



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Incorporação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos após EC 45/2004

Maria Cecília Paes de Carvalho

Rio de Janeiro
2009

MARIA CECILIA PAES DE CARVALHO

A incorporação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos após EC 45/2004

Artigo Científico apresentado à Escola de
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como
exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.
Orientadores: Prof^ª. Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares
Prof. Marcelo Pereira de Almeida

Rio de Janeiro
2009

A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS APÓS EC 45/2004

Maria Cecília Paes de Carvalho

Graduada pela Universidade Cândido Mendes. Advogada.

Resumo: Este trabalho tem como objeto a incorporação dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, com a finalidade de introduzir um breve panorama de como era a incorporação dos tratados antes da Emenda Constitucional nº 45/2004 e como ficou posteriormente a Emenda, procurando estabelecer, de forma sintética, os principais pontos ao longo da incorporação dos citados tratados, bem como, as atuais controvérsias na doutrina e na jurisprudência brasileira.

Palavras - chave: Constitucional, Tratados Internacionais, Direitos Humanos.

Sumário: Introdução. 1. Dos tratados internacionais 1.1. Breve histórico da incorporação dos tratados; 1.2. Do Monismo e do Dualismo. 2- Dos tratados internacionais de direitos humanos antes da EC 45/04. 3. Da incorporação dos tratados de direitos humanos após EC 45/2004. 4. Da análise jurisprudencial; 4.1. Da jurisprudência atual; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto o tema da incorporação dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio, regulada pelos artigos 5º §2º e §3º, 49, I, e 84, VIII, da Constituição Federal de 1988, que asseguram a equivalência de norma constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros.

Para contextualizar o leitor, apresenta-se um breve panorama histórico do momento em que se intensificou a necessidade de haver uma tutela internacional dos direitos humanos, e também como se desenvolveu a incorporação dos tratados internacionais no direito brasileiro.

Por meio desse panorama, reflete-se sobre o antigo modelo de internalização dos tratados de direitos humanos, que precederam a Emenda Constitucional n. 45/2004, e o modelo atual, que entrou em vigor após a aprovação da citada emenda.

Nesse sentido, busca-se analisar as questões controvertidas na doutrina, no que tange ao *status* constitucional conferido ao tratado internacional de direitos humanos, que, posteriormente à Emenda Constitucional nº 45/04, adquiriu o valor de emenda constitucional, gerando discussões entre os juristas.

No decorrer do trabalho, busca-se elucidar a discussão doutrinária acerca da obrigatoriedade do trâmite previsto no § 3º do art. 5º da CRFB/88, ilustra também a possibilidade da internalização pelo trâmite previsto anteriormente, que exigia um *quorum* de aprovação bem inferior.

O cenário mundial contribui para a internalização dos tratados, tendo em vista a necessidade crescente de um ordenamento jurídico supranacional para dar garantias e efetividade a tais direitos, no âmbito do direito interno, já que muitos tratados dessa natureza, apesar de terem sido celebrados pelo Brasil, não alcançam a plena validade em razão da demora do legislativo na aprovação da matéria. Além disso, o *quorum* requerido é bastante elevado, o mesmo exigido para a aprovação de emendas à constituição.

Busca-se despertar a atenção para a demora na internalização dos tratados internacionais relativos a direitos humanos, mesmo os já celebrados pela República Federativa do Brasil, comprovando a necessidade de internalização dos tratados, mediante *quorum* qualificado, para que as normas incorporadas sejam consideradas formalmente constitucionais, acaba retardando o uso efetivo da norma. Para isso, é necessário que se examine o julgado paradigma do depositário infiel, em que foi aplicada a tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos.

1 – DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

Há dois grupos de tratados internacionais, a saber: os comuns, tradicionais ou convencionais, que estão relacionados diretamente aos Estados pactuantes, e os que tratam dos cidadãos do Estado, mas o presente artigo abordará apenas o segundo grupo citado.

O reconhecimento dos direitos humanos por tratados e atos normativos internacionais é uma forma de tutela internacional dos direitos e para o efetivo resguardo desses direitos foram criadas instituições internacionais, como, as Cortes Internacionais. Esse processo de tutela internacional de direitos humanos se desenvolveu a partir do fim da 2ª Guerra Mundial. Logo, o marco inicial desse processo foi exarado pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão elaborada em 1948, ou seja, logo após o fim da segunda grande guerra.

Lembre-se de que até o final da 2ª Guerra Mundial, o Estado Nacional era o único responsável pela tutela de direitos fundamentais, uma vez que prevalecia um conceito abrangente de soberania estatal, cuja diretriz era a de não aceitar a intromissão de uma Corte Internacional nos assuntos do Estado soberano, não havia como condená-lo pela violação de algum direito fundamental.

1.1- BREVE HISTÓRICO DA INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS

No Brasil, os tratados internacionais, antes que sejam incorporados ao ordenamento jurídico interno, necessitam de aprovação prévia do Poder Legislativo, que exerce função de controle e fiscalização dos Atos do Executivo que, por sua vez, tem a competência privativa para celebrar os Tratados, Convenções e Atos Internacionais.

Essa combinação de interesses entre os Poderes já figura, há muitos anos, nas Constituições Pátrias. O art. 34 da Constituição de 1891 já estabelecia a competência privativa do Congresso Nacional, atribuindo ao Presidente da República, no art. 48, os poderes de celebrar tratados, convenções e ajustes, sempre com o *ad referendum* do Congresso Nacional.

Tal atributo esteve ausente apenas da Constituição de 1937, sendo resgatado na seguinte, de 1946, que previa em seu art. 66 ser do Congresso Nacional a competência de decidir sobre tratados celebrados pelo Presidente da República.

Na Constituição de 1967, pode-se observar um ponto controverso, mais precisamente no art. 44, I, que previa como competência exclusiva do Congresso Nacional a de “resolver definitivamente sobre os Tratados e Convenções e atos internacionais celebrados pelo Presidente da República”, combinado com o art. 81, que admitia ser de competência exclusiva do Presidente da República “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, *ad referendum* do Congresso Nacional”.

Existem duas interpretações diferentes sobre o texto constitucional de 1967. Para MEDEIROS (1995), caberia ao Congresso Nacional aprovar todo e qualquer ato internacional celebrado pelo Presidente da República, entretanto, a outra corrente, capitaneada por ACCIOLY (1976), entendia que a celebração do tratado pelo Presidente da República bastava para a sua validade, pois a competência para alguns tratados era exclusiva do Poder Executivo.

A Constituição atual, promulgada em 1988, estabelece que o Poder Executivo deve se relacionar com o Poder Legislativo, no que diz respeito à aprovação dos Tratados Internacionais em geral.

A forma de ingresso dos tratados internacionais no direito brasileiro é enunciada pela atual Constituição Federal em dois dispositivos, nos artigos 49, I e 84, VIII, que determinam ser da competência privativa do Presidente da República celebrar tratados,

convenções e atos internacionais, enquanto que ao Congresso Nacional cabe resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais.

No procedimento adotado pela Constituição, o Presidente celebra o tratado internacional, enviando-o à Câmara dos Deputados e, posteriormente, às comissões permanentes de competência relativa ao assunto, seguindo para a aprovação no plenário. Uma vez aprovado, segue para o Senado Federal, onde também passará pelas comissões permanentes e pelo plenário. Em caso de aprovação, o tratado retorna ao Presidente da República, que o ratificará mediante Decreto a ser publicado no Diário Oficial.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na ADI 1480-MC, que teve julgamento em 04/09/1997, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello, concluiu que com a expedição do decreto pelo Presidente da República, surgem estes três efeitos básicos: a promulgação do tratado internacional; a publicação oficial de seu texto; e a executoriedade do ato internacional, que passa então a vincular e obrigar no plano do direito positivo interno.

Com a emenda constitucional nº 45 de 2004, o que foi alterado foi o *quorum* para aprovação dos tratados internacionais de direitos humanos, que antes era o mesmo da lei ordinária, ou seja, dois terços dos membros de cada Casa Legislativa. Após a reforma, o *quorum* necessário à aprovação do decreto legislativo passou a ser de três quintos, que equivalem ao *quorum* de uma emenda constitucional.

1.2 – DO MONISMO E DO DUALISMO

O impasse existente na relação entre o Direito Internacional Público e o Direito Interno se baseia principalmente na dúvida quanto ao caráter dessas esferas que seriam ordens jurídicas distintas ou, então, elementos de uma mesma ordem jurídica.

O Monismo defende que o Direito Internacional e o Direito Interno fazem parte de uma única ordem jurídica, considerando, portanto, que há uma hierarquia entre as normas, na qual o direito internacional ocupa a posição mais elevada (monismo internacionalista); todavia, há outra corrente dessa doutrina que defende a primazia do direito interno (monismo nacionalista). Já sob a perspectiva do dualismo, o Direito Internacional e o Direito Interno são ordens jurídicas distintas, uma interna e outra externa, inexistindo qualquer relação de ordem hierárquica.

A teoria Monista foi desenvolvida principalmente pela Escola de Viena, cujos representantes mais destacados são Kelsen, Verdross e Kunz. KELSEN (1998), ao desenvolver a teoria pura do direito, criou a célebre pirâmide de normas, na qual as normas encontravam seu fundamento de validade e obrigatoriedade na norma que lhe era imediatamente superior.

A norma jurídica fundamental se encontrava no vértice da pirâmide, cabendo ao jurista a eliminação de qualquer norma base que entrasse em confronto com a norma fundamental.

A antítese entre o ordenamento jurídico interno e o direito internacional foi comparada, por KELSEN (1998), com a oposição entre o Geocentrismo de Ptolomeu e a visão heliocêntrica do universo criada por Copérnico. O ordenamento jurídico do Estado assume, nessa teoria, a posição central no direito mundial, assim como na teoria de Ptolomeu a Terra é o centro do sistema solar. Na outra corrente, o direito internacional ocupa, inversamente, a posição central, de modo semelhante à visão de Copérnico, na qual o Sol é o centro e a Terra apenas um dos planetas que gira ao seu redor.

De acordo com a Teoria Monista, o Direito Interno e o Direito Internacional formariam juntos uma unidade jurídica que não pode ser afastada em detrimento dos

compromissos assumidos pelo Estado no âmbito internacional. Os compromissos assumidos pelo Estado passam a ter aplicação imediata no ordenamento jurídico interno do país.

Já a Teoria Dualista, desenvolvida na Alemanha por TRIEPEL (1964), estabeleceu diferenças entre o direito internacional público e o direito interno, sendo uma delas a de que as regras internas de um estado soberano são emanadas de um poder ilimitado que subordina a si todos os seus dependentes, o que não acontece no âmbito internacional.

Dessa forma, os dois ordenamentos jurídicos do Estado e o Internacional podem caminhar simultaneamente, não havendo a primazia de um sobre o outro, já que os dois atuam em esferas distintas. O Estado pactuante, ao ratificar um tratado internacional, se obriga a incorporar tais preceitos no seu ordenamento doméstico por razões sobretudo morais, já que o não cumprimento destes dará origem a uma censura do plano internacional.

Para a Teoria Dualista, o direito interno e a norma internacional compõem dois sistemas independentes, sendo que ambos são válidos. Os dois sistemas regulam matérias diferentes, o que exclui a possibilidade de conflitos; ou seja, o tratado internacional não poderia, sob qualquer hipótese, regular uma questão interna antes de ter sido incorporado a este ordenamento por um procedimento receptivo que o eleva à categoria de lei nacional.

Alguns doutrinadores acham que a defesa da incorporação dos tratados de direitos humanos é de natureza dualista, enquanto outros acreditam ser de origem monista.

Para alguns dos monistas, como PIOVESAN (2002), os tratados de direitos humanos teriam aplicação imediata, pois fazem parte de um regime adotado pela Constituição da República de 1988, que não os enumera explícita nem implicitamente, uma vez que são provenientes do regime adotado, o que os configura como direitos de difícil definição, diferentemente dos tratados internacionais, dos quais o Brasil faz parte, que são expressos e claramente elencados.

Portanto, os direitos implícitos estariam num universo de direitos indefinidos e subjetivos, enquanto os direitos previstos na Constituição e nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos comporiam o universo de direitos definidos e objetivos, bastando localizá-los nos tratados internacionais devidamente incorporados e ratificados pelo Brasil.

Segundo a autora citada acima, o tratamento diferenciado, conferido pelo artigo 5º, § 2º, da Carta Constitucional de 1988, se legitima sob o fundamento de que os tratados de direitos humanos têm caráter especial e, por isso, devem ter tratamento privilegiado em relação aos tratados internacionais comuns. Os tratados de direitos humanos procuram a harmonia na relação entre os Estados pactuantes, buscando defender os direitos do ser humano em face das prerrogativas estatais.

De acordo com este entendimento, os direitos humanos previstos em tratados internacionais dos quais o Brasil faz parte assumem caráter constitucional, como se estivessem conjugados com os já previstos no capítulo dos direitos e garantias fundamentais. Tendo em vista que a Constituição lhes conferiu valor jurídico de norma constitucional, tais tratados fariam parte do que a doutrina denomina de “bloco de constitucionalidade”.

Já para SILVA (2006), os tratados internacionais que protegem os direitos humanos não seriam auto-executáveis, uma vez que as incorporações, para qualquer tratado no ordenamento brasileiro, devem ser aplicadas à luz da teoria dualista.

Desta forma, qualquer direito previsto em tratado internacional, mesmo os assinados pelo Presidente da República, só poderiam ser invocados após a recepção do tratado pelo decreto legislativo expedido pelo Congresso Nacional, autorizando o Presidente da República a ratificá-lo.

No caso do Brasil, não há nenhum dispositivo constitucional que enfrente a relação entre Direito Internacional e Interno. Não há menção expressa, a qualquer das correntes, seja monista ou dualista. A doutrina predominante entendia que, devido ao silêncio da

Constituição, o Brasil adotava a corrente dualista, para qual existe uma dualidade de ordens jurídicas, uma interna e outra externa, sendo então necessário e indispensável um ato de recepção introduzindo as regras constantes do tratado no plano do direito interno positivo.

Para BASTOS E MARTINS (1988-1989), os arts. 3º e 4º da CRFB tratam de um melindroso tema, a relação entre o Brasil e a ordem internacional, pois, nenhum dos citados dispositivos esclarece qual é o nível de subordinação do direito interno ao direito internacional. Assim, enquanto o direito internacional não tenha norma positivada no ordenamento interno, não haverá qualquer submissão a ordem internacional, somente quando vigente a norma interna é que o direito humano assegurado em tratado internacional poderá ser exercido.

2 - DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS ANTERIORES À EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/04

Até a Emenda Constitucional de nº. 45 de 2004, a natureza dos tratados de direitos humanos era bastante controversa em nosso país, de modo que a citada emenda tentou dissipar qualquer dúvida ao declarar expressamente que os tratados internacionais de direitos humanos, depois de incorporados, equivalem a uma emenda constitucional. É importante frisar que a emenda constitucional declarou a “equivalência” a uma norma constitucional e não o *status* de norma constitucional

No entanto, a controvérsia ainda persiste em relação aos tratados internacionais de direitos humanos incorporados antes da entrada em vigor da emenda, tendo em vista que os mesmos não seguiram o rito disposto no art. 5º, § 3º da CRFB/88.

Parte da doutrina brasileira, capitaneada por MELLO (1999), entendia que os tratados eram recepcionados com natureza supraconstitucional, desta forma, nem mesmo uma emenda à constituição poderia suprimir a norma internacional que tratasse de direitos humanos ratificado por este país, entendimento esse que se coaduna ao monismo internacionalista.

Num segundo ponto de vista, defendido principalmente por TRINDADE (1998) e PIOVESAN (2002), os tratados internacionais de direitos humanos teriam natureza constitucional, com aplicação imediata desde a sua ratificação com base no art. 5º, § 1º e § 2º da CRFB/88, sendo desnecessária a edição de referendos do Congresso Nacional, pois a norma tinha aplicação imediata no direito interno.

Um terceiro posicionamento, defendido por MENDES (2005) e acolhido pelo STF em julgamento recente, atribui aos tratados internacionais de direitos humanos a natureza de supralegalidade, uma vez que os tratados estariam abaixo da Constituição, mas acima da legislação infraconstitucional, ocupando uma posição intermediária entre a Constituição e as Leis.

Uma quarta corrente, patrocinada por FERREIRA (2009), admite somente o *status* de lei ordinária para os diplomas internacionais, sob o fundamento de que um direito fundamental instituído por um tratado não estaria implícito na Constituição da República, alcançando apenas o *status* de norma infraconstitucional, com a exceção dos incorporados após a Emenda Constitucional nº 45/04, pelo determinado *quorum* especial.

3- DA INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS APÓS EC 45/2004 E SUAS CONTROVÉRSIAS DOUTRINÁRIAS

A Emenda Constitucional nº 45 de 2004, dentre outras alterações constitucionais, introduziu o § 3º do artigo 5º da Constituição Federal, cuja redação é a seguinte: “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”.

Com a introdução do citado parágrafo na Constituição Federal, o legislador pretendia acompanhar a tendência das Constituições Latino-Americanas, que vêm adotando a tese do “Estado Constitucional Cooperativo”, introduzida por HÄRBELE (2003). Para este autor, o Estado Constitucional não pode mais estar voltado apenas para seus próprios interesses, devendo atuar em conjunto com os demais membros da Comunidade Internacional, dentre eles, o autor destaca dois fundamentos básicos deste Estado Cooperativo que são o aspecto “sociológico-econômico” e o aspecto “ideal-moral”.

Nessa perspectiva, os Estados deveriam cooperar entre si com fins de coexistência pacífica, atuando para que prevaleça o direito comunitário sobre o direito interno, o que atenua as fronteiras entre os planos interno e o externo

Na América Latina, países como o México, Paraguai, Argentina e Venezuela, já asseguraram o *status* constitucional ou o valor de norma supralegal aos tratados de direitos humanos, bem como a aplicabilidade imediata dos tratados depois de sua ratificação. A Constituição Paraguaia foi além, declarando submissão à ordem jurídica supranacional para garantir a eficácia dos direitos humanos previstos no art. 9º de sua Constituição.

Acrescente-se ainda que o legislador também desejava eliminar as controvérsias da doutrina e da jurisprudência, no que tangia ao grau hierárquico atribuído aos tratados internacionais referentes a direitos humanos, uma vez incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro; todavia, a reforma introduzida no § 3º do art. 5º da CRFB/88 acabou gerando outras questões a serem debatidas.

Primeiramente, cabe destacar a problemática da recepção dos tratados internacionais de direitos humanos anteriores a EC 45/04, ainda que seja possível uma interpretação benéfica quanto à possibilidade da recepção automática, tornando-os equivalentes a emendas constitucionais, tal assertiva deve ser feita com base na interpretação dada ao § 2º do art. 5º da CRFB/88, o que não nos parece viável, dada a total incompatibilidade do rito e decretos legislativos, assim como das emendas constitucionais.

As emendas à constituição têm *quorum* qualificado para sua aprovação, mais elevado do que o requerido para a aprovação de decretos legislativos, e também, não cumprem a mesma função destes, que integram o ordenamento infraconstitucional, enquanto as primeiras passam a integrar a própria Constituição, tornando-se formalmente constitucionais.

Cabe ressaltar que há diferença entre a norma de *status* constitucional e a “equivalência” à norma constitucional, pois quando se admite o *status* constitucional da norma, significa que a norma é materialmente constitucional, ainda que não esteja formalmente presente na Constituição, uma vez que, para isso, deveria percorrer o que demanda o art. 60, § 2º da CRFB/88, no procedimento próprio às emendas constitucionais.

Insta assinalar que nem todas as normas enunciadas na Constituição são materialmente constitucionais, isto é, têm conteúdo de norma constitucional, pois algumas das que lá estão, tanto pela matéria de que tratam quanto pelo detalhamento da regulação, poderiam estar presentes em outros veículos, como, em uma lei ordinária.

Algumas das normas presentes na Constituição poderiam ser normas ordinárias em vez de normas constitucionais, o que possibilita sua modificação por lei ordinária e não por emenda constitucional. No entanto, o poder constituinte originário decidiu por bem colocar essas matérias na Constituição.

Ultrapassada esta assertiva, resta destacar que existem dois tipos de normas constitucionais: as materialmente constitucionais e as formalmente constitucionais. As

primeiras são normas que têm conteúdo constitucional, isto é, referem-se à estrutura do Estado, definindo a função de seus órgãos, inclusive o modo de aquisição e limitação do poder, e fixando o regime político. No mais, estabelecem os direitos e garantias fundamentais do cidadão, disciplinam os fins sócio-econômicos do Estado, asseguram a estabilidade constitucional e estatuem regras de aplicação da própria Constituição.

Já o segundo tipo, apesar de estar na Constituição, não possui o conteúdo necessário para isto, pois estas normas apresentam somente a forma estrutural de normas constitucionais.

Ressalte-se que nem todas as normas materialmente constitucionais são formalmente constitucionais, estão presentes na constituição, como, os tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao ordenamento anteriormente a EC nº 45/04, que, apesar de não estarem presentes formalmente na Constituição, têm conteúdo de matéria constitucional, já que estabelecem direitos e garantias fundamentais da pessoa, inclusive por força do art. 5º § 2º da CRFB/88, fazendo parte do chamado “bloco de constitucionalidade”.

Diante disso, conclui-se que os tratados internacionais de direitos humanos anteriores a EC nº 45/04 só poderão adquirir a natureza de normas formalmente constitucionais caso sejam aprovados pelo procedimento instituído no art. 5º, §3º da CRFB/88; caso contrário, continuam sendo normas materialmente constitucionais veiculadas por decretos legislativos.

Outra questão a ser abordada é a que tange à obrigatoriedade ou não da adoção do rito mais severo conferido pela EC nº 45/2004, surgida em decorrência da dúvida a respeito do caráter, obrigatório ou facultativo, da incorporação dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, por meio do rito em que se aprova uma emenda constitucional.

Na doutrina contemporânea já encontramos dois posicionamentos, sendo um deles o de TAVARES (2005), que tem defendido a compulsoriedade da nova sistemática, admitindo que deva incidir o processo relativo às emendas constitucionais sobre o § 3º do art. 5º da CRFB/88.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, SARLET (2006) defende, com base numa interpretação teleológica e sistemática, a conclusão de que tal procedimento é de fato obrigatório, já que a intenção do legislador era atribuir *status* jurídico de direito fundamental às matérias tratadas nas convenções internacionais de direitos humanos.

Outro posicionamento quanto à obrigatoriedade ou não da aprovação dos tratados internacionais de direitos humanos pelo *quorum* qualificado, vem de MORAES (2006), que considera que a EC nº 45 concede ao Congresso Nacional a possibilidade de incorporação com *status* ordinário, baseado no art. 49, inciso I, da CF, ou com *status* constitucional, conforme previsto no §3º do art. 5º da CF/88, caso se adote, respectivamente, o *quorum* normal ou o *quorum* de emenda constitucional.

MAZZUOLI (2009) opina da forma bem semelhante, defendendo como opcional a decisão do legislador, que poderia aprovar o tratado por meio de decreto legislativo ou pelo *quorum* qualificado para ser equivalente a uma emenda constitucional. Para respaldar seu argumento, cita o primeiro precedente do Congresso Nacional na Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, que foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 186/2008, onde restou aprovado o tratado em referência pelo rito do decreto legislativo, que, no entanto, utilizou do *quorum* qualificado para a sua aprovação.

Outro aspecto controvertido da doutrina reside na modalidade a ser adotada em caso de denúncia dos tratados de direitos humanos: a de *status* de norma constitucional ou de equivalência à norma constitucional.

Nas palavras de ACCIOLY (1993, p. 136), a denúncia “é o ato pelo qual uma das partes contratantes comunica à outra, ou às outras, a sua intenção de dar por findo esse tratado, ou de se retirar do mesmo.”

Na prática, cada tratado deverá ter cláusula específica determinando como a denúncia será feita e autorizada, conforme dispõe a Convenção de Viena.

Uma primeira posição doutrinária, defendida por MAZZUOLI (2009), admite ser impossível a denúncia dos tratados de direitos humanos, com *status* de norma constitucional dos tratados de direitos humanos, pois os mesmos passariam a ser também cláusulas pétreas constitucionais.

Ocorre que, neste caso, não haveria como responsabilizar o Presidente da República, pois os efeitos jurídicos decorrentes da denúncia ao tratado realizado pelo Chefe do Executivo, não teriam efetividade para retirar a validade do tratado no ordenamento jurídico interno, quando fossem aprovados pelo *quorum* de 2/3, pois já teriam validade de cláusulas pétreas constitucionais, de acordo com o que prevê o § 2º do art. 5º da Constituição, tornando-se materialmente constitucionais.

Nesta condição, no ato da denúncia, o Brasil não teria mais responsabilidade pelo descumprimento do tratado no âmbito internacional, embora continuasse responsável pelo seu cumprimento no âmbito interno

No entanto, para o citado autor, não seria permitida tal interpretação aos tratados incorporados na condição estabelecida pelo § 3º do art. 5º da Constituição. Desse modo, a denúncia, apesar de exequível, não teria nenhuma eficácia, tendo em vista que, nesta hipótese, haveria a possibilidade de responsabilizar o Presidente da República, pois os tratados teriam a equivalência à norma constitucional.

Além disso, mesmo que os tratados de direitos humanos tenham expressa previsão da possibilidade de sua denúncia, esta não poderia ser realizada pelo Presidente da República unilateralmente, prática atualmente adotada pelo Brasil quando da denúncia de tratados internacionais, sob ameaça da quebra de cláusula pétrea.

Diante do exposto, deverá haver uma diferenciação a respeito da denúncia dos tratados de direitos humanos aprovados pelo *quorum* de dois terços e dos aprovados pelo *quorum* de três quintos, pois será preciso distinguir se o tratado que se pretende denunciar

norma equivale a uma emenda constitucional, ou se apenas detém *status* de norma constitucional.

Portanto, resta claro que os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, nos termos do § 2.º, ou mesmo nos termos do § 3.º do art. 5.º da Constituição, não seriam suscetíveis de denúncia, por serem cláusulas pétreas constitucionais. A única diferença que remanesce é a que tange aos tratados aprovados no *quorum* qualificado, pois, uma vez denunciados, acarretariam a responsabilidade do denunciante, o que não ocorre na sistemática do § 2.º do art. 5.º da Constituição.

Há uma segunda corrente defendida por BAHIA (2000, p. 158), que dispõe o seguinte: “que vigora, em direito internacional, o princípio de que não são suscetíveis de denúncia os tratados que digam respeito a direitos humanos.”.

Desta forma, ainda que a denúncia seja o meio adequado para o Estado se desobrigar dos deveres assumidos em razão de um tratado internacional, esta só seria capaz de gerar seus efeitos quando se tratasse de matéria ordinária, o que não ocorre quando os tratados versam sobre direitos humanos.

Esta segunda posição visa proteger os direitos internacionalmente garantidos, sejam material ou formalmente constitucionais, para que estes não fiquem à mercê da conveniência ou oportunidade do Chefe do Executivo em mantê-los ou retirá-los do ordenamento pátrio, o que certamente causaria um retrocesso, além de entrar em choque com o princípio da prevalência dos direitos humanos.

Ressalte-se que esta discussão doutrinária já era conhecida desde antes da EC nº 45/04, pois já era possível esse confronto em relação aos tratados de direitos humanos com *status* de norma constitucional, e com a aprovação da emenda, a controvérsia se acentuou ainda mais.

4- DA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

O Supremo Tribunal Federal vinha adotando um posicionamento que conferia *status* de lei ordinária aos tratados internacionais, independentemente de seu conteúdo. Esse entendimento foi sedimentado em diversas decisões com base na teoria monista, em seu viés nacionalista moderado, prevalecendo, portanto, o ordenamento jurídico interno.

Desse modo, quando ocorressem conflitos entre dois dispositivos, um previsto na lei interna e outro na convenção internalizada, deveriam ser resolvidos por meio do critério cronológico combinado com o critério da especialidade; ou seja, a norma de caráter especial, mesmo que mais antiga, prevaleceria sobre a norma de caráter geral, como restou estabelecido em diversos julgados em relação à possibilidade da prisão do depositário infiel.

A jurisprudência do STF, utilizando o Decreto Lei nº 911/69, equiparou, por sua vez, o contrato de alienação fiduciária em garantia ao contrato de depósito para permitir a prisão, igualando o devedor da alienação fiduciária em garantia ao depositário pra justificar o encarceramento em caso de não devolução do bem.

A Constituição prevê a prisão civil em dois casos: alimentante inadimplente e depositário infiel. Desta forma, parte dos doutrinadores entendia que o Decreto Lei nº 911/69 seria inconstitucional desde a sua origem, tendo em vista que a alienação fiduciária nada tem a ver com contrato de depósito, já que este se baseia na confiança. Nos casos em que o depositário fiel descumpre tal contrato há uma quebra da confiança que justificaria, no posicionamento do constituinte, a sua prisão.

No caso da alienação fiduciária em garantia, observa-se um contrato de financiamento que cede determinado bem em garantia, ficando claro que a natureza desses contratos é diferente, o que impede sua equiparação pela lei, que criaria uma terceira hipótese de prisão civil não prevista na Constituição, como fez o Decreto Lei 911/69.

Além disso, há outro argumento citado pela doutrina, com base no Pacto de São José da Costa Rica, que só admitia a prisão na hipótese do alimentante inadimplente, não do depositário infiel. O STF entendia que os tratados valeriam como lei ordinária, resultando num conflito entre o Decreto Lei 911/69 e o Pacto São José da Costa Rica. Assim, a norma que deveria prevalecer é a da lei posterior, porque ambos os casos são equiparados à lei ordinária, sendo o Pacto São José da Costa Rica posterior.

4.1 – DA JURISPRUDÊNCIA ATUAL

O julgamento que tratou do tema aqui abordado ocorreu em 03/12/2008, recebendo a influência das inovações trazidas pela EC n. 45/04, quando o Plenário do Supremo Tribunal Federal arquivou, por unanimidade, negou seguimento aos Recursos Extraordinários n.ºs. 466.343 e 349.703. A questão central dos recursos cingia-se na discussão sobre a possibilidade da prisão civil, nas hipóteses de descumprimento de contrato de alienação fiduciária, pois conforme exposto no item n.º 4, seria impossível equiparar o contrato citado ao contrato de depósito de bem alheio (depositário infiel) para efeito de prisão civil.

O mesmo tema também foi discutido no Habeas Corpus n. 87.585, que obteve decisão no mesmo dia. Neste caso, a defesa sustentava que, se fosse mantida a decisão de encarceramento, o recorrente estaria respondendo pela dívida com a restrição de sua liberdade, o que não pode ser aceito no moderno Estado Democrático de Direito, que não enxerga razoabilidade e utilidade na pena de prisão para os fins do processo.

O recurso se fundamentou na impossibilidade de decretação da prisão de depositário infiel, à luz da redação trazida pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, que tornou os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos equivalentes à norma constitucional, a

qual tem aplicação imediata, referindo-se ao Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário.

O Pacto de São José da Costa Rica é um tratado internacional de direitos humanos que só admite a possibilidade de prisão civil na hipótese do devedor de alimentos. No entanto, a Corte Suprema divergiu no que tange ao grau hierárquico em que esses tratados são recebidos no ordenamento jurídico brasileiro.

Depois de um longo debate realizado no Plenário do STF, no julgamento dos RE nº 466.343 e 349.703 e do HC 87.585, o que acabou prevalecendo foi o direito à liberdade, que é um dos direitos humanos fundamentais segundo a Constituição Federal de 1988, cuja privação só pode ocorrer em casos excepcionais. Portanto, o entendimento que prevaleceu entre os Ministros, em uma votação acirrada, foi o de que a prisão civil por dívida não se enquadra entre as hipóteses de prisão civil autorizadas pelo art. 5º, LXVII da CRFB/88.

No HC 87.585, o Ministro MELLO (2008) proferiu voto lembrando que o Pacto de São José da Costa Rica sobre Direitos Humanos e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, foram incorporados ao ordenamento pátrio, em 1992 e 1990 respectivamente. Nestes documentos fica expressamente vedada a prisão civil por dívida, em seus art. 7º, § 7º e art. 11º, tomando como única exceção prevista os casos de dívida alimentar. No caso de infidelidade do depositário de bens no período posterior ao ingresso dos citados tratados, a prisão por dívida não pode ser decretada.

Para o Ministro MELLO (2008), o disposto no art. 4º, inciso II, da CRFB/88, preconiza a prevalência dos direitos humanos como princípio nas suas relações internacionais, defendendo a tese de que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, mesmo os firmados antes do advento da Constituição de 1988, devem ter o mesmo *status* dos dispositivos inscritos na Constituição Federal. No entanto, ele lembra que tais tratados e convenções não podem contrariar o disposto na Constituição, somente complementá-la.

Em seu voto proferido no RE 466.343, o Ministro MELLO (2008) acrescenta que os tratados internacionais de direitos humanos têm força de norma constitucional, ainda que celebrados antes da entrada em vigor da EC nº 45/2004, como no caso do Pacto de São José da Costa Rica, uma vez que tais normas resguardam caráter de normas materialmente constitucionais, fazendo, portanto, parte do chamado bloco de constitucionalidade.

Nas palavras do Ministro PELUSO (2008, p.117), “(a) Constituição Federal não deve ter receio quanto aos direitos fundamentais”, nos quais se incluem os direitos humanos, tal como prioriza a Constituição. Nesse sentido, o corpo humano, em qualquer caso de obrigação é o mesmo, de modo que a importância e a tutela jurídica que ele merece são os mesmos, o que torna irrelevante a modalidade do depósito.

O Ministro PELUSO (2008) conclui, em seu voto, que a tese jurídica usada para cobrar débito sobre o corpo humano é um retrocesso a uma época em que o corpo humano era *corpus vilis* (corpo vil), sujeito a qualquer abuso.

Posteriormente, proferiu voto a Ministra GRACIE (2008), acrescentando que se trata de uma virtude a deferência aos direitos humanos em um mundo globalizado

O Ministro DIREITO (2008) considera que o *status* dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos é, de fato, norma supralegal, estando acima da legislação ordinária, mas abaixo da Constituição da República, de forma que só seria possível conferir equivalência aos citados tratados se estes fossem votados pela nova sistemática introduzida pela EC 45/04, prevista no §3º do art. 5º da CRFB/88.

O Ministro MENDES (2008) proferiu seu voto defendendo o caráter supralegal dos tratados internacionais sobre direitos humanos. Desse modo, considerou que a equivalência dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos dos quais o Brasil já é signatário poderia colocar em risco a segurança jurídica do país. Portanto, em seu parecer, o constituinte derivado agiu com maturidade ao acrescentar o § 3º do art. 5º da CRFB/88.

Os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Carmem Lúcia e Menezes Direito se posicionaram de modo semelhante ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes, conferindo aos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos o *status* de norma supralegal, já que, para a maioria da Corte, só era possível admitir caráter constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, quando ratificados pelo Congresso Nacional de acordo com o *quorum* estabelecido no § 3º do art. 5º da CRFB/88, ou seja, por três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação.

De outro lado, os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Eros Grau e Ellen Gracie admitiram a tese que considera tais tratados possuidores de caráter hierárquico de norma constitucional.

O Pacto de São José da Costa Rica foi ratificado pelo Brasil sem reservas no ano de 1992, adquirindo desde então, sob esta forma de interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal, caráter supralegal, tornando inaplicável a legislação infraconstitucional que conflite com seus dispositivos, mesmo que o ato seja posterior ou anterior à ratificação.

O STF admitiu nestes julgados que os tratados internacionais de direitos humanos têm caráter supralegal; assim, em uma ordem hierárquica, estariam abaixo da Constituição, mas acima da legislação infraconstitucional.

CONCLUSÃO

Após esse breve panorama sobre as controvérsias da incorporação dos tratados de direitos humanos no ordenamento brasileiro, conclui-se que a intenção do legislador constituinte derivado, ao introduzir o § 3º do art. 5º da CRFB/88, era assentar a tese defendida, há muitos anos, por Antônio Augusto Cançado Trindade e Flávia Piovesan a respeito dos tratados internacionais de direitos humanos. Segundo os autores, estes possuiriam

a mesma hierarquia das normas constitucionais, por força do disposto no § 2º art. 5º da CRFB/88.

No entanto, a inovação trazida pela EC 45/2004 mitigou o entendimento de que o §2º do art. 5º da CRFB/88 era uma cláusula material de abertura plena, pois a partir da vigência do § 3º do art. 5º da CRFB/88, não é mais possível defender que os direitos expressos em tratados internacionais dos quais o Brasil faz parte, compõem os direitos fundamentais formalmente constitucionais, sendo possível apenas a defesa de que tais direitos são materialmente constitucionais, fazendo parte do “bloco de constitucionalidade”.

As alterações constitucionais também dificultaram a forma de incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos, que passou a exigir o *quorum* de três quintos nas duas Casas do Congresso Nacional, por meio de votações em dois turnos. Dessa forma, a celeuma doutrinária foi resolvida e, a partir da EC 45/2004, não restam dúvidas quanto ao grau hierárquico de norma constitucional que deve ser atribuído aos tratados de direito humanos depois de incorporados pela nova sistemática.

Por enquanto, em não havendo nenhuma reforma constitucional à vista para sanar a incongruência entre o grau hierárquico adquirido pelos tratados de direitos humanos incorporados antes e depois da EC 45/04, será necessário que a sociedade civil estimule o Congresso Nacional para que este aprove em bloco, pela maioria qualificada requerida pelo § 3.º do art. 5.º da Constituição Federal de 1988, todos os tratados internacionais de direitos humanos já ratificados pelo Brasil, e para que estes alcancem o grau hierárquico de norma constitucional.

Também restou definida a situação anteriormente discutida neste artigo, já que não há maneira de sustentar um sistema automático de incorporação, sustentado por alguns doutrinadores sob o fundamento da adoção da Teoria Monista, com base no § 2º do art. 5º, conjugado com o art. 4º, II, todos da CRFB/88.

Após os julgamentos citados no item 4.1, ocorreu um progresso na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no que tange ao grau hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. Antes, os tratados estavam na mesma categoria das leis ordinárias federais, recebendo, agora, a qualidade de norma supralegal aos tratados de direitos humanos incorporados antes da EC 45/04.

É fato que existe uma forte inclinação da jurisprudência da Corte Suprema de se perfilhar a tese que considera o caráter constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados antes da EC 45/04, tendo em vista que a votação do precedente citado no item 4.1 foi finalizada com cinco votos em favor do caráter supralegal, contra quatro votos a favor do caráter constitucional. No entanto, dois Ministros deixaram de se manifestar no citado julgamento.

Por fim, caso a jurisprudência efetivamente evolua para a posição adotada pelo Ministro Celso de Mello, dando caráter constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao ordenamento, restará claro que a terceira onda de democratização internacional do Direito efetivamente se tornou um fato no Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

BAHIA, Saulo José Casali. *Tratados internacionais no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo, v. 1 e 2. Saraiva. 1988-1989.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 1480 – DF, Tribunal Pleno. Relator: Min. Celso Mello. Publicado no DO 18-05-2001

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 466.343- SP, Tribunal Pleno. Relator Min. Cezar Peluso. Publicado no DO 05-06-2009

- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 349.703- RS, Tribunal Pleno. Relator Min. Carlos Brito. Publicado no DO 05-06-2009
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 87.585- TO, Tribunal Pleno. Relator Min. Marco Aurélio. Publicado no DO 26-06-2009
- FERREIRA, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 11º ed. São Paulo: Saraiva. 2009.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 515.
- HARBELE, Peter. *El estado constitucional*, tradução de Hector Fix-Fierro, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p.75-77.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2009. – (Coleção direito e ciência afins; v. 4/ coordenação Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes, Willian Terra de Oliveira)
- MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz. *O Poder de Celebrar Tratados*. 1ª. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995.
- MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal, in Ricardo Lobo Torres (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro. Renovar. 1999. p. 25-26.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2005.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 6. ed. Atlas: São Paulo, 2006, p. 460.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Ed. Max Limonad. 2002.
- TAVARES, André Ramos. *Reforma do judiciário no Brasil pós-88: (des) estruturando a justiça*. São Paulo: Saraiva. 2005.
- TRIEPEL, Karl Henrich. *As relações entre o direito interno e o direito internacional*, tradução de Amílcar de Castro, Belo Horizonte, 1964.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *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.113-118. p. 88-89
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais, a Reforma do Judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: notas em torno dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição de 1988*. In: Revista de direito do estado, n. 1, pp. 59-88, jan./mar. 2006, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros. 2006