ou derogados por lei ordinária brasileira.

Portanto, ao se figurar o debate sob uma visão pragmática, pode-se até considerar que este parágrafo inserido na Constituição Federal estabeleceu uma evolução, visto que viabilizou a alguns tratados internacionais de direitos humanos força hierárquica equivalente à emenda constitucional, o que, na atualidade, não é possível, em razão da citada visão do STF, seguida por grande parte dos aplicadores do Direito.

Todavia, grandes doutrinadores brasileiros, com destaque para Antônio Augusto Cançado Trindade e Flávia Piovesan, já vêm, há algum tempo, empunhando a bandeira de que, a despeito do novo § 3º do artigo 5º, todos os tratados, acordos e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos, independentemente de *quorum* qualificado, têm posição hierárquica de nível constitucional, não somente com base em uma interpretação dos §§ 1º e 2º do citado artigo da CF, mas, principalmente, pelos princípios que tais tratados defendem e provocam, os quais, na visão de Trindade (1999, p.10), “se inspiram em valores comuns superiores (consubstanciados na proteção do ser humano) e são dotados de mecanismos próprios de supervisão que se aplicam consoante a noção de garantia coletiva, têm caráter especial que os diferenciam dos demais

tratados, que regulamentam interesses recíprocos entre os Estados-Partes e são por estes próprios aplicados”.

Há de se destacar que essa visão do Direito Internacional dos Direitos Humanos vem ganhando, a cada dia que passa, mais adeptos entre os pensadores e aplicadores do Direito nacional, tais como Carlos Weis, Osvaldo Agripino de Castro Júnior, Nádia de Araújo, Roberto Delmanto Júnior e Sylvia Helena de Figueiredo Steiner.

Acredita-se – já que não há qualquer registro de discussão sobre esse assunto durante a tramitação da Proposta de Emenda à Constituição – PEC – que redundou na “reforma do judiciário”, como será relatado no transcorrer desse artigo – que o intuito principal da introdução do § 3º no artigo 5º da Carta Magna foi o de encerrar a discussão sobre a força hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos, além de colocar o Brasil na vanguarda da proteção aos direitos humanos.

Entretanto, sob o ponto de vista das modernas teorias do Direito Internacional dos Direitos Humanos, personificadas em Cançado Trindade e Flávia Piovesan, essa mudança, ao invés de avançar a legislação brasileira sobre Direito Internacional dos Direitos Humanos, sedimentou a visão retrógrada prolatada pelo STF, ao se concluir que todos os tratados internacionais de direitos humanos têm, por regra, força hierárquica de lei ordinária, e somente em casos excepcionais e de difícil concretização (aprovação com *quorum* qualificado) passarão a ter status equivalente às emendas constitucionais.

Vê-se que o legislador criou, na verdade, um sistema híbrido, pois tentou manter o Brasil filiado à visão clássica do Direito Internacional e, ao mesmo tempo, inseri-lo na vanguarda dos direitos humanos. Porém, essas correntes são inconciliáveis, já que a primeira tem por características o cuidado excessivo com a rigidez da CF, a divisão estática entre Direitos Interno e Externo e o apego à técnica, enquanto a

segunda objetiva menos preocupação com a forma e mais valor à pessoa humana.

Essa figura híbrida criada pelo legislador poderá ocasionar diversas situações desconcertantes para o Brasil, como, *verbi gratia*, a existência de alguns tratados de direitos humanos de hierarquia constitucional e outros de nível tão-somente infraconstitucional, o que na lição do já citado mestre Cançado Trindade (1999, p. 55), aponta que “o esquema continua sendo hermético, intra-hierárquico, deixando de impedir que futuras reformas constitucionais venham a contrariar os tratados de proteção. A seguir-se a mesma lógica, nada obstará a que se tivesse elevado tais tratados em nível supraconstitucional”.

Não bastasse esse retrocesso, a introdução do § 3º do artigo 5º da Carta Magna aparenta ser inconstitucional, pois trouxe à tona uma nova proposição legislativa, não prevista no artigo 59 da CF: o Decreto Legislativo com *quorum* qualificado e equivalência à emenda constitucional.

Reforçando a idéia de que o dispositivo recém-inserido na Constituição Federal é inconstitucional, vale lembrar que o presente caso constitui mudança radical da concepção do constituinte originário, o qual entendia que os tratados internacionais de direitos humanos tinham força constitucional. Essa inversão de entendimento somente poderia ocorrer por meio de reforma constitucional ou por nova assembléia constituinte, e não por emenda constitucional.

Assim sendo, o ponto principal deste trabalho é expor a idéia de que, além de inconstitucional, o § 3º do artigo 5º da Constituição Federal se tratou de um retrocesso da legislação brasileira, visto que a redação constante dos §§ 1º e 2º do artigo 5º da CF, acrescido de fundamentos e princípios insculpidos na própria Carta Magna, abrangia e assegurava a aplicação direta dos tratados internacionais de direitos humanos, filiando-se de forma exemplar nas modernas doutrinas do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Para aplicar esse enten-

dimento à prática, bastaria uma mudança de interpretação da leitura dos §§ 1º e 2º do artigo 5º – imprescindível seria que essa mudança partisse do STF –, que passaria a se preocupar mais com as necessidades do indivíduo do que com a cegueira da técnica. Caso esse entendimento fosse adotado, aí, sim, o Brasil estaria se filiando às novas tendências dos direitos humanos.

2. Posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no mesmo plano das leis ordinárias – entendimento adotado pelo STF

Antes da promulgação da “Reforma do Judiciário”, o STF asseverava que a normatividade de todos os tratados internacionais, no que concerne à hierarquia das fontes, estava situada no mesmo plano e no mesmo grau de eficácia em que se posicionam as nossas leis internas. A principal consequência desse entendimento é que, depois de ratificado pelo Congresso Nacional, o tratado internacional passa a fazer parte do nosso direito interno, no âmbito da legislação ordinária, não tendo força para mudar o texto constitucional.

A mais importante decisão proferida pelo STF sobre a questão da incorporação dos tratados internacionais no âmbito do direito interno foi tomada no julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004-SE, realizado em 01/06/77, cujo Relator Originário foi o Ministro Xavier de Albuquerque e Relator para o Acórdão o Ministro Cunha Peixoto. Nesse caso, o Ministro Xavier de Albuquerque sustentou, vencido, o primado do Direito Internacional. Entretanto, a maioria, reconhecendo o conflito entre o tratado e a lei nacional, esta posterior àquele, garantiu a autoridade da lei nacional, mais recente, tendo em vista a paridade entre o tratado e a lei nacional. Os Ministros Cordeiro Guerra, Rodrigues Alckmin, Thompson Flores e Cunha Peixoto votaram no sentido de que, da mesma forma que o tratado posterior derroga a lei, a lei posteri-

or também derroga o tratado anterior, segundo a regra *lex posterior derogat legi priori*. Já o Ministro Antônio Neder, com base em argumentos diferentes, acompanhou a conclusão dos votos dos Ministros Peixoto, Guerra, Alckmin e Flores. O voto mais importante para a consolidação desse entendimento foi do Ministro Leitão de Abreu, pois melhor equacionou a controvérsia. Segundo Leitão de Abreu, a lei posterior não revoga o tratado anterior, “mas simplesmente afasta, enquanto em vigor, as normas do tratado com ela incompatíveis”, pelo que “voltará ele a aplicar-se, se revogada a lei que impediu a aplicação das prescrições nele consubstanciadas”. Prevaleceu, na verdade, o entendimento de Leitão de Abreu, por isso que, revogado, posteriormente o Decreto Legislativo nº 427 pelo Decreto Legislativo nº 1.700/79, o STF continuou a aplicar as Convenções de Genebra (VELLOSO, 2004, p. 421-422).

Há diversos outros julgados do STF nesse mesmo sentido, tais quais: a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIN – nº 1.480-3/DF, julgada em 04/09/97, o Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 79.785, publicada no Diário da Justiça em 22/11/2002 e a Carta Rogatória nº 8.279-4, publicada em 14/05/98.

O Ministro José Francisco Rezek (*apud* MAZZUOLI, 2001, p. 06) sempre considerou muito difícil que o STF viesse a desprezar “o ideal de segurança e estabilidade da ordem jurídica a ponto de subpor-se, a si mesma, ao produto normativo dos compromissos exteriores do Estado. De forma que, ‘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 isso signifique a prática de um ilícito pelo qual, no plano externo, deve aquele responder’”.

De acordo com Bernardo Montalvão Varjão de Azevedo (2003, p. 40), “os defensores dessa corrente ideológica sustentam esse posicionamento sob o fundamento de que as normas estrangeiras não podem ser

equiparadas às normas constitucionais, pois tal procedimento afrontaria, em última análise, a soberania nacional e, quando menos, a ordem pública e os bons costumes praticados no Brasil (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 17)”.

Nesse sentido, Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (*apud* DUARTE, 2002, p. 84) destacam que “se pudessemos entender que o decreto legislativo pode alterar a Constituição Federal, incluindo Direitos, estaríamos afirmando que se trata de um texto flexível, não rígido, abandonando uma tradição constitucional e não aplicando os princípios do art. 60 e seus parágrafos, regra de imutabilidade implícita”.

Ainda, alguns defensores dessa corrente entendem que o disposto no § 2º do artigo 5º da CF somente diz respeito aos tratados internacionais anteriores à promulgação da Carta Magna.

Após a promulgação da “reforma do judiciário”, o STF sofreu um pequeno “arranhão” no seu entendimento, visto que foi instituída hipótese que possibilita aos tratados internacionais de direitos humanos se tornarem equivalentes à emenda constitucional. Entretanto, pode-se dizer que o dispositivo inserido na Constituição foi extremamente complacente com a visão do STF, já que se trata, segundo a famosa máxima, de “exceção que justifica a regra”, ou seja, se o tratado de direitos humanos não for votado com *quorum* qualificado, ele terá status de lei ordinária.

Diversas são as críticas sofridas por essa corrente capitaneada pelo STF, dentre as quais destacam-se os seguintes pontos:

1) caso um compromisso internacional perca vigência em virtude da edição de lei posterior que com ele conflite, chega-se à absurda situação de que um tratado pode, unilateralmente, ser revogado por um dos Estados-partes, o que não é permitido e compreendido no direito internacional;

2) quanto àqueles que entendem que o § 2º do art. 5º da Carta Magna só se aplica aos tratados anteriores à promulgação da Cons-

tuição Federal, há de se levantar um questionamento: como pode ser admitida norma constitucional criada para regular situações exclusivamente pretéritas? Não seria lógica e, muito menos, jurídica tal colocação;

3) a rigidez da Constituição seria mantida, já que a Constituição Federal, no § 2º do artigo 5º, deixa claro que se trata de apenas acrescentar direitos e garantias.

3. Posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos como normas constitucionais – entendimento adotado por diversos doutrinadores, antes mesmo do advento do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal

Diversos doutrinadores renomados, tais como Flávia Piovesan, Cançado Trindade, Carlos Weis, Osvaldo Agripino de Castro Júnior (1996, p. 87), Nádia de Araújo, Roberto Delmanto Júnior (1998, p. 19-23) e Sylvia Helena de Figueiredo Steiner (2000, p. 75), defendem que a Constituição Federal de 1988 atribuiu aos tratados internacionais de direitos humanos a natureza de norma constitucional e aplicabilidade imediata.

Para melhor entendimento, convém, preliminarmente, transcrever os §§ 1º e 2º do artigo 5º da Constituição Federal:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem os decorrentes do regime dos princípios por ela adotados, ou dos

tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Pela conjugação dos §§ 1º e 2º do artigo 5º, sustenta-se que os tratados internacionais que explicitam novos direitos e garantias têm status constitucional e aplicação imediata, diferentemente do que apregoa o STF. Essa concepção vai ao encontro do constitucionalismo contemporâneo e das modernas teorias do direito internacional, as quais vêm entendendo que os Estados, ao assumirem compromissos mútuos em tratados internacionais, diminuem a sua competência discricionária, bem como restringem sua soberania.

Flávia Piovesan (*apud* SIQUEIRA JR., 2003, p. 25) melhor explica essa corrente, ao afirmar que:

“(...) o direito brasileiro faz opção por um sistema misto, que combina regimes jurídicos diferenciados: um regime aplicável aos tratados de direitos humanos e um outro aplicável aos tratados internacionais. Enquanto os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos – por força do art. 5º, §§ 1º e 2º – apresentam hierarquia de norma constitucional e aplicação imediata, os demais tratados internacionais apresentam hierarquia infraconstitucional e se submetem à sistemática da incorporação legislativa. No que se refere à incorporação automática, diversamente dos tratados internacionais, os tratados de direitos humanos irradiam efeitos concomitantemente na ordem jurídica internacional e nacional, a partir do ato da ratificação. Não é necessária a produção de um ato normativo que reproduza no ordenamento jurídico nacional o conteúdo do tratado, pois sua incorporação é automática, nos termos do art. 5º, § 1º, que consagra o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais”.

Para Cançado Trindade (1999, p. 10), os tratados internacionais de direitos humanos têm força constitucional não somente pelo disposto nos §§ 1º e 2º do art. 5º da Carta Magna, mas também porque tais acordos se inspiram em valores comuns superiores e são dotados de mecanismos próprios de supervisão que se aplicam consoante a noção de garantia coletiva, tendo caráter especial diferente dos demais tratados, que regulamentam interesses recíprocos entre os Estados-Partes e são por estes próprios aplicados.

Cançado Trindade (1999, p. 53) segue sua exposição dizendo que:

“(…) não é razoável dar aos tratados de proteção de direitos do ser humano (a começar pelo direito fundamental à vida) o mesmo tratamento dispensado, por exemplo, a um acordo comercial de exportação de laranjas ou sapatos, ou a um acordo de isenção de vistos para turistas estrangeiros. À hierarquia de valores, deve corresponder uma hierarquia de normas, nos planos tanto nacional quanto internacional, a ser interpretadas e aplicadas mediante critérios apropriados. Os tratados de direitos humanos têm um caráter especial, e devem ser tidos como tais”.

Em resposta à idéia do STF e de outros respeitáveis doutrinadores, segundo a qual o tratado internacional é considerado equivalente às normas ordinárias, Carlos Weis (1999, p. 34-35) destaca a legitimidade da hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos. Tanto que dispõe que as emendas constitucionais e os tratados acima referenciados são:

“sistemas absolutamente distintos e que operam através de mecanismos próprios, desde a confecção até a entrada em vigor da norma. Assim, se as emendas constitucionais extraem sua legitimidade da maioria qualificada existente para sua aprovação, no campo internacional chega-se a seme-

lhante resultado diante do complexo processo de elaboração dos tratados. (...) Então, ainda que a ratificação somente exija maioria simples, sua incorporação ao direito interno passa necessariamente pelo crivo dos dois Poderes que representam a vontade popular”.

Ainda segundo Carlos Weis (1999, p. 33-34), “o artigo que confere ao STF poder de decidir sobre a constitucionalidade de tratado internacional não pode ser aplicado aos que tenham por objeto direitos humanos, os quais possuem ‘privilégio hierárquico’ em relação aos demais, conferido pela CF/88, em atenção à sua natureza e finalidade”.

De acordo com essa corrente, os tratados internacionais têm sua forma própria de revogação, qual seja, a denúncia. Assim sendo, e a par de tudo o que já se viu até aqui, não há de se falar que a legislação interna, pelo critério cronológico, possa revogar ou derogar tratado. Este só pode ser alterado por outra norma de categoria igual ou superior, internacional, e não por lei nacional.

Por fim, vale lembrar as palavras de Cançado Trindade (1999, p. 10):

“é esta, a meu ver, a tese que melhor reflete e fomenta a evolução contemporânea convergente sobre a matéria tanto do direito internacional quanto do direito público interno, e a única que (...) logra desvencilhar-se e emancipar-se dos dogmas do passado, maximizando a proteção dos direitos humanos. Os ordenamentos internacional e nacional formam um todo harmônico, em benefício dos seres humanos protegidos, das vítimas de violações dos direitos humanos. Esta nova visão (...), cuja aplicação requer uma mudança fundamental de mentalidade, encontra expressão na jurisprudência internacional, começa a florescer de forma sistemática também na jurisprudência nacional de alguns

países – e espero sinceramente que venha a germinar de igual modo em terras brasileiras”.

4. O surgimento do § 3º do artigo 5º da Lei Superior

Importante destaque deve ser dado à trajetória da criação do § 3º do artigo 5º da CF, introduzido pela PEC nº 96/92, que, após aprovação, se transformou na Emenda Constitucional nº 45/04.

De acordo com Sílvia Maria de Silveira Loureiro (2005, p. 213-217), em 29/03/92, o Deputado Federal Hélio Bicudo apresentou à Mesa Diretora da Câmara dos Deputados a PEC nº 96/92, com o intuito de introduzir amplas modificações na estrutura do Poder Judiciário. Nesta proposta inicial, não constava qualquer modificação no artigo 5º da Constituição Federal.

Em 1999, a Comissão Especial que estudava a PEC designou como relatora principal a Deputada Zulaiê Cobra. Além disso, foram designadas sub-relatorias para as seguintes áreas setoriais: estrutura e competência do STF e da Justiça Federal; fiscalização e controle do Poder Judiciário; súmulas vinculantes; acesso à justiça e direito à sentença; e, direitos, garantias e disciplinas dos Magistrados, Tribunais e Juízes Especiais.

No bojo dessa vastíssima reforma do Poder Judiciário, surgiu – pode-se falar que “surgiu”, visto que não houve qualquer tipo de discussão ou debate entre os parlamentares sobre o assunto –, no substitutivo apresentado pela Relatora Zulaiê Cobra, o disposto no § 3º do artigo 5º da CF.

Sílvia Maria de Silveira Loureiro (2005, p. 213-217) supõe que o parágrafo foi incluído por meio de sugestão encaminhada àquela relatora, reforçando tal entendimento pelas seguintes evidências:

a) na consulta realizada aos volumes das emendas apresentadas perante a Comissão Especial não foi encontrada qualquer emenda parlamentar no sentido de introduzir o

dispositivo sobre tratados internacionais, ainda que tivesse sido rejeitada, total ou parcialmente;

b) o primeiro substitutivo apresentado com base nas emendas acima referidas – PEC nº 096/92-A – mantém a mesma matéria de mérito da PEC originária;

c) quando o projeto foi redistribuído para a relatoria da Deputada Zulaiê Cobra, não havia mais prazo para apresentação de emendas parlamentares, no entanto, consoante o relatório, “a Comissão abriu prazo para discussão e recebimento de sugestões, com vistas à elaboração do parecer”. Todavia, o referido relatório não traz qualquer registro a respeito da inclusão desse § 3º ao artigo 5º, seja quanto à procedência desta proposta, seja quanto à justificativa e discussão do texto.

O histórico da PEC não nos permite concluir, por absoluto, a razão da inclusão do § 3º do artigo 5º. Entretanto, pode-se inferir que o motivo fundamental para o acréscimo desse parágrafo era terminar com a discussão da questão da hierarquia dos tratados internacionais, deixando bem clara a posição encampada pelo Brasil: os tratados que não versarem sobre direitos humanos serão sempre incorporados como normas infraconstitucionais; já aqueles que tratem de direitos humanos poderão, caso o Congresso Nacional assim decida, ostentar a condição de norma constitucional, desde que tramite com aprovação em ambas as Casas do Congresso Nacional, por dois turnos, com três quintos dos votos. Encontra-se latente o posicionamento jurisprudencial consolidado nas teses majoritárias do STF, no qual os tratados internacionais, mesmo os de direitos humanos, são equivalentes à lei ordinária.

Ademais, impende destacar que o citado dispositivo não é uma inovação no âmbito mundial, mas sim em nível nacional, já que o § 3º do artigo 5º da Constituição Federal segue tendência firmada na América Latina, e, assim, reproduz textos inseridos nas Constituições Argentina, Peruana, Nicaragüense e Colombiana.

5. Críticas ao novo dispositivo constitucional, em relação ao direito internacional contemporâneo

Este trabalho parte do pressuposto de que os tratados internacionais de direitos humanos já detêm força constitucional e aplicabilidade imediata, com base nos §§ 1º e 2º do artigo 5º da Constituição Federal e nos valores comuns superiores, consubstanciados na proteção do ser humano.

Partindo desse entendimento, há de se destacar que uma nova geração de juristas não cogita mais utilizar as doutrinas clássicas de incorporação dos tratados internacionais, quais sejam: o *monismo* (existência de apenas uma ordem jurídica, sem distinção hierárquica entre normas internacionais e internas, possibilitando assim a ocorrência de conflitos entre essas normas) e o *dualismo* (existência de ordens jurídicas distintas, na qual o direito interno de cada Estado e o internacional são sistemas independentes e distintos, embora igualmente válidos. Por regularem matérias diferentes, entre eles não poderia haver conflito).

Não admitem essa comparação dos tratados com a legislação interna do país, ao contrário, desejam ver aqueles compromissos internacionais iguais à Constituição do Estado. O Ex-Secretário Geral das Nações Unidas, B. Boutros-Ghali (*apud* MAZZUOLI, 2001, p. 26), corroborou essa idéia em seu discurso na plenária de abertura da II Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 14/06/93), ao afirmar que:

“(…) por sua natureza, os direitos do homem abolem a distinção tradicional entre a ordem interna e a ordem internacional. Eles são criadores de uma permeabilidade jurídica nova. Trata-se, portanto, de não os considerar, nem sob o ângulo da soberania absoluta, nem sob o da ingerência política. Mas, pelo contrário, é preciso compreender que os direitos humanos implicam a colaboração e a coor-

denação dos Estados e das organizações internacionais”.

Na mesma esteira de pensamento, Cançado Trindade (*apud* MAZZUOLI, 2001, p. 89) destacou que:

“(…) o antagonismo irreconciliável entre as posições monista e dualista clássicas provavelmente levou os juristas a abordar mais recentemente a relação entre o direito internacional e o direito interno de ângulos distintos. A distinção tradicional, enfatizando a pretensa diferença das relações reguladas pelos dois ordenamentos jurídicos, dificilmente poderia fornecer uma resposta satisfatória à questão da proteção internacional dos direitos humanos: sob o direito interno as relações entre os indivíduos, ou entre o Estado e os indivíduos, eram consideradas sob o aspecto da ‘competência nacional exclusiva’; e tentava-se mesmo argumentar que os direitos individuais reconhecidos pelo direito internacional não se dirigiam diretamente aos beneficiários, e por conseguinte não eram diretamente aplicáveis. Com o passar dos anos, houve um avanço, no sentido de, ao menos, distinguir entre os países em que certas normas dos instrumentos internacionais de direitos humanos passaram a ter aplicabilidade direta, e os países em que necessitavam elas ser ‘transformadas’ em leis ou disposições de direito interno para ser aplicadas pelos tribunais e autoridades administrativas.”

Nádia de Araújo (2004, p. 575/576) também se manifestou, destacando que a proteção à dignidade da pessoa humana e os princípios daí decorrentes passam também a informar as condições de aplicação do direito estrangeiro, levada a cabo pela utilização da metodologia própria do direito internacional privado. As regras do direito internacional contemporâneo não podem prescindir do chamado *double coding*, ou seja,

um senso duplo das normas em questão, pois estas não são mais intrinsecamente neutras, mas trazem em si, além de sua finalidade precípua – a proteção dos valores constitucionais –, os direitos humanos reconhecidos na ordem jurídica. Essas novas construções teóricas devem encarar o direito internacional não como uma disciplina que regula em abstrato o alcance pessoal e territorial das leis, obedecendo a princípios próprios, mas antes um ramo do Direito, que como os demais, participa igualmente da tarefa de modelação da sociedade. Assim, mister acentuar-se a permeabilidade e a abertura do direito internacional a valores ou princípios do Direito Público.

Ainda Nádia de Araújo (2004, p. 575/576) dispõe que:

“no século XXI, essa nova jurisprudência está se construindo da perspectiva de um sistema nacional tendo como vértice a Constituição, mas partindo também da idéia da universalização dos direitos fundamentais. Assim, o papel do juiz, como intérprete do ordenamento jurídico, na aplicação do DIPR, está condicionado não só às leis internas especializadas sobre a matéria – como a LICC, no Brasil – mas também aos direitos humanos, protegidos no plano interno – pelas regras constantes do bloco constitucional, que incluem os princípios – e no plano internacional – em sua dimensão global e regional. (...) Por isso, as regras de DIPR precisam obedecer ao sistema de regra/exceção, tendo os direitos humanos como baliza das soluções encontradas pelo método conflitual, agora não mais vista a lei encontrada como a única solução possível para um problema plurilocalizado”.

Conforme já asseverado, esses doutrinadores comungam com a idéia de que a introdução do § 3º do artigo 5º da CF foi um retrocesso no âmbito do direito internacional, visto que consolidou direito internacional

que não se preocupa com os resultados obtidos, que corre o risco de ignorar os anseios da sociedade, dando-lhe as costas com a utilização de uma técnica sofisticada, que prima pela obstinada rigidez da Constituição, em detrimento das reais necessidades dos indivíduos.

6. Críticas à constitucionalidade do novo dispositivo constitucional

Não bastando a defasagem do § 3º do artigo 5º da Carta Magna em relação ao direito internacional contemporâneo, entendendo que tal dispositivo é inconstitucional, pelos seguintes motivos.

Ao se analisar a equivalência às emendas constitucionais, percebe-se que as características da incorporação das normas internacionais no direito brasileiro não se coadunam com as exigências constitucionais para uma emenda à constituição.

O inciso I do artigo 49 da CF afirma que é da competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. Com base nessa informação, no princípio da separação dos poderes e no fato de o § 3º do artigo 5º não ter trazido qualquer ampliação de competências, observa-se que somente os Parlamentares detêm a competência para propor a votação de “constitucionalização” dos tratados de direitos humanos.

Entretanto, essa competência exclusiva dos Parlamentares de propor a equivalência do tratado ao de uma emenda constitucional impossibilita que tais normas passem a ser consideradas legítimas “emendas à Constituição”, haja vista que a Constituição originária não prevê qualquer matéria em que somente um ou dois dos capacitados (incisos I a III do artigo 60 da Constituição Federal) possam propor a PEC. Se a Constituição originária não previu essa hipótese, a emenda à constituição nº 45/04 também não pode prever tal hipótese.

Daí, infere-se que os tratados internacionais de direitos humanos “constitucionalizados” são, na verdade, nova proposição, não prevista no artigo 59 da Constituição Federal: *o decreto legislativo com quorum qualificado e equivalência às emendas constitucionais*.

Há de se destacar a inconstitucionalidade dessa nova proposição, visto que a doutrina considera que o rol constante do artigo 59 da Carta Magna é taxativo, não se podendo incluir outro tipo de proposição.

Por não ser emenda à constituição, mas tão-somente Decreto Legislativo com *quorum* qualificado e equivalência às emendas constitucionais, o tratado internacional de direitos humanos pode ter sua votação de “constitucionalização” durante intervenção federal, estado de defesa ou estado de sítio. Da mesma forma, se o citado Decreto Legislativo tiver sua matéria rejeitada, deve ocorrer a regra geral prevista no artigo 67 da Constituição Federal, qual seja, a de que matéria constante de projeto de lei rejeitado somente poderá constituir objeto de novo projeto, na mesma sessão legislativa, mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional, e não a regra prevista para rejeição de PEC.

Já que o Decreto Legislativo com *quorum* qualificado não pode ter as limitações da PEC, pode-se ler nas entrelinhas que a sua equivalência às emendas constitucionais diz respeito tão-somente à hierarquia constitucional, ou seja, o legislador quis apenas afirmar que os direitos humanos aprovados pela exceção do § 3º do artigo 5º terão o mesmo status dos direitos e garantias individuais dispostos na Constituição.

Infere-se, portanto, que o § 3º do artigo 5º tentou conciliar duas concepções inconciliáveis (a que entende que os tratados internacionais de direitos humanos têm força constitucional e aquela que pensa que tais tratados têm status de lei ordinária), criando assim um híbrido, que não se adapta aos demais dispositivos constitucionais.

Em virtude da recente implantação do dispositivo constitucional e do fato de o Brasil já ter se filiado aos mais importantes tratados sobre direitos humanos, os problemas suscitados pela redação equivocada do § 3º do artigo 5º da CF ainda não foram examinados na prática, mas provavelmente virão à tona em futuro próximo.

Mais grave do que isso é a mudança radical da concepção do constituinte originário, o qual entendia que os tratados internacionais de direitos humanos tinham força constitucional. Prova dessa afirmação foi trazida por Sílvia Maria da Silveira Loureiro (2005, p. 44-61), ao dispor que a Assembléia Nacional Constituinte de 1988 foi dividida em diversas Subcomissões, sendo que a Subcomissão de Direitos e Garantias Individuais solicitou conferência com o professor Cançado Trindade, realizada em 29/04/87, na qual ele sugeriu a presença de um dispositivo aberto na Carta Magna que atrelasse os tratados internacionais de direitos humanos à Constituição, o que asseguraria o cumprimento de qualquer área dos direitos humanos, e não de uma em especial (ex.: evitar o *apartheid*). Seguindo essa orientação, o legislador constituinte originário incluiu no corpo da Constituição de 1988 o § 2º do artigo 5º.

Todavia, com a recente inserção do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal, houve a completa e total inversão desse pensamento, pois consolida a idéia de que os tratados internacionais de direitos humanos têm, salvo se obtiver *quorum* qualificado, nível de lei ordinária. Essa inversão, conforme prega José Afonso da Silva (1996, p. 64-65) seria impensável por meio de emenda, e sim por meio de reforma constitucional, o que, efetivamente, não ocorreu.

Clausner Donizeti Duz (2006) afirma que o dispositivo recém-introduzido seria inconstitucional em razão da consagração do *Princípio da Vedação ao Retrocesso*. Esse retrocesso viria dos seguintes fatos: a) os tratados que vigoram em nosso ordenamento jurídico e que não passaram por esse requisi-

to imposto pela “Reforma do Judiciário” muito dificilmente terão a possibilidade de equivalência às normas constitucionais; b) tais requisitos pioraram a situação antes garantida pela Constituição, qual seja, a de que somente o fato de tais disposições normativas tratarem de direitos humanos já os colocaria em patamar de emenda constitucional quando da sua vigência interna, não sendo necessária a aprovação em dois turnos e por três quintos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional.

7. Críticas à implantação das exigências presentes no § 3º do artigo 5º da Carta Magna

Afora a questão da inconstitucionalidade e do descompasso com o Direito Internacional contemporâneo, o novo dispositivo apresenta problemas na sua concretização, a saber.

Preliminarmente, há de se destacar que Cançado Trindade (1999, p. 55-56), muito antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/04, já tecia críticas contundentes ao modelo adotado pela reforma constitucional da Constituição Argentina, em 1994, que acrescentou ao seu corpo de determinação bastante similar à trazida agora pelo § 3º do art. 5º da CF, ao dispor que:

“o § 2º do artigo 5º da Constituição Brasileira tem o grande mérito de não se restringir expressamente a determinados tratados de direitos humanos, como o faz, por exemplo, o § 22 do art. 75 da Constituição Argentina vigente após a reforma constitucional de 1994. (...) Não surpreende que *os próprios juristas argentinos venham recentemente apontando as insuficiências do disposto no § 22 do artigo 75, nela inserido naturalmente com a melhor das intenções. Têm observado, por exemplo, que há uma certa incoerência em reconhecer a alguns tratados hierarquia constitucional e a outros tão-somente nível infraconstitucional.* (...) Como se o anterior não bastasse, ou-

tro inconveniente ou limitação reside na necessidade de prever um determinado procedimento legislativo para atribuir hierarquia constitucional a outros tratados de direitos humanos, que não tenham encontrado expressão na Constituição. É o que teve que prever a Constituição Argentina, requerendo para tal a aprovação congressual (de dois terços da totalidade dos membros de cada Câmara). Que ocorreria se o Congresso, por qualquer razão, ainda que de força maior, não tomasse esta providência? Assim, a Argentina é hoje parte em diversos tratados de direitos humanos, inclusive outros que os que foram ‘constitucionalizados’, e que estão a requerer o procedimento previsto em sua Constituição reformada.”

Dessa forma, caso não seja declarado inconstitucional, o § 3º do artigo 5º da Carta Magna poderá gerar insegurança jurídica em relação à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, visto que o Brasil considerará alguns tratados com força constitucional e outros com status de lei ordinária.

Essa situação poderá gerar responsabilidade ao Brasil no cenário internacional, já que, segundo Francisco Rezek (2002, p. 96), “o Estado-tratadista, ao declarar sua vontade de se submeter a um acordo internacional, fica obrigado perante o Direito Internacional a tomar todas as providências para que sejam válidas e eficazes, em sua ordem jurídica interna, as normas dispostas na convenção. Se não procede dessa forma, comete ato ilícito e deve se responsabilizar por ele”.

Ademais, o § 3º do artigo 5º da CF exige *quorum* qualificado, o que, no atual momento do Congresso Nacional, será praticamente impossível, pois o Legislativo encontra-se abarrotado de medidas provisórias que tramam a pauta de votação e limitam o exercício de votação das Casas Legislativas.

Outro problema de implantação advém da discricionariedade concedida ao Con-

gresso Nacional, permitindo que eleve ou não o tratado internacional de direitos humanos ao equivalente à emenda constitucional. Essa discricionariedade será prejudicial aos direitos humanos, caso o Congresso não atue de acordo com a sua missão institucional – atender ao interesse público como órgão representante da vontade popular. Nesse sentido, Luís Fernando Sgarbossa (2006) dispôs que, “ao contrário de privilegiar os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, a Emenda Constitucional 45 colocou a sua vigência na esfera de conveniência e oportunidade políticas do Poder Legislativo Federal, de modo que pode o Congresso Nacional, doravante, disciplinar conforme seu juízo político a conveniência de conferir a hierarquia constitucional às disposições constantes dos referidos instrumentos”.

Ainda cabe frisar que, em razão do § 3º do artigo 5º da Carta Magna, a votação do Decreto Legislativo será cada vez mais morosa, visto que os parlamentares terão que realizar conjecturas sobre o grau de hierarquia que o tratado internacional de direitos humanos deve assumir. Isso trará danos a todos os brasileiros, pois os direitos dispostos no tratado a ser votado demorarão ainda mais a serem reconhecidos perante a sociedade internacional, dificultando sua aplicação no Brasil.

Por fim, há de se lembrar que o Brasil já é signatário de todos os tratados internacionais de direitos humanos mais relevantes, e, por isso, o Legislativo dificilmente sofrerá pressão popular para os parlamentares votarem algum tratado específico, o que torna ainda mais difícil a aplicação do *quorum* mínimo exigido no § 3º do artigo 5º.

8. Conclusão

O legislador constituinte instituiu, no inciso III do artigo 1º, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana. Em assim sendo, o ser humano e seus direitos básicos

deveriam, em eventual conflito, ter prioridade sobre qualquer outro.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal e a maioria dos aplicadores de Direito parecem esquecer esse fundamento ao sobrepor a técnica cega e a preocupação com a rigidez da Constituição em detrimento do indivíduo. Ainda impera no Brasil a idéia de que os tratados internacionais de direitos humanos têm valor hierárquico igual ao de um acordo internacional para venda de laranjas ou de sapatos. Em assim sendo, a qualquer momento, o legislador brasileiro pode revogar ou derogar um tratado internacional, com a simples edição de lei ordinária com dispositivo contrário ao tratado.

Novos estudiosos do assunto vêm entendendo de forma diversa do apregoado pelo STF, e destacam que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro deveriam, com base nos §§ 1º e 2º do artigo 5º da CF e outros princípios insculpidos na CF, ser fontes, per se, do sistema constitucional de proteção dos direitos, ingressando assim na ordem jurídica brasileira com índole e nível constitucional e conferindo suporte axiológico à interpretação de todo o direito interno.

A despeito do crescimento dessa última corrente, a introdução do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal marcou considerável revés a esse entendimento, por firmar de maneira indireta a tese defendida pelo STF.

Tal fato nos remete à lição de Sílvia Maria da Silveira Loureiro (2005, p. 226), que afirmou:

“ainda prevalece no Estado brasileiro a sensação de que é mais fácil mudar um texto constitucional de acordo com a conveniência de seus aplicadores do que mudar a mentalidade dos agentes realizadores da Constituição. Por um lado transparece, a dependência do Poder Legislativo em face do Poder Judiciário ao referendar em proposta de emenda constitucional a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sem sequer questionar

o desmonte de um sistema construído pelo próprio Legislador Constituinte. Por outro lado, é flagrante a dissonância entre estes Poderes – Legislativo e Judiciário – e o Poder Executivo, o qual propõe implementar na política externa brasileira de promoção dos direitos humanos. Em suma, ainda parece prevalecer no Brasil o equivocado entendimento segundo o qual as obrigações internacionais assumidas pelo Estado são apenas obrigações executivas e que, por conseguinte, o eventual descumprimento destas pelo Poder Legislativo ou Judiciário não acarretariam qualquer tipo de responsabilidade internacional.”

Essa visão do direito internacional dos direitos humanos coloca o Brasil cada vez mais distante da efetiva proteção à dignidade da pessoa humana, sendo que qualquer ameaça a esse fundamento deveria ser ferrenhamente combatida, principalmente nos tempos atuais, de globalização, de formação de blocos econômicos, de mercado livre, de exploração de mão-de-obra barata, de exploração do trabalho infantil, de crescimento do “ter” sobre o “ser”, de mercantilização do homem.

Portanto, o legislador brasileiro, quando da discussão e votação da “reforma do judiciário”, perdeu oportunidade de tornar o Brasil vanguardista na área do reconhecimento dos direitos humanos, assim como havia sido nos casos de proteção à criança (Estatuto da Criança e do Adolescente) e ao consumidor (Código de Defesa do Consumidor). Ao contrário, o legislador brasileiro introduziu dispositivo inconstitucional, doutrinariamente retrógrado e de difícil aplicação prática.

Referências

ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado e Direitos Fundamentais: uma Perspectiva Retórico-Arumentativa do Princípio da Ordem Pública*. In: Brant,

Leonardo Nemer Caldeira (coord.). *O Brasil e os novos desafios do direito internacional* / Rio de Janeiro : Forense, 2004.

AZEVEDO, Bernardo Montalvão Varjão de. *Uma reflexão acerca dos pactos e convenções internacionais e sua aplicação no ordenamento jurídico pátrio*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, nº 43, p. 31-48, abr./jun. 2003.

CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino. *Os direitos humanos no Brasil e sua garantia através dos instrumentos processuais constitucionais*. Revista de Informação Legislativa, nº 130, p. 83-97, abr./jun. 1996.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração* / Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

DUARTE, Leonardo Avelino. *Estudos sobre a posição hierárquica dos decretos legislativos que incorporam tratados*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, nº 41, p. 69-96, out/dez. 2002.

DUZ, Clausner Donizeti. *O princípio constitucional da vedação ao retrocesso frente à constitucionalidade do artigo 5º, § 3º, da CF/88*. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1016>>. Acesso em 14 jul. 2006.

LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. *Os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos na Constituição* / Belo Horizonte : Del Rey, 2004.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito internacional : tratados e direitos humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira* / Rio de Janeiro : América Jurídica, 2001.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público* / São Paulo : Saraiva, 2002.

SGARBOSSA, Luís Fernando. *A Emenda Constitucional nº 45/04 e o novo regime jurídico dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6272>>. Acesso em 19 jan. 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo* / São Paulo : Malheiros Editores, 1996.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. *Tratados internacionais de direitos humanos*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, nº 43, p. 7-30, abr./jun. 2003.

STEINER, Sílvia Helena de Figueiredo. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro* / São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional*. In: Boucalt, Carlos Eduardo de Abreu e Araújo, Nádida de (orgs.). *Os direitos humanos e o direito internacional* / Rio de Janeiro : Renovar, 1999.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *O Direito Internacional e o Supremo Tribunal Federal*. In: Brant, Leo-

nardo Nemer Caldeira (coord.). *O Brasil e os novos desafios do direito internacional* / Rio de Janeiro : Forense, 2004.

WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos* / São Paulo : Malheiros Editores, 1999.