

Instituto Brasiliense de Direito Público

**Incorporação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos ao
Ordenamento Jurídico Brasileiro: Interpretação da Constituição
Federal pelo Supremo Tribunal Federal e Consequências da Emenda
Constitucional 45/2004 na Proteção dos Direitos Fundamentais.**

DANIEL AUGUSTO MESQUITA

Brasília, agosto de 2005.

1. Introdução.

A Constituição Federal vigente institui um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, visando proteger valores essenciais à população brasileira, tais como, vida, dignidade da pessoa humana, liberdade, meio-ambiente equilibrado etc..

A Assembléia Constituinte de 1987/88 procurou proteger esses direitos de forma integral, trazendo inúmeras normas fundamentais para o texto político e apresentando formas de ampliação desse rol, seja pela consagração de princípios, seja por meio da incorporação de tratados internacionais ao ordenamento jurídico interno.

Esta última possibilidade provoca grande discussão no campo doutrinário e jurisprudencial. De um lado, os empenhados¹ na dualidade entre monistas e dualistas² e, de outro, a corrente humanista³.

O STF, de forma conservadora, interpretou o texto constitucional seguindo a primeira corrente e concluiu pela impossibilidade de se internalizar os tratados internacionais de direitos fundamentais com *status* de norma constitucional.

Sucedo que, em dezembro de 2004, foi editada a Emenda Constitucional 45 que, dentre outros relevantes assuntos, dispôs expressamente sobre a questão dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento pátrio.

Desta forma, a referida Emenda, à primeira vista, caminhando para a segunda corrente doutrinária apresentada, trouxe a possibilidade de recepção dos tratados internacionais de direitos humanos ao ordenamento interno com equivalência à emenda constitucional. Entretanto, conforme será verificado adiante, tal alteração se adequa fundamentalmente à primeira corrente e também possui alguns aspectos negativos que merecem destaque.

Assim, o presente estudo apresentará a questão da incorporação dos tratados internacionais de direitos fundamentais antes da EC 45/2004, o entendimento jurisprudencial nesse período, a alteração constitucional e as perspectivas da efetividade da proteção dos direitos do homem após a modificação da Constituição vigente.

2. A Incorporação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

¹ Cf. REZEK, José Francisco. Direito dos Tratados. São Paulo: Forense, 1984, p. 462/463.

Cf. Diário do Congresso Nacional, Seção I, de 19/05/92, p. 9241.

² ROUSSEAU, Charles. Droit International Public Approfondi. Paris: Dalloz, 1958, p. 3/16.

³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, Volume I, 1ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

2.1. A proteção dos direitos fundamentais e o § 2º do artigo 5º da Constituição Federal;

2.1.1. Terminologia, conteúdo e evolução dos direitos fundamentais

A transformação do conteúdo dos “*direitos fundamentais*” ao longo do seu desenvolvimento dificulta uma conceituação exata da expressão. Ademais, a utilização de vários termos para designar esses direitos contribui ainda mais para uma confusão terminológica⁴.

A doutrina aponta para o entendimento de que as expressões “*direitos humanos*” e “*direitos fundamentais*” são, nas palavras de André Tavares, “*utilizadas para denominar uma mesma realidade, no caso, a referente aos direitos fundamentais do Homem*”⁵. Assim, nenhuma confusão há que se fazer com os referidos termos quando da leitura do presente trabalho.

Superada a questão terminológica, vale lembrar a tão mencionada evolução dos direitos fundamentais em gerações para a verificação das principais características da abrangência desse instituto que se pretende estudar.

A primeira geração dos direitos fundamentais é representada pelos direitos de liberdade, ou seja, são os individuais. A segunda geração tem sua base no princípio da igualdade, abrangendo toda a coletividade. Já a terceira geração apresenta a característica de universalidade. Por fim, os direitos fundamentais de quarta geração são originários do contexto mundial de globalização política e econômica⁶.

Desde o jusnaturalismo moderno, iniciado com Hugo Grocio⁷, quando surgiram as primeiras declarações de direitos humanos (séculos XVII e XVIII), entende-se que esses direitos são inerentes ao ser humano e, portanto, inalienáveis. O próprio homem (e não o modelo de Estado existente), ao longo da sua história, definiu que direitos deveriam ser elevados à categoria de direito fundamental⁸. Nas palavras de Cançado Trindade, os direitos humanos “*antecedem os direitos dos Estados; de que o poder estatal deriva da vontade do povo; e de que a justiça prima sobre o direito*

PIOVESAN, Flavia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 5ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

⁴ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, cap. II.

⁵ TAVARES, op. Cit., p. 360

⁶ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, cap. 16.

⁷ COMPARATO, Fabio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 2. ed. São Paulo. Saraiva, 2001. Cap. 01.

⁸ Válida é a transcrição da seguinte afirmação de Paulo Bonavides: “A história dos direitos humanos - direitos fundamentais de três gerações sucessivas e cumulativas, a saber, direitos individuais, direitos sociais e direitos difusos - é a história mesma da liberdade moderna, da separação e limitação de poderes, da criação de mecanismos que auxiliam o homem a concretizar valores cuja identidade jaz primeiro na Sociedade e não nas esferas do poder estatal.” (BONAVIDES, Op. cit., p. 528)

estatal positivo.”⁹ Verifica-se, desta feita, que os direitos humanos são anteriores a qualquer forma de organização política e, por isso, devem ocupar lugar de destaque no ordenamento constitucional de qualquer nação.

Outro importante aspecto dos direitos humanos a ser destacado, para a melhor compreensão das conclusões expostas ao final, é a necessidade de integração dos múltiplos tipos de normas de proteção a esses direitos para uma garantia integral e efetiva, destacando, sempre, a necessidade de se aplicar a norma mais favorável às vítimas das eventuais violações¹⁰. A natureza de “*direito de proteção*” dos direitos humanos consagrada pela doutrina indica que o operador deve integrar todo o conjunto de normas e de instrumentos internos e internacionais para assegurar uma proteção ampla ao ser humano.

Nesse sentido, as gerações de direitos acima expostas se compatibilizam para uma maior proteção, formando um instrumento completo, único e de aplicação imediata na resolução dos conflitos que envolvem os direitos fundamentais.

2.1.2. O texto constitucional;

Em atenção a tais princípios e buscando a efetividade dos direitos humanos, a Constituição Federal de 1988 trouxe o § 2º do artigo 5º, que dispõe: “*Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*”. Tal dispositivo procura abarcar todos os direitos humanos: os inseridos no texto constitucional, os não inseridos, mas consagrados pelo ordenamento interno, e os posteriormente pactuados pelo Estado por meio de acordos internacionais.

Partindo das premissas apresentadas até aqui, tal interpretação é límpida e coerente, pois está de acordo com o sentido de *norma de proteção* que deve ser dada aos direitos humanos, na esteira da universalidade dessas normas e do seu caráter supra-estatal. Não foi esse entendimento, contudo, o consagrado pelo Supremo Tribunal Federal na aplicação do citado dispositivo.

2.2. A aplicação do § 2º do artigo 5º pelo Supremo Tribunal Federal.

⁹ Cf. TRINDADE, op. Cit., p. 18.

¹⁰ Cançado Trindade defende que não há hoje a pretensão de se sobrepor o direito internacional ao interno e vice-versa. O que se deve observar no conflito entre as normas de direitos fundamentais internas e internacionais é aplicar a que mais proteja a vítima. Esse princípio contribui para a redução de conflitos entre normas, para uma maior coordenação dos instrumentos legais, e, por fim, para a ampliação e

2.2.1. Humanistas *versus* monistas/dualistas;

A aplicabilidade dos tratados internacionais de direitos humanos é abordada por, pelo menos¹¹, duas doutrinas diametralmente opostas.

Influenciada pela doutrina jusnaturalista acima mencionada e afirmando que os direitos humanos são trazidos por um ordenamento jurídico de proteção tanto interno quanto internacional, que caminham no mesmo sentido, desenvolveu-se a doutrina humanista. Esta teoria defende a aplicação imediata da norma mais favorável à vítima, mesmo que esta norma seja internacional e ainda não tenha sido integrada formalmente ao ordenamento jurídico interno dos países¹².

Na outra ponta da linha estão aqueles que somente admitem a aplicação do direito internacional (independentemente do seu conteúdo) quando integrado ao ordenamento jurídico interno. Afirmam esses doutrinadores, partindo de conceitos como o de soberania e de competência nacional exclusiva para legislar, que não há lei no direito interno sem que se respeite todo procedimento de criação de normas definido constitucionalmente pelo Estado.

Esta última teoria se subdivide em duas correntes: dualista¹³ e monista¹⁴. Em breves linhas, a primeira entende que normas internas e internacionais são independentes e, portanto, para que estas sejam aplicadas internamente devem, em primeiro lugar, ser transformadas em lei interna, mediante procedimentos formais estabelecidos na Constituição do país. Já os monistas entendem que apenas o ato de ratificação pelo poder executivo é suficiente para transpor a norma do plano internacional para o plano interno¹⁵.

Além do já citado artigo 5º, § 2º, a Constituição Federal de 1988 apresenta, em seu artigo 1º, III, a dignidade da pessoa humana como fundamento da

fortalecimento da proteção aos direitos humanos. Cf. TRINDADE, op. Cit., p. 434/436 e PIOVESAN, op. Cit., p. 115/116.

¹¹ Flávia Piovesan apresenta, outras duas correntes, *in verbis*: “Acrescente-se que, além da concepção que confere aos tratados de direitos humanos hierarquia constitucional (concepção defendida por este trabalho) e da concepção, que, ao revés, confere aos tratados status paritário à lei federal (posição majoritária do STF), destacam-se outras duas correntes doutrinárias. Uma delas sustenta que os tratados de direitos humanos têm hierarquia supra-constitucional, enquanto que a outra corrente defende a hierarquia infra-constitucional, mas supra-legal dos tratados de direitos humanos.” (PIOVESAN, op. Cit., p. 91)

¹² Cf. TRINDADE, op. Cit., cap. X.

¹³ Os principais representantes da corrente dualista são Triepel, Anzilotti e, no direito brasileiro, Amílcar de Castro.

¹⁴ A concepção monista foi desenvolvida por Hans Kelsen e, no Brasil, apresenta como principal expoente Celso D. De Albuquerque Mello.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição – Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora*. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 15/16.

República e, em seu artigo 4º, II, a prevalência dos direitos humanos como princípio das relações internacionais.

Tais dispositivos poderiam levar a uma interpretação do texto constitucional que autorizasse a aplicabilidade direta e imediata dos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário¹⁶. Essa interpretação, contudo, não foi consagrada no ordenamento pátrio.

A aplicabilidade de uma norma internacional, qualquer que seja a matéria, depende, segundo o texto constitucional pátrio, de ato do Congresso Nacional (artigo 49, I) e também da promulgação do Presidente da República (artigo 84, VIII). Desta forma, adota o Brasil a corrente dualista moderada, pois, se por um lado não é necessária a elaboração de uma lei interna, por outro um simples ato do executivo não é suficiente para integrar a norma ao ordenamento jurídico interno.

2.2.2. Posição do Supremo Tribunal Federal;

O Supremo Tribunal Federal há muito se manifesta sobre a aplicação dos tratados de direitos humanos no direito interno.

Foi na decisão do RE 80004, proferida em 1977, que se iniciou a discussão sobre a aplicabilidade dos tratados internacionais no direito interno. Nesse julgamento, o Supremo Tribunal afirmou que os tratados internacionais não se sobrepõem às leis internas.

Já na vigência da Constituição de 1988, a análise do HC 72131 também contribuiu para a evolução jurisprudencial do tema, pois afirmou-se que a Convenção de San José da Costa Rica, que proíbe a prisão decorrente de contrato civil, não afasta a aplicação do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, ou seja, concluiu-se pela supremacia da Constituição sobre um tratado que protege direito fundamental.

Todavia, é na análise dos julgamentos das medidas cautelares em duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, quais sejam, 1480-3 - DF e 1675-1 - DF, que se verifica a atual posição do Supremo sobre o tema. Em ambas analisam-se direitos fundamentais de segunda geração (direitos sociais do trabalho), pactuados na Organização Internacional do Trabalho (a Convenção 158 e a Convenção 106, respectivamente) e já integrados ao ordenamento jurídico interno.

No julgamento da primeira ADIn, a questão da incorporação dos tratados internacionais de direitos fundamentais se apresentou, fundamentalmente, nas

¹⁶ Flávia Piovesan, trazendo lição de Canotilho, afirma que os “direitos internacionais integrariam, assim, o chamado “bloco de constitucionalidade”, densificando a regra constitucional positivada no parágrafo 2º, do art. 5º, caracterizada como cláusula constitucional aberta”. (PIOVESAN, op. Cit., p. 78/79)

exposições do relator, Ministro Celso de Mello, do Ministro Carlos Velloso e, por fim, do Ministro Nelson Jobim.

O primeiro, partindo do pressuposto de que o ordenamento brasileiro “*prestigia, de maneira incondicional, a absoluta supremacia da Constituição sobre todo e qualquer ato de direito internacional público*”¹⁷, analisou o tema sob a óptica da dualidade monista/dualista, observando as normas constitucionais que definem os procedimentos para a incorporação dos tratados internacionais ao direito interno e apontando as consequências dessa incorporação. Para o Ministro Celso de Mello, independentemente da matéria disposta no tratado, a executoriedade do ato internacional somente ocorre após a realização dos procedimentos apresentados na Constituição.

Em seguida, analisa o Ministro a constitucionalidade formal dos tratados internacionais. Para ele, esses tratados, após a conclusão do processo de incorporação, têm valor apenas de lei ordinária, nunca de lei complementar ou de norma constitucional. Assim, uma eventual primazia de qualquer norma internacional sobre lei ordinária somente se daria pela cronologia ou pela especialidade (como qualquer conflito entre duas leis internas de mesma hierarquia).

Já o Ministro Carlos Velloso apresentou entendimento diverso. Defendeu, em seu voto, que um tratado internacional pode ser internalizado como lei complementar se a matéria tratada for definida na Constituição como tal.

Para ele, as leis complementares seriam apenas uma das espécies do gênero “lei”, pois não possuem qualquer hierarquia sobre as leis ordinárias e estas não encontram seu fundamento de validade naquelas. A única diferença entre essas duas espécies seria o *quorum* de aprovação no Congresso Nacional.

Na análise do artigo 5º, § 2º, da CF/88, o Ministro Carlos Velloso defende a auto-aplicabilidade dos tratados internacionais pactuados pelo Brasil, expondo que a tese dualista restou superada pela sistemática do referido dispositivo constitucional¹⁸. Esses tratados, para Velloso, dispensam a edição de ato legislativo

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn 1480-3. Relator Celso de Mello. Acórdão 04.09.1997. DJ 18.05.2001. Requerentes: CNT e CNI. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. P.234.

¹⁸ Para fundamentar tal afirmação, o Ministro Carlos Velloso citou o seguinte trecho a obra de Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins “Comentários à Constituição do Brasil”, São Paulo: Saraiva, 1989, II/396: “não será mais possível a sustentação da tese dualista, é dizer, a de que os tratados obrigam diretamente os Estados, mas não geram direitos subjetivos para particulares, que ficariam na dependência da referida intermediação legislativa. Doravante será, pois, possível a invocação de tratados e convenções, dos quais o Brasil seja signatário, sem a necessidade de edição pelo Legislativo de ato com força de lei, voltado à outorga de vigência interna aos acordos internacionais.”

para sua exigibilidade no plano interno. Assim, a Convenção 158/OIT tem *status*¹⁹ constitucional por conter direitos que "*integram a doutrina dos direitos fundamentais*".

Concluindo a análise do citado dispositivo constitucional, o Ministro afirma que não há inconstitucionalidade material de tratado que verse sobre direito fundamental, tendo em vista que esses tratados incorporam-se à "*ordem jurídica brasileira de forma autônoma*" e devem ser integrados aos demais direitos fundamentais existentes de forma harmônica. Este posicionamento, embora consagrado pela melhor doutrina, não foi o adotado pela maioria dos Ministros²⁰.

Contrário à tese de Carlos Velloso e acompanhando o relator, o Ministro Nelson Jobim apresentou seu voto. Para ele, o *quorum* especial de votação das leis complementares (maioria absoluta) não foi um simples capricho do poder constituinte originário de 1987/1988, mas uma estratégia para provocar uma maior discussão das questões controvertidas no Congresso Nacional. Esse *quorum* (maioria absoluta) não pode ser burlado pela realização de um pacto internacional, que exige apenas maioria simples para a aprovação de um tratado pelo Congresso.

Quanto à análise do art. 5º, § 2º, o Ministro Nelson Jobim, confirmando o voto do Ministro Moreira Alves na mesma ADIn, aponta para o entendimento de que apenas os tratados de direitos fundamentais celebrados e internalizados antes do promulgação da Constituição de 1988 devem ter *status* de norma constitucional.

Assim, por maioria, o Supremo Tribunal Federal afastou a auto-aplicabilidade dos tratados internacionais de direitos fundamentais internalizados após a Constituição Federal de 1988 e sedimentou o entendimento de que esses tratados têm *status* de lei ordinária, não podendo, sequer, serem introduzidos no ordenamento pátrio como lei complementar.

A partir da análise do julgamento da medida cautelar na ADIn 1480-3, verifica-se que o conteúdo do art. 5º, § 2º, foi drasticamente esvaziado. É, portanto, no julgamento da medida cautelar na ADIn 1675-1, cujo relator foi o Ministro Sepúlveda Pertence, que se elucida ainda mais a real extensão desse dispositivo para o STF.

Nesta ADIn, a despeito de ter sido voto vencido no julgamento da cautelar na ADIn 1480-3, Pertence apresenta a questão da interpretação do art. 5º, § 2º, demonstrando que a doutrina contemporânea tende a atribuir *status* constitucional aos tratados internacionais de direitos fundamentais. Lembra o relator, entretanto, que o

¹⁹ A dimensão do termo "*status*" será explorada abaixo.

²⁰ Na ADIn 1480-3 foram vencidos os Ministros Carlos Velloso, Ilmar Galvão, Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence.

Supremo adotou entendimento contrário a essa tendência no julgamento da medida cautelar na ADIn 1480-3²¹, aqui apresentada.

Assim, reafirma o Ministro o entendimento de que apenas os tratados incorporados ao direito pátrio antes da Constituição vigente têm *status* de norma constitucional e aponta, numa clara tendência humanista, que os tratados internacionais de direitos humanos, mesmo que não constitucionalizados, devem ter valor de "*poderoso reforço à interpretação do texto constitucional que sirva melhor à sua efetividade*"²², isto porque, segundo o relator, esses tratados decorrem da mesma preocupação de proteção dos direitos fundamentais que rege a Constituição vigente²³.

Apresentando-se mais uma vez para a discussão, o Ministro Nelson Jobim afirmou a impossibilidade de se dar aos tratados de direitos fundamentais *status* de norma constitucional. Entende o Ministro que, se fosse conferido a esses tratados tal *status*, não se teria apenas uma norma constitucional, mas uma cláusula pétrea, que não poderia ser modificada, nos termos do art. 60, § 4º, IV, da Constituição.

Para Jobim, o § 2º do art. 5º diz, simplesmente, que o rol dos direitos e garantias individuais da Constituição poderá ser ampliado por outros instrumentos, contudo, esses instrumentos não terão característica de norma constitucional.

No julgamento da medida cautelar dessa ADIn, os demais ministros nada afirmaram sobre a extensão do disposto no § 2º do art. 5º, entretanto, pelas posições apresentadas nos julgamentos das ADIns referidas, denota-se que, infelizmente, o STF ainda está apegado à "*polêmica clássica, estéril e ociosa, entre dualistas e monistas, erigida sobre falsas premissas*"²⁴.

Isto porque, verifica-se nos julgamentos apresentados que o Supremo Tribunal Federal: a) adota a supremacia da Constituição como valor absoluto²⁵; b) não se filia à doutrina defensora da auto-aplicabilidade das normas internacionais; c) confere *status* de norma constitucional apenas aos tratados de direitos fundamentais

²¹ Ressaltou também o Ministro Sepúlveda Pertence o julgamento do HC 72131, referido acima.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn 1675-1. Relator Sepúlveda Pertence. Acórdão 24.09.1997. DJ 19.09.2003. Requerente: CNTC. Requerido: Presidente da República. P. 377.

²³ Sobre a interpretação das normas conforme os direitos fundamentais apresenta Antonio Enrique Pérez Luño, na obra *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 4ª ed., Madrid: Tecnos, 1991, p. 310: "nosso Tribunal Constitucional tem reconhecido, de forma expressa, que os direitos fundamentais constituem o parâmetro em conformidade com o qual devem ser interpretadas todas as normas jurídicas que compõem o nosso ordenamento".

²⁴ TRINDADE, op. Cit., p. 22.

²⁵ É na lição de Canotilho que se observa que o valor soberania deve ser visto com ressalvas no contexto globalizado atual, *in verbis*: "O Poder Constituinte soberano criador de Constituições está hoje longe de ser um sistema autônomo que gravita em torno da soberania do Estado. A abertura ao Direito Internacional exige a observância de princípios materiais de política e direito internacional tendencialmente informador do Direito interno." (CANOTILHO, op. Cit., p. 18)

internalizados antes da promulgação da Constituição de 1988; d) renega esse *status* aos tratados internalizados após a Constituição vigente, conferindo-lhes apenas valor de lei ordinária e de reforço para a interpretação dos direitos existentes na Constituição.

2.3. O § 3º incorporado ao artigo 5º pela Emenda Constitucional 45/2004.

2.3.1. Os tratados internacionais em uma posição de destaque;

A Emenda Constitucional 45/2004 trouxe a "reforma do judiciário" para a Constituição Federal vigente.

Dentre as alterações relevantes, está a inserção do § 3º ao artigo 5º da Carta Magna, segundo o qual: "*Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.*".

Conforme verificado alhures, os tratados internacionais sobre direitos fundamentais não vêm ocupando lugar de destaque no ordenamento jurídico interno após a interpretação dada pelo Supremo ao § 2º do artigo 5º da Constituição Federal.

Assim, num esforço de dar a esses tratados a importância correspondente ao conteúdo de suas disposições e na tentativa de elevá-los a uma posição de destaque no direito brasileiro (não apenas como lei ordinária), a EC 45/2004 trouxe um procedimento especial para a incorporação das convenções internacionais sobre direitos humanos ao ordenamento pátrio com equivalência de emenda constitucional.

Vale dizer que o referido dispositivo decorre de uma preocupação não apenas brasileira, mas de vários países da América Latina (Guatemala, Peru e Argentina, p. ex), que modificaram suas Constituições no final do século XX para proteger, com maior efetividade, os direitos humanos.

A inexistência de um *quorum* de aprovação para integração dos tratados de direitos fundamentais antes da Emenda 45/2004 foi justamente um dos fatores que levaram o Ministro Nelson Jobim a concluir pela impossibilidade de dar a esses tratados *status* de norma constitucional. Segundo ele, os outros instrumentos que consagram direitos fundamentais não são equivalentes à Constituição, pois "*a nossa Constituição não teve a preocupação do texto da Constituição Argentina e de outras que exigiam, nessas hipóteses, aprovação ou rejeição de dois terços.*"²⁶.

2.3.2. Direitos fundamentais: constitucionalidade formal *versus* material;

²⁶ BRASIL, op. Cit., p. 382.

Deve-se esclarecer, contudo, que as normas positivadas na Constituição não são as únicas no ordenamento que devem ser tidas como constitucionais. A Constituição deve ser observada sob dois aspectos, o material e o formal²⁷. O primeiro representa as normas que organizam o Estado, o poder e os direitos fundamentais. Já no aspecto formal estão as normas inseridas no texto constitucional, mas que podem não corresponder a elementos básicos do Estado²⁸.

Assim, existem normas materialmente constitucionais que não são formalmente constitucionais, posto que não positivadas.

Nos julgamentos aqui apresentados, ao valer-se da expressão "*status constitucional*", o Supremo Tribunal quer afirmar que determinada norma de direito fundamental é material e formalmente constitucional, pois caso se referisse apenas ao primeiro aspecto a expressão seria redundante (todas as normas de proteção aos direitos fundamentais são materialmente constitucionais).

Ao afirmar, entretanto, que os tratados internacionais de direitos fundamentais são internalizados apenas como lei ordinária, o STF retira qualquer efetividade da constitucionalidade material dos tratados de direitos fundamentais, pois no ordenamento pátrio a supremacia da Constituição sobre as leis ordinárias não permite que se afaste a aplicação de uma norma formalmente constitucional em face de uma lei ordinária. Ademais, a elaboração posterior de uma lei ordinária sobre a mesma matéria derogaria o tratado internacional de direito fundamental, ou seja, uma lei ordinária, elaborada por maioria simples do Congresso, eliminaria uma norma materialmente constitucional consagrada por um tratado internacional. Desta forma, na prática, o *status* dado pelo STF ao tratado de direito fundamental foi apenas de lei ordinária.

O § 3º do artigo 5º, por sua vez, estabeleceu um procedimento legislativo para conferir aos pactos internacionais de direitos humanos "*equivalência*" às emendas constitucionais, ou seja, a EC 45/2004 procura dar a possibilidade de se integrar um tratado ao ordenamento interno como norma formalmente constitucional, e, conseqüentemente, efetivar a natureza de norma materialmente constitucional desses tratados.

²⁷ Nesse sentido ensina Canotilho: "A legitimidade material da Constituição não se basta com um "dar forma" ou "constituir" de órgãos; exige uma fundamentação substantiva para os actos dos poderes públicos e daí que ela tenha de ser um parâmetro material, directivo e inspirador desses actos. A fundamentação material é hoje essencialmente fornecida pelo catálogo de direitos fundamentais (direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais)" (CANOTILHO, op. Cit., p. 74)

²⁸ BONAVIDES, op. Cit., p. 63/64. Kelsen, Hans. Teoría General del Estado. México, 1959, p. 330.

Tal alteração, entretanto, representa apenas um pequeno passo adiante na proteção aos direitos fundamentais. Conforme apresentado acima, esses direitos devem ser pautados pela proteção efetiva e integral do homem em todos os aspectos consagrados pelas diversas gerações de direitos humanos.

2.3.3. A inovação constitucional e as cláusulas pétreas;

Outro aspecto relativamente positivo da alteração constitucional é a integração dessas futuras emendas constitucionais decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos como cláusulas pétreas.

O *quorum* de aprovação trazido pelo § 3º do artigo 5º (três quintos, em dois turnos, em cada Casa do Congresso Nacional) é exatamente o mesmo previsto para a aprovação de emenda constitucional. A única diferença que se pode apontar entre esse dispositivo e o previsto no artigo 60, § 2º, da Constituição é que as emendas constitucionais aprovadas conforme este procedimento transladam-se para o texto constitucional, ou seja, integrarão o corpo da Constituição. Já os tratados, integrados conforme o referido § 3º, por serem "equivalentes" às emendas constitucionais, não integrarão o corpo do texto constitucional. Continuarão, assim, com a forma estabelecida nos pactos internacionais, mas serão incorporados ao ordenamento interno como se emendas constitucionais fossem.

Essa diferença, entretanto, não provoca aplicações distintas entre as emendas constitucionais inscritas no corpo da Constituição e os tratados integrados ao ordenamento com o *quorum* especial. A expressão "equivalentes", trazida na EC 45/2004, afirma que esses tratados terão todas as características de uma emenda.

Dentre essas características, a principal é a inscrição dos direitos fundamentais previstos nos tratados no rol das cláusulas pétreas. Esse rol é apresentado na Constituição vigente pelo artigo 60, § 4º. Os dois incisos desse dispositivo que indicam direitos fundamentais são: voto direto, secreto, universal e periódico e os direitos e garantias individuais (direitos expostos no art. 5º da CF/88).

Desta maneira, se um tratado internacional versar sobre voto direto, secreto, universal e periódico, ou sobre direitos e garantias individuais e for internalizado por meio dos procedimentos expostos no §3º do artigo 5º, esse tratado (se não for tendente a abolir esses direitos) não poderá ser retirado do ordenamento jurídico pátrio, nem mesmo se o pacto que o originou foi bilateral e o outro Estado o denunciou.

Nesse aspecto, a Emenda 45/2004, contrariando entendimento do Supremo, mais especificadamente no que concerne ao voto proferido pelo Ministro Nelson Jobim na ADIn 1675-1, representa um avanço na proteção dos direitos fundamentais, pois não importa se externamente o tratado deixou de ser cumprido ou de ser exigível, o importante é a máxima proteção dos direitos fundamentais.

Outra característica do tratado "equivalente" à emenda constitucional que contribui para se concretizar a proteção desses direitos é o surgimento da possibilidade de se argüir a inconstitucionalidade de lei interna em face de acordo internacional de direitos humanos. Assim, alguns tratados servirão como parâmetro para avaliar a constitucionalidade de uma norma e outros serão apontados como inconstitucionais em face de norma constitucional.

Um último aspecto a ser analisado na relação entre os pactos internacionais e as cláusulas pétreas é o cuidado que o legislador pátrio deverá ter quando da verificação do conteúdo desses pactos.

Se o artigo 60, § 4º, da Constituição proíbe proposta de emenda constitucional tendente a abolir um direito petrificado em um tratado internacional, o mesmo artigo 60, § 4º, proíbe a integração de um pacto internacional equivalente a emenda constitucional, se este pacto castrar o direito apresentado em uma cláusula pétrea já esculpida na Constituição.

Desta feita, o legislador, ao verificar a possibilidade de integração de um tratado internacional como norma equivalente à emenda constitucional, deverá, primeiramente, indagar se tal tratado não limita uma cláusula pétrea já existente no ordenamento²⁹.

2.3.4. Aspectos negativos do § 3º do artigo 5º;

Os pequenos avanços apresentados se contrapõem às diversas conseqüências nefastas do novo dispositivo constitucional, quais sejam: a) a confirmação do entendimento conservador do STF; b) a atribuição ao Congresso Nacional da função de separar quais direitos fundamentais devem ser integrados ao ordenamento pátrio como lei ordinária e quais devem ser tratados como emenda constitucional; e c) o aumento da dificuldade de se integrar um tratado internacional ao ordenamento interno.

a) a confirmação do entendimento conservador do STF:

²⁹ O Poder Legislativo deverá fazer um controle de constitucionalidade prévio. Posteriormente, esse controle poderá ser realizado também junto ao Poder Judiciário, já que as emendas constitucionais estão sujeitas ao controle de constitucionalidade.

A alteração constitucional em estudo, ao definir o procedimento legislativo para a internalização dos tratados como emenda constitucional, afasta qualquer interpretação do §2º do artigo 5º que autorize a integração formal de um tratado de direitos humanos à Constituição.

Conforme já exposto, se o ordenamento jurídico brasileiro se preocupa em demasia com os procedimentos para a incorporação desses tratados é porque ele se afasta da corrente humanista e se aproxima do embate monistas vs dualistas, dando ênfase aos procedimentos, em detrimento da efetiva proteção dos direitos humanos.

Assim, o § 3º do artigo 5º, definindo um *quorum* especial para se integrar um tratado internacional de direitos fundamentais como emenda constitucional, traz a mesma preocupação arcaica do STF de que esses tratados devem seguir certos procedimentos para serem aplicados no plano interno.

b) a nova função do Congresso Nacional:

Outro aspecto negativo da inserção do § 3º no artigo 5º da Constituição foi criar uma nova atribuição para o Congresso Nacional, qual seja, verificar se um tratado de direitos fundamentais merece ser integrado ao ordenamento interno como emenda constitucional ou como lei ordinária.

Tal função decorre da possibilidade de se integrar um tratado como lei ordinária, conforme entendimento do Supremo Tribunal já esposado, e do novel § 3º, que abre a possibilidade de se integrar um pacto como emenda constitucional.

Essa dupla possibilidade não se revela adequada para o sistema de proteção aos direitos humanos. Em primeiro lugar, deve-se destacar que todos os direitos fundamentais compõem uma estrutura única de proteção integral ao ser humano, em diversos aspectos de sua vida, representados nas diferentes gerações de direitos fundamentais³⁰. Assim, não se pode delegar ao legislador pátrio a função de apartar quais direitos fundamentais são mais ou menos necessários ao bem estar e à vida humana. Esses direitos são essenciais como um todo.

Remeter certos direitos fundamentais à lei ordinária e outros à Constituição é dizer que existe uma categoria de direitos fundamentais merecedora de uma maior proteção legal, servindo de parâmetro para a elaboração de leis e tendo como último órgão recursal, para a resolução de litígios que observam sua aplicação, o Supremo Tribunal Federal, e outra categoria também de direitos fundamentais tidos

³⁰ Segundo Flávia Piovesan, a "Carta de 1988 acolhe o princípio da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, pelo qual o valor da liberdade se conjuga ao valor da igualdade, não havendo como divorciar os direitos de liberdade dos direitos de igualdade." (PIOVESAN, op. Cit., p. 57)

como menos importantes e que, por isso, poderão ser derogados por outra lei. Tal entendimento afasta, por completo, a idéia de integração entre os direitos fundamentais.

c) a dificuldade de se integrar um tratado com *quorum* especial:

O terceiro e último aspecto negativo trazido pelo § 3º do artigo 5º diz respeito às conseqüências práticas que derivam do *quorum* de três quintos, em dois turnos, em cada casa do Congresso Nacional, para a integração do tratado com equivalência a emenda constitucional.

Tal *quorum* aumenta ainda mais a dificuldade que o Brasil tem de incorporar os tratados internacionais ao direito interno.

O procedimento regular de integração (art. 49, I, e art. 84, VIII, já apresentados) produz uma grande fila de tratados que já foram pactuados pelo Brasil, mas que esperam os procedimentos formais para a sua integração ao ordenamento jurídico pátrio. Nesse ínterim, o comportamento consentâneo com a celebração do pacto pelo país é exigível no plano externo, mas não no plano interno, o que pode ensejar a responsabilização do Estado por organismos supra-nacionais.

Não é fato raro constatar a demora no procedimento de incorporação de pactos internacionais. Exemplo clássico é a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados assinada pelo Brasil em 1969 e ainda não ratificada.

Assim, se a previsão de aprovação pelo Congresso Nacional de maioria simples para a ratificação dos tratados internacionais já causa uma enorme dificuldade para a integração dos tratados, a previsão de três quintos, em dois turnos, nas duas Casas, demandaria uma mobilização ainda maior do legislativo brasileiro, com diversas discussões políticas e infundáveis negociações.

Tamanha é a dificuldade de aprovação legislativa com tal *quorum* que todas as emendas constitucionais - “reformas” - realizadas no Brasil nos últimos anos tiveram profundas modificações nos textos originais e se transformaram em “mini-reformas”. Outras provocaram grande desgaste político após longas negociações.

Desta feita, tudo leva a crer que, na prática, o número de tratados internalizados com *quorum* especial será nulo ou, na melhor das hipóteses, mínimo.

3. Conclusão.

O § 2º do artigo 5º da Constituição Federal, associado a outros dispositivos constitucionais, traz a clara noção de que os tratados internacionais têm valor constitucional.

O STF, entretanto, rechaçando a corrente humanista, afirmou a impossibilidade de se integrar tratados internacionais de direitos humanos ao ordenamento pátrio com *status* de norma constitucional.

Nesse contexto, a EC 45/2004 incorporou o § 3º ao artigo 5º da CF/88, que define um procedimento legislativo especial para possibilitar a incorporação desses tratados ao ordenamento interno como se emendas constitucionais fossem.

Numa análise puramente teórica, essa alteração contribuiu para a proteção dos direitos fundamentais, pois abriu o caminho para dar a um tratado *status* de emenda constitucional e, por conseguinte, criou a possibilidade desses direitos serem recebidos como cláusulas pétreas no ordenamento interno.

Pode-se afirmar, entretanto, que a alteração constitucional não contribuiu para o sistema de proteção dos direitos fundamentais no Brasil. A uma, porque se confirmou a interpretação do STF ao § 2º do artigo 5º, a duas, porque fez surgir a possibilidade de se criar uma categoria de direitos humanos mais importante e outra menos importante, a três, porque a integração de um tratado internacional com um *quorum* de três quintos dificilmente (ou nunca) ocorrerá na prática.

A máxima efetividade da proteção dos direitos humanos somente ocorrerá quando a prevalência dos procedimentos der lugar à aplicabilidade da norma mais favorável à vítima, quando o sistema que compõe esses direitos for tratado como um sistema integral e único de proteção e quando as soluções buscadas forem de fácil aplicação prática. Esse novo quadro pode ter seus primeiros traços a partir da reformulação no entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

4. Referências Bibliográficas.

ACCIOLY, Hildebrando. **Tratado de Direito Internacional Público**. 2ª ed.. Rio de Janeiro: RJ, 1956.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías. La ley del más débil**. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. In: **Justilex. Ano IV, n. 39**. Brasília: Editora Justilex, 2005.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de derecho y Constitucion**. 4ª ed. Madrid: Tecnos, 1991

PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 5ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

REZEK, José Francisco. **Direito dos Tratados**. São Paulo: Forense, 1984.

RODAS, João Grandino. **A Publicidade dos Tratados Internacionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

ROUSSEAU, Charles. **Droit International Public Approfondi**. Paris: Dalloz, 1958.

SILVA, Antônio Álvares da. **A Constitucionalidade da Convenção 158 da OIT**. Belo Horizonte: RTM, 1996.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.