

**A RECEPÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS, UMA VELHA
DISCUSSÃO COM UMA NOVA ROUPAGEM APÓS A REFORMA DO
JUDICIÁRIO ADVINDA COM A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45 DE 2004.**

Carolina de Freitas Paladino¹

Resumo: Trata o presente trabalho sobre a discussão sobre a recepção dos tratados internacionais de direitos humanos, com isso será dividido em três partes: uma discussão sobre a soberania dos Estados, na seqüência sobre Tratados Internacionais de uma forma geral, e, por fim, abordará sobre os Tratados de Direitos Humanos e a sua recepção.

Abstract: deals with the present work on the quarrel on the reception the international treated ones to human rights, with this will be divided in three parts: a quarrel on the sovereignty of the States, after on Treated International to a general form, and, finally, will approach on Treat to Human Rights and its reception.

Palavras-Chave: Direito Internacional, Direitos Humanos, Tratados Internacionais, Tratados de Direitos Humanos, Recepção de Tratados Internacionais.

Key words: International law, Human Rights, Treated International, Treated to Human Rights, Reception of Treated International.

Sumário: 1 Introdução 2 Soberania dos Estados e Supranacionalidade 3 Recepção de Tratados Internacionais 4 Direitos Humanos e Recepção dos Tratados 5 Considerações Finais

1 INTRODUÇÃO

A recepção dos tratados internacionais tem sido objeto de muita discussão no que tange ao direito brasileiro. Contudo a Emenda Constitucional nº 45 de 2007, a qual foi publicada no Diário Oficial da União em 31 de dezembro de 2004, batizada como “Reforma do Poder Judiciário”, veio justamente para tornar o ordenamento jurídico brasileiro mais coeso, criando, por exemplo, a idéia de súmulas vinculantes, a durabilidade coerente, e diversos outros dispositivos, buscando um poder judiciário mais efetivo.

De qualquer forma, a discussão do presente trabalho pauta-se justamente na alteração trazida pela supracitada emenda constitucional em relação à tratativa dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, ou seja, sobre a sua recepção.

Com a referida Emenda Constitucional surgiu uma nova discussão acerca dessa temática, tendo em vista que antes dela havia uma divergência se os tratados de direitos

¹ Pós-Graduada em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional, Professora de Direito Constitucional do Curso Professor Luiz Carlos – Curitiba-PR, Professora de Direito Constitucional da FAPAR – Curitiba-PR, Mestranda em Direito Constitucional pela Unibrasil – Curitiba-PR, Assessoria Jurídica do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – exercendo atividades relacionadas à Licitações e Contratos Administrativos.

A RECEPÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS, UMA VELHA DISCUSSÃO COM UMA NOVA ROUPAGEM APÓS A REFORMA DO JUDICIÁRIO ADVINDA COM A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45 DE 2004.

humanos integravam o chamado bloco de constitucionalidade, ou seja, adquirindo um status constitucional, ou se tratavam de norma equiparada à lei ordinária, conforme entendimento reiterado do Supremo Tribunal Federal.

Enfim, tem-se que esta matéria já era controvertida antes mesmo da Emenda Constitucional n. 45/04, emenda esta que visava justamente pacificar o entendimento sobre esta matéria. Todavia, com o voto proferido pelo Ministro Gilmar MENDES, trazendo outra interpretação àquele dispositivo, acabou por tornar-se ainda mais controversa a matéria, conforme se verá a seguir.

Em outras palavras “essa alteração do texto constitucional, que pretendeu pôr termo ao debate quanto ao status dos tratados internacionais de direitos humanos no plano brasileiro, é um exemplo claro de falta de compreensão e interesse do nosso legislador, no que tange à normatividade internacional dos direitos humanos”.²

Assim, o entendimento do referido Ministro no Recurso Extraordinário n. 466.343/SP do Supremo Tribunal Federal colocou em xeque a discussão acerca dos tratados de direitos humanos, conferindo-lhes uma nova tratativa quanto à recepção desses tratados.

Muitos autores afirmam que a Emenda Constitucional ao invés de melhorar o tratamento conferido a esta temática, essa alteração acabou por significar um verdadeiro retrocesso, equivalendo esses tratados a Emendas Constitucionais, e, portanto, sujeitos ao procedimento das emendas constitucionais, bem como à própria declaração de inconstitucionalidade. Esses autores compreendiam a recepção anterior ao tratado internacional como integrante do Bloco de Constitucionalidade.

Essa interpretação veio justamente com a redação dada ao § 1º do art. 5 da Constituição da República de 1988 que menciona que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” Interpretando esse dispositivo, a autora Carol PRONER defende um valor jurídico de norma materialmente constitucional, em se tratando de direitos humanos advindos de tratados.³

De qualquer forma, muitas questões ligadas à própria soberania do Estado necessitam ser analisadas com peculiar cautela, haja vista que o direito internacional não tem essa característica tão cogente como as legislações internas de cada Estado, bem como lhe falta um organismo fiscalizador para a efetivação do cumprimento dos tratados de que muitos países são signatários.

Para isso o presente trabalho será dividido em três partes, quais sejam uma primeira discutindo a idéia de soberania dos Estados, na seqüência uma demonstração das técnicas de recepção dos tratados internacionais, e finalmente num terceiro momento tratar-se-ão sobre os direitos humanos e suas possíveis formas de recepção pelo ordenamento jurídico brasileiro.

² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O Novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua Eficácia. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 42, n. 167, jul./set. 2005, p. 100.

³ PRONER, Carol. *Os direitos humanos e seus paradoxos: análise do Sistema Americano de proteção*. Porto Alegre: Fabris, 2002. p. 157.

2 SOBERANIA DOS ESTADOS

Antes de analisar o mencionado julgado do Supremo Tribunal Federal de Justiça, bem como a tratativa dos tratados de direitos humanos, vale primeiramente revisar questões sobre a própria soberania dos Estados que circunda toda essa matéria.

Assim sendo, tem-se que ao mesmo tempo a soberania é vislumbrada de forma jurídica e política, em que se embasam todos os problemas da teoria juspositivista do Direito e também do Estado, trata-se de um conceito moderno, assim como a formação dos Estados, ou seja, a soberania nasce no Estado Nacional Moderno nos séculos XVI e seguintes, modelo este que hoje é questionado por muitos estudiosos.⁴

A soberania tem servido à concepção juspositivista do Estado, bem como ao paradigma do direito internacional, como meio de impedir uma sujeição obrigatória do Estado. De qualquer forma, tem-se que a soberania externa surgiu antes da interna. Vale lembrar ainda a existência de uma antinomia entre soberania e o Estado de direito, bem como à sujeição ao direito internacional.⁵

Na leitura de Hans KELSEN, Umberto CAMPAGNOLO afirma que a soberania se caracteriza como uma “autoridade absoluta em relação aos seus sujeitos”, ou ainda “verdadeira onipotência”, mas aqui já é possível refletir sobre um paradoxo, uma vez que se limita a alguns sujeitos, sendo equivocado falar em onipotência se o poder estatal está limitado a seus próprios súditos, sem os súditos dos outros Estados.⁶

Em resposta a Hans KELSEN, Umberto CAMPAGNOLO afirma que o Estado não pode ser compreendido como um indivíduo que existe para si mesmo, enquanto um objeto imediato, mas sim como a relação com seus sujeitos, adquirindo um significado concreto que deve ser objeto de estudo da ciência. Assim, “a soberania não é um elemento da sociedade política considerado sob o ponto de vista científico; tal soberania é o termo que designa a específica relação de autoridade que se estabelece entre o direito e o indivíduo enquanto seu súdito”.⁷

Com as doutrinas de GROTIUS, HOBBS e LOCKE, embora se confirmasse a soberania estatal, ela coexistiria com o direito, prescrevendo a igualdade entre os Estados, afirmando inclusive a possibilidade de guerra justa. Mas infelizmente com a proposta falida de VITORIA de propor o direito das gentes, porém ainda continuando a influenciar o direito internacional, culmina, em um momento posterior na criação da ONU. Hugo GROTIUS formula então no século XVII o “princípio da efetividade”, tornando o direito internacional autônomo em relação à moral, bem como ao poder divino, afirmando que

⁴ FERRAJOLI, Luigi. *A Soberania no Mundo Moderno*. Trad. Carlo Corciolli. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 1-2.

⁵ *Ibidem*, p. 3.

⁶ KELSEN, Hans; CAMPAGNOLO, Umberto. LOSANO, Mario (org.) *Direito Internacional e Estado Soberano*. Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 121-122.

⁷ *Ibidem*, p. 161-163.

A RECEPÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS, UMA VELHA DISCUSSÃO COM UMA NOVA ROUPAGEM APÓS A REFORMA DO JUDICIÁRIO ADVINDA COM A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45 DE 2004.

esse direito internacional depende de um consenso dos Estados para que haja força obrigatória. Num momento posterior, HOBBS, por meio da lei natural, afirmava que o Estado ganha personalidade que serve como fundamento da existência da soberania.⁸

Assim, algumas características podem ser apontadas no que tange à soberania, quais sejam, a unicidade, a indivisibilidade, a imprescritibilidade e a inalienabilidade. Nas visões mais modernas trata-se de um poder originário, exclusivo e coativo.⁹

Entretanto, a soberania encontra momentos de crise especialmente na metade do século XX, com a Segunda Guerra Mundial. Com a Carta da ONU em São Francisco, em 1945 e a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 10 de dezembro de 1948, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas ocorre uma verdadeira transformação da ordem jurídica mundial, deixando de ser a soberania uma liberdade absoluta e selvagem, havendo dois valores a serem observados: o imperativo de paz e a tutela dos direitos humanos.¹⁰

Portanto, o conceito de soberania acaba por tornar-se inexistente possibilitando a criação de um novo direito internacional. Todavia, “a ONU, não obstante sua inspiração e sua aspiração universalista, continua, não só no plano factual, mas também no plano jurídico, a ser condicionada pelo princípio da soberania dos Estados”.¹¹

Enfim, a soberania pode ser entendida como o poder de decisão de forma exclusiva dentro do seu território. Assim, destaca ZIPPELIUS o “princípio da não-ingerência” de modo que somente o Estado em que ocorrem os problemas internos é que tem legitimidade para resolvê-los, afirmando ainda que o princípio internacional da eficácia é que determina a obediência aos tratados internacionais.¹²

Outra questão a ser apontada em tempos atuais é a do próprio pluralismo, ou seja, embora discuta-se a vontade dos Estados como vontades unânimes, isso nem sempre ocorre.

Justamente por isso a questão do pluralismo há que ser levada em consideração, mas é importante refletir antes sobre seu significado. Em que pese o termo ser novo o conceito não o é. Não há dúvida que na história da humanidade as sociedades possuem diversos centros de poder governados por um poder central. Partindo da premissa da existência de sociedades complexas, formando-se esferas autônomas dentro de cada uma delas, como os sindicatos e os partidos, permitindo aos vários grupos o controle da sociedade formem uma vontade coletiva, caracterizando-se como uma repressão à forma de pluralismo.¹³

E aqui os Estados encontram outra dificuldade, harmonizar a vontade de seus

⁸ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 16-18.

⁹ REIS, Márcio Monteiro. *Mercosul, União Européia e Constituição*. A integração dos Estados e os Ordenamentos Jurídicos Nacionais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 21-22.

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 39-40.

¹¹ *Ibidem*, p. 40-42.

¹² REIS, Márcio Monteiro. Op. cit., p. 18-19.

¹³ BOBBIO, Norberto. *As Ideologias e o Poder em Crise*. Trad. João Ferreira. Brasília: UNB, 1999. p. 15-16.

cidadãos com a vontade dos cidadãos de outro Estado, ou seja, uma verdadeira revolução buscando um meio termo entre a vontade interna e o que almeja o direito internacional. De qualquer forma, nos parágrafos subseqüentes far-se-á uma breve análise sobre esse movimento de supranacionalidade como algo que tem por objetivo um acordo entre os sujeitos.

Assim, esgotada essa breve reflexão sobre os conceitos de soberania e pluralismo, cabe agora refletir sobre aquilo que se denomina “supranacionalidade” tendo em vista o crescimento do direito internacional com o progresso e desenvolvimento das novas tecnologias, principalmente no que tange à telecomunicação, fenômeno este conhecido como globalização. Ou seja, não basta apenas a vontade de um Estado para combater um determinado problema. O exemplo mais emblemático da supranacionalidade é o da União Européia criando assim um direito comunitário.¹⁴

A supranacionalidade pode ser caracterizada pela existência de alguns elementos: existência de instâncias de decisão que são independentes do Estado soberano, superação da unanimidade e do consenso, porque as decisões são tomadas por maioria, pelo primado do direito comunitário buscando assim o processo de integração. De qualquer forma, ainda existe muita divergência tanto sobre o conceito de supranacionalidade quanto aos elementos que a compõe.¹⁵

Mas esse assunto apenas foi mencionado como um ponto a refletir, objetivando a pesquisa tratar sobre a recepção dos tratados internacionais em relação ao direito interno de cada ordenamento jurídico diverso um do outro, o que será objeto na seqüência.

3 RECEPÇÃO DE TRATADOS INTERNACIONAIS

Se antes a discussão da relação entre direito internacional e direito interno era teórica, hoje em dia, não se pode negar um cunho instrumental, tendo em vista o constante crescimento do direito internacional, trazendo consigo os diversos acordos entre Estados e organizações de âmbito internacional e inclusive cidadãos.¹⁶

Ou seja, é conferida cada vez mais importância aos direitos humanos, como meio do direito internacional resguardar os direitos de todos, buscando uma observância por todos os países signatários daqueles tratados.

A partir da discussão entre a existência de monismo e dualismo entre o direito interno e o internacional, ou seja, se existiriam esses dois direitos de forma autônoma, e se eles estariam enquadrados dentro de uma mesma categoria é portanto haveriam que ser observados conjuntamente, defende Hans KELSEN a existência do monismo, ou seja, a

¹⁴ REIS, Márcio Monteiro. Op. cit., p. 63-65.

¹⁵ Ibidem, p. 65-68.

¹⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 51.

A RECEPÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS, UMA VELHA DISCUSSÃO COM UMA NOVA ROUPAGEM APÓS A REFORMA DO JUDICIÁRIO ADVINDA COM A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45 DE 2004.

idéia de que existe apenas um direito, abarcado aqui pelo direito interno e internacional concomitantemente, cabendo nesse momento uma reflexão acerca da tratativa do direito internacional aplicada ao direito brasileiro.

De qualquer forma, em primeiro lugar, imprescindível refletir o conceito de tratado internacional, o qual compreende a obrigatoriedade e vinculação, constituindo a principal fonte do direito internacional. Nem sempre os tratados inovam, havendo a possibilidade de simples codificação de práticas preexistentes pelo costume, ou pela modificação dessas regras.¹⁷

Com efeito, existe todo um procedimento imposto para a internalização dos tratados internacionais em geral que corresponderiam basicamente em quatro fases, a formação dos tratados internacionais (compreendendo os atos de negociação e conclusão); a assinatura desses tratados (que se configura como um aceite provisório e precário), seguida da apreciação e aprovação do Congresso Nacional conforme os preceitos constitucionais que elaboram decretos legislativos autorizadores.¹⁸ E finalmente, o feito é encaminhado ao Presidente da República para “autorizar” o tratado e ratificá-lo. A partir da conjugação desses quatro elementos então o tratado se torna obrigatório naquele país.¹⁹

Abordando a análise do Poder Legislativo a respeito dos tratados internacionais demonstra-se a tendência do direito comparado²⁰ justamente para conferir legitimidade àquela legislação que será internalizada, como qualquer outra norma infraconstitucional, uma vez que o Congresso analisará essa previsão normativa, conforme os critérios constitucionais de qualquer outra norma sobre a harmonia do tratado com o ordenamento jurídico.

Destarte, a doutrina costuma divergir sobre a natureza jurídica da incorporação dos Tratados Internacionais existindo cinco teorias diversas que respondem a esse questionamento.

No plano dos estudos brasileiros muito bem expõe Luiz Flávio Gomes acerca dessa temática indicando as formas de internalização: os tratados seriam recepcionados como Emendas Constitucionais (conforme previsão do Artigo 5º § 3º da Constituição da República); como Direito Supralegal (conforme o voto do Ministro Gilmar MENDES no Recurso Extraordinário n.º 466.343-SP); como direito constitucional (conforme previsão do Artigo 5º § 1º da Constituição da República, integrando assim o Bloco de Constitucionalidade); e como direito ordinário (conforme previsão do Artigo 5º § 2º da Constituição da República, como era o entendimento do STF antes da Emenda

¹⁷ *Ibidem*, p. 43-44.

¹⁸ Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

¹⁹ DANTAS, Adriano Mesquita. *As relações entre os tratados internacionais e o direito interno dos Estados-membros*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9250>>. Acesso em: 09 maio 2008.

²⁰ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 667.

CAROLINA DE FREITAS PALADINO

Constitucional)²¹, indicando-se ainda uma quinta corrente que se corrobora na contemplação dos tratados de direitos humanos como supraconstitucionais, ou seja, seriam considerados mais importantes do que os próprios direitos humanos elencados na Constituição.

Talvez a maior surpresa tenha sido o voto do Ministro Celso de Mello, que mudou sua posição original e destacou a importância da “análise do processo de crescente internacionalização dos direitos humanos e das relações entre o direito nacional e o direito internacional dos direitos humanos, sobretudo diante do disposto no § 3º do art. 5º da CF, introduzido pela EC 45/2004”. Para o referido Ministro “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”, mas ponderou que “tais tratados e convenções não podem contrariar o disposto na Constituição, somente complementá-la”. Sua posição, no entanto, difere da exposta no voto de Gilmar Mendes, pois ele não concorda com o status supralegal dos tratados de direitos humanos, atribuindo-lhes hierarquia constitucional, e destaca a existência de três distintas situações relativas a esses tratados. Ao comentar o pronunciamento de Celso de Mello, o Ministro Gilmar Mendes teria discordado parcialmente do último aspecto daquele voto, e defendido a Emenda Constitucional 45/04, da Reforma do Judiciário, mantendo sua posição pelo caráter supralegal, mas infraconstitucional, dos tratados internacionais de direitos humanos. Em que pese essa a divergência entre os Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello quanto à hierarquia de tratados internacionais de direitos humanos, ambos reconhecem a necessidade de adequação do texto do tratado à Constituição. Após o voto de Celso de Mello, o Ministro Menezes Direito pediu vista e suspendeu o julgamento, conjuntamente com os outros dois processos em julgamento sobre o tema. Apesar de o julgamento do recurso extraordinário em tela ainda estar suspenso, a posição do Ministro Direito.²²

Iniciando os estudos sobre cada corrente, tem-se que na primeira, qual seja, Emendas Constitucionais, veio juntamente com a Emenda Constitucional n.º 45 de 2004 e desde então estava sendo cumprida, embora haja decisão divergente, conforme se verá a seguir, ou seja, na segunda corrente trazida por um julgado. Ou seja, os tratados que versem sobre direitos humanos seriam equivalentes às emendas constitucionais, passando pela sabatina do Congresso Nacional, devendo obter um quorum de 3/5 para ser aprovado e ser considerado texto de Emenda Constitucional.

Poder-se-ia pensar que isto representa um retrocesso social, pois se antes essa norma era constitucional e integrada ao texto não havia discussão sobre o quorum para votação e tampouco a possibilidade de decretação de inconstitucionalidade, diferentemente da tratativa conferida pela Emenda Constitucional, ao determinar o preenchimento dos requisitos de aprovação de uma emenda à Constituição. Mas como se verá na sequência

²¹ GOMES, Luiz Flávio. *Prisão civil, tratados de direitos humanos e as antinomias com a lei e com a Constituição*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10142>>. Acesso em: 09 maio 2008.

²² BATISTA, Vanessa Oliveira; RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo et. al. *A Emenda Constitucional n.º 45/2004 e a constitucionalização dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/Artigos/PDF/VanessaOliveira_Rev_90.pdf. Acesso em: 20 jun. 2008.

A RECEPÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS, UMA VELHA DISCUSSÃO COM UMA NOVA ROUPAGEM APÓS A REFORMA DO JUDICIÁRIO ADVINDA COM A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45 DE 2004.

esse tratamento conferido às normas de direitos humanos não é pacífico.

Quanto à segunda posição, do direito supralegal, vale mencionar aqui o Recurso Extraordinário n.º 466.343-SP de lavra do Relator do Ministro Cezar PELUSO, que trouxe uma reviravolta no modelo brasileiro, quanto à recepção de tratados de direitos humanos.

De qualquer sorte, da análise do Recurso Extraordinário 466.343/SP que ainda está em pauta, já houve decisão por parte de alguns Ministros, conforme se destaca a seguir. Assim, o Relator daquele Recurso Extraordinário, Ministro Cezar PELUSO concluiu pela inconstitucionalidade manifesta, entendendo que o artigo 4º do Decreto Lei 911/69 não pode ser aplicado em todo o seu alcance, ou seja, sobre a prisão civil do depositário infiel, salvo o devedor de alimentos.

Nos mesmos moldes, porém complementando alguns pontos, foi o entendimento do Ministro Gilmar Ferreira MENDES, apurando que os tratados sobre direitos humanos tratar-se-iam, na verdade, de normas supralerais, criando uma classificação diversa da então adotada no Brasil, ou seja, uma terceira categoria de normas.

Portanto nessa visão criou-se a idéia de que o “direito passou a ter três andares: no patamar de baixo está a legalidade, no topo está a Constituição e no andar do meio encontram-se os Tratados de Direitos Humanos.”²³

Ou seja, referido Ministro mencionou que

os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem status normativo supralegal, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação e que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel.²⁴

Esse entendimento já foi reproduzido no Habeas Corpus nº 90.172, de Relatoria do Ministro Gilmar Ferreira MENDES, julgado em 05 de junho de 2007.²⁵

Nesse sentido, Flávia PIOVESAN aponta uma crítica pertinente sobre a adoção dessa interpretação, destacando que o Estado poderia “invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não-cumprimento de tratado”.²⁶

Portanto, essa teoria foi trazida ao direito brasileiro, especificamente com o Recurso Extraordinário n.º 466.343-SP do Ministro Gilmar Ferreira MENDES. De qualquer forma, a doutrina portuguesa já apontava essa forma de interpretação, conforme se vê dos ensinamentos de José Joaquim Gomes CANOTILHO. Em suas palavras

²³ GOMES, Luiz Flávio. Op. cit.

²⁴ Informativo 449 do Supremo Tribunal Federal; período: de 20 a 24 de novembro de 2006 a respeito do RE 466343/SP, rel. Min. Cezar Peluso, 22.11.2006.

²⁵ Informativo 470 do Supremo Tribunal Federal; período: de 4 a 8 de junho de 2007 a respeito do HC 90.172, rel. Gilmar Mendes, 05.06.2007.

²⁶ PIOVESAN, Flávia. Op. cit., p. 60.

Dada a não atribuição expressa, pela Constituição, de um valor específico às normas de direito internacional geral, várias soluções poderão ser apontadas quanto ao valor destas normas: (a) valor constitucional – as normas de direito internacional geral fariam parte integrante do direito constitucional português e a sua violação desencadearia o fenómeno da inconstitucionalidade (2) valor infraconstitucional mas supralegislativo as normas de direito internacional geral não podem valer contra a Constituição, mas têm a primazia hierárquica sobre o direito interno anterior e posterior, devendo os tribunais ou quaisquer outros órgãos aplicadores do direito recusar-se a aplicar o direito interno contrário ao órgão internacional geral; (3) valor equivalente ao das leis, podendo revogar actos legislativos anteriores e ser revogados por leis posteriores; (4) valor supraconstitucional, como expressamente estatui a Constituição holandesa, em que as normas de direito internacional têm primazia sobre as normas constitucionais.²⁷

De qualquer forma, existe aqui a diferenciação entre os tratados internacionais que tratam de direitos humanos e os demais, que serão mencionados na quinta corrente.

Pela terceira corrente, os tratados de direitos humanos integram o chamado bloco de constitucionalidade. Assim, nos dizeres de Flávia PIOVESAN “os direitos internacionais integrariam, assim, o chamado bloco de constitucionalidade, densificando a regra constitucional positivada no §1º do art. 5º, caracterizada com cláusula constitucional aberta”, evidenciando assim como uma textura aberta, apta a receber outros direitos fundamentais do direito internacional.²⁸

Nesse sentido Ingo Wolfgang SARLET defende a idéia de equiparação dos direitos fundamentais advindos de tratados de direitos humanos com sede formalmente constitucional, caracterizando-o como a corrente que mais se harmoniza em respeito ao cumprimento dos valores mencionados na Constituição.²⁹

Sobre essa temática do bloco de constitucionalidade cabe lembrar ainda que “as fuentes del derecho constitucional además, de las normas constitucionales contenidas en el texto mismo de la Constitución, deben entenderse incorporados todos os tratados relativos a los derechos humanos que hayan sido ratificados”³⁰, ou seja, em razão da matéria são incorporados aos direitos fundamentais internos do Estado.

A quarta posição afirma que os tratados internacionais teriam uma hierarquia supraconstitucional, posição esta defendida pelo autor argentino Augustín GORDILLO. Mencionado autor destaca que

²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 816.

²⁸ PIOVESAN, Flávia. Op. cit., p. 55-56.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 141.

³⁰ CORAO, Carlos M. Ayala. Las consecuencias de la Jerarquía Constitucional de los Tratados Relativos a Derechos Humanos. LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro (coord.). *Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos: Ensaio em Homenagem ao Professor Antonio Augusto Cançado Trindade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 97.

A RECEPÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS, UMA VELHA DISCUSSÃO COM UMA NOVA ROUPAGEM APÓS A REFORMA DO JUDICIÁRIO ADVINDA COM A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45 DE 2004.

Conforme los mismos criterios interpretativos que hemos siempre sostenido para la Constitución nacional como orden supremo en el derecho interno, postulamos como hipótesis o conjetura básica, como concepto fundante del nuevo sistema u orden jurídico supranacional, la aplicación en un grado superior de las mismas pautas interpretativas elaboradas en el plano interno para la Constitución nacional. En primer lugar y según estamos viendo, es un derecho a la vez objetivo y compulsivo, es un derecho que obliga plenamente;5 más aún, es un orden público común.³¹

Ou seja, diferentemente das outras posições, a idéia de supraconstitucionalidade dos direitos emanados dos tratados internacionais afirmaria ainda mais uma cogência do direito internacional, confirmando uma idéia de proteção à pessoa, efetivamente.

Assim sendo, “a primeira delas trabalha com idéia da natureza supraconstitucional dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos. Era defendida por Celso Duvivier de Albuquerque Mello [24], e seguia uma antiga posição do Supremo Tribunal Federal que perdurou até a década de 1970, ao adotar a tese do primado do direito internacional sobre o direito interno infraconstitucional.”³²

Finalmente, ainda cabe mencionar a existência de uma quinta corrente que trata a recepção dos direitos advindos de tratados internacionais. Nesse sentido, cabe lembrar que mesmo antes da Emenda Constitucional n.º 45 de 2004 a recepção de qualquer dos tratados internacionais, seja de direitos humanos ou demais, era feita de modo a receber o tratado como legislação ordinária, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Sobre esta temática, diferentes jurisprudências podem ser mencionadas sobre a recepção dos tratados de direitos humanos pela Corte Suprema, conforme entendimento adotado desde 1977, com o Recurso Extraordinário 80.004/77, admitindo-se inclusive que lei posterior poderia revogar tratado internacional, decisão esta reiterada mesmo após a Constituição da República de 1988. Nesse sentido confira-se decisão sobre recepção de tratados mencionada a seguir:

EMENTA: I. Duplo grau de jurisdição no Direito brasileiro, à luz da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos. 4. Prevalência da Constituição, no Direito brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, que impede, no caso, a pretendida aplicação da norma do Pacto de São José: motivação. II. A Constituição do Brasil e as convenções internacionais de proteção aos direitos humanos: prevalência da Constituição que afasta a aplicabilidade das cláusulas convencionais antinômicas. (...) 2. Assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b). 3. Alinhar-se ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não implica assumir compromisso de logo com o entendimento

³¹ GORDILLO, Agustín. *Derechos Humanos*. 5. ed., Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1999. p. III-7.

³² BATISTA, Vanessa Oliveira; RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo et. al. Op. cit.

- majoritário em recente decisão do STF (ADInMC 1.480) - que, mesmo em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais, preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis ordinárias.³³

Desta forma, percebia-se a inexistência de qualquer preocupação do direito interno brasileiro em relação ao cumprimento dos tratados em que o Brasil é signatário, conferindo tratamento diminuto ao direito internacional e seus tratados, especialmente o de direitos humanos, embora o artigo 27 da Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados mencionasse que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado.”³⁴

Enfim, conclui-se parcialmente que essa última corrente somente pode ser compreendida para os tratados que não versassem sobre direitos humanos, enquanto as três primeiras aplicam-se aos direitos humanos, embora haja muitas divergências.

Com efeito, o texto da Constituição, após a reforma ocorrida em 2004, foi claro em afirmar a equiparação dos tratados de direitos humanos às emendas constitucionais. Contudo, *a contrario sensu* decidiu o Supremo Tribunal Federal, defendendo uma posição peculiar, o que será analisado no último tópico.

4 DIREITOS HUMANOS E RECEPÇÃO DOS TRATADOS

Com a evolução do direito, percebem-se as diferentes categorias que perfazem os direitos dos cidadãos, admitindo-se para isso a nomenclatura das dimensões dos direitos fundamentais. De qualquer forma, isso não será abordado, tendo em vista que não é objeto do presente trabalho.

Destarte, cabe tecer algumas relações sobre as conexões entre direitos humanos e direitos fundamentais. Já no ano de 1793 ROBESPIERRE mencionava que toda lei que fosse contrária aos direitos dos homens deveria ser tratada como tirânica e nula³⁵, resumindo-se, enfim, o problema como uma questão de caráter sociológico, discutindo-se aqui o aspecto formal e material sobre os direitos fundamentais,³⁶ indicando-se então uma textura aberta do texto constitucional para a recepção de outros direitos.

³³ STF - RHC 79785 / RJ - Rio de Janeiro recurso em Habeas Corpus Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence Julgamento: 29/03/2000, Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

³⁴ Com efeito, o art. 46 da referida Convenção menciona que “1. Um Estado não pode invocar o fato de que seu consentimento em obrigar-se por um tratado foi expresso em violação de uma disposição de seu direito interno sobre competência para concluir tratados, a não ser que essa violação fosse manifesta e dissesse respeito a uma norma de seu direito interno de importância fundamental. 2. Uma violação é manifesta se for objetivamente evidente para qualquer Estado que proceda, na matéria, de conformidade com a prática normal e de boa fé.”

³⁵ MORANGE, G. Valer Juridique des Príncipe Contenus das les Déclaratións des Droits apud TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 478.

³⁶ Idem.

A RECEPÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS, UMA VELHA DISCUSSÃO COM UMA NOVA ROUPAGEM APÓS A REFORMA DO JUDICIÁRIO ADVINDA COM A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45 DE 2004.

Assim, primeiramente cabe fazer uma análise sob uma perspectiva dos direitos humanos e sua conceituação. De qualquer forma, o que se pretende discutir aqui é se os direitos humanos advindos de tratados internacionais que não têm previsão interna em um Estado, uma vez que a doutrina é unânime em afirmar que os direitos fundamentais propostos na Constituição tem aplicabilidade plena, e portanto, devem ser observados pelo Estado.

Por conseguinte, tem-se que essa conceituação de “direitos humanos” é própria do direito internacional e que tem por objetivo estender-se a todos os seres humanos, sendo caracterizados os direitos humanos como universais, indivisíveis e supranacionais.³⁷

Segundo Joaquín Herrera FLORES “os direitos humanos não são unicamente declarações textuais. Tampouco, são produtos unívocos de uma cultura determinada. Os direitos humanos são os meios discursivos, expressivos e normativos que propiciam a inclusão dos seres humanos no circuito de reprodução e de manutenção da vida, permitindo-nos abrir espaços de luta e de reivindicação. São processos dinâmicos que permitem a abertura e posterior consolidação e garantia de espaços de luta para a particular manifestação da dignidade humana”.³⁸

A questão complica quando esses supracitados direitos humanos, embora tenham sido recepcionados formalmente por um Estado (em que pese a existência de uma discussão acerca de sua natureza jurídica), não são recepcionados materialmente, justamente pela ausência de regras claras sobre essa temática, ou seja, embora o Estado figure-se como signatário daquele tratado, ele não dá um tratamento adequado àquelas normas de direitos humanos no seu plano interno.

Um dos paradoxos muito bem apontados por Carol PRONER é justamente a idéia de que em que pese uma tendência à proliferação de tratados sobre direitos humanos, cada vez mais se verifica violações a esses direitos³⁹, ou seja, quanto mais se busca a proteção de direitos, cada vez menos isso ocorre no plano prático.

De qualquer forma, sabe-se que existem direitos fundamentais localizados fora do catálogo da Constituição. Segundo classificação de Ingo Wolfgang SARLET os direitos sediados em tratados internacionais pertencem a esta categoria. Esse autor afirma que se tratam não de direitos humanos, mas de direitos fundamentais exemplificando a entrada desses direitos no modelo brasileiro com os Pactos Internacionais da ONU sobre Direitos Civis e Políticos, bem como pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos da OEA⁴⁰, que seriam instrumentos suficientes para o fiel cumprimento dos tratados internacionais.

³⁷ MONDUZZI, Bárbara Menezes. *Cogência e Aplicabilidade das Normas de Direitos Humanos*. OLIVEIRA, Márcio Luis (org.). *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

³⁸ FLORES, Joaquín Herrera. *Derechos humanos, interculturalidad y racionalidad de resistência*. *DIKAIOSYNE*: Revista de Filosofia Prática, Mérida, Venezuela, n. 12, p. 54, Jun. 2004.

³⁹ PRONER, Carol. *Op. cit.*, p. 37.

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 136.

Superada essas conceituações, os direitos humanos merecem uma especial observação a partir de uma evolução histórica. No iluminismo assumia a perspectiva das liberdades. Hodiernamente, a preocupação circunda o meio ambiente, a bioética, a economia, enfim problemas que afligem muitos Estados Nacionais. De qualquer forma, o que se procura evitar é o arbítrio estatal, buscando a defesa de direitos básicos dos cidadãos, tanto no plano social, como dos direitos difusos.⁴¹

Destarte, foi no Estado absolutista que houve o maior desrespeito com os cidadãos, buscando-se num momento posterior a proteção desses direitos no Iluminismo.⁴² De qualquer modo, os maiores exemplos ocorridos no século XX visando proteger os direitos humanos foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos – ONU (1948) juntamente com a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem – OEA (1948) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969).

Retornando-se à discussão sobre a recepção dos tratados sobre direitos humanos, tem-se que antes da Emenda Constitucional nº 45 de 2004 já havia uma previsão expressa da Constituição da República de 1988 sobre o tratamento ofertado aos tratados de direitos humanos, de modo que o texto constitucional determinou que “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”.⁴³

Ou seja, já havia uma autorização do próprio texto constitucional permitindo uma recepção dos direitos advindos de tratados sobre direitos humanos, o que infelizmente, não era respeitado. De qualquer forma, isso já demonstrava uma preocupação do legislador constitucional de 1988 em apontar que o rol da Constituição sobre os direitos fundamentais não era exaustivo, admitindo inclusive proteções advindas de tratados internacionais.

Contudo, com a Reforma do Judiciário houve uma profunda alteração em muitas matérias, restringindo-se esta pesquisa, conforme já mencionado na introdução, aos tratados internacionais de direitos humanos, deslocando-se à Justiça Federal as discussões acerca dos direitos humanos por requerimento do Procurador Geral da República.⁴⁴

A partir da nova redação do § 5º do artigo 109 da Constituição da República houve também a preocupação em assegurar esses direitos humanos, prevendo o mencionado parágrafo que no caso de violação desses direitos, o Procurador-Geral da República, almejando o cumprimento dos tratados internacionais que versem sobre direitos

⁴¹ GAVETTI, Érica Marta. A Proteção dos Direitos Humanos no Brasil Contemporâneo. ANONNI, Danielle (org). *Os Novos Conceitos do Novo Direito Internacional: cidadania, democracia e direitos humanos*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 175.

⁴² *Ibidem*, p. 177.

⁴³ Redação do Artigo 5º § 2º da Constituição da República de 1988.

⁴⁴ LUPI, André Lipp Pinto Basto, A Aplicação dos Tratados de Direitos Humanos no Brasil a partir da Emenda Constitucional 45. MENEZES, Wagner (coord.). *Estudos de Direito Internacional*. Anais do Terceiro Congresso Brasileiro de Direito Internacional – 2005. v. III. Curitiba: Juruá, 2005. p. 144.

A RECEPÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS, UMA VELHA DISCUSSÃO COM UMA NOVA ROUPAGEM APÓS A REFORMA DO JUDICIÁRIO ADVINDA COM A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45 DE 2004.

humanos que o Brasil for signatário poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça o deslocamento de competência para a Justiça Federal.

Assim, verifica-se que diante da inabilidade da cultura jurídica em trabalhar adequadamente o direito internacional, buscando uma proteção efetiva aos seus cidadãos, constata-se “a ausência de um precedente na Corte Constitucional brasileira, bem como a baixa cultura dos direitos fundamentais no Brasil, infelizmente.”⁴⁵

De qualquer forma, verifica-se da reforma do judiciário uma grande preocupação com a tratativa dos direitos humanos, buscando-se um efetivo atendimento destes, além de pacificar a matéria, que já era tão controversa no ordenamento jurídico brasileiro.

Com efeito,

reitere-se que por força do art. 5º § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do quorum de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. O quorum qualificado está tão-somente para reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a “constitucionalização formal” dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno.⁴⁶

E aqui é que se retoma a classificação apontada pelo item anterior, no que tange às diferentes correntes criadas sobre a recepção de tratados internacionais, objetivando-se agora a reflexão de cada uma delas em relação à recepção sobre os tratados de direitos humanos.

De qualquer forma, cabe assinalar que embora a doutrina critique muito a reforma, afirmando um verdadeiro retrocesso, não há que se negar que tratar os direitos humanos como emendas constitucionais, do ponto de vista de proteção das garantias dos cidadãos é muito mais digno do que simplesmente equivalê-los a leis ordinárias.

E isso ainda fica mais evidente com a proposição do art. 5º § 3º da Constituição impondo a sujeição dos tratados sobre direitos humanos ao procedimento das Emendas Constitucionais, passando, portanto, em dois turnos em cada casa do Congresso Nacional, sendo exigido o quorum de três quintos para a aprovação do tratado internacional de direitos humanos no âmbito interno, o que corrobora a primeira posição mencionada anteriormente.

Resgatando a idéia da segunda posição, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal foi além de suas competências, criando uma espécie normativa inexistente até então no direito brasileiro.

Aqui cabe refletir sobre as lições clássicas a respeito da separação de poderes, questionando-se sobre essa interpretação dada pela Corte Superior, o que o fez na função de um legislador positivo, competência essa inexistente no direito brasileiro. Em assim

⁴⁵ MOREIRA, Nelson. A Interpretação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos a partir da Emenda nº 45. *Revista A & C Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, a. 18, n. 18. jul.-set. 2007, p. 101.

⁴⁶ PIOVENSAN, Flávia. *Op. cit.*, p. 72.

sendo, essa previsão de normas supralegais, embora recente, já mencionado é alvo de muitas críticas.

Com efeito, Flávia PIOVESAN, conforme a terceira posição mencionada no tópico anterior, ou seja, da recepção dos direitos humanos como norma constitucional, sempre adotou um posicionamento no sentido de se conferir hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos, conforme os valores mencionados pelo ordenamento jurídico de 1988, como a dignidade humana, destacando, assim, que a teoria da paridade entre tratados internacionais e leis federais não abrangeriam os direitos humanos, porque estes são hierarquicamente superiores em relação aos demais.⁴⁷

Segundo a autora,

Constituição e Tratados, destarte, em matéria de Direitos Humanos, somente se chocam “aparentemente”, posto que constituem dois ordenamentos jurídicos superiores e independentes mas que se complementam. Toda legislação ordinária, desse modo, passa a se sujeitar a uma dupla compatibilidade vertical material. Estando em posição de antinomia com qualquer um deles, não vale.⁴⁸

E por isso continua defendendo essa autora que os direitos humanos devem integrar o bloco de constitucionalidade, garantindo assim aos cidadãos, uma recepção imediata desses direitos, sem discutir no Congresso Nacional sobre as formalidades que tanto ocorre no ordenamento jurídico brasileiro, conforme a terceira corrente.

A quarta corrente, a do direito supraconstitucional, embora seja muito respeitada pelo ordenamento jurídico brasileiro e estrangeiro ainda está longe de ser adotada no contexto brasileiro. Oras, sequer o direito interno reconhece como constitucional os direitos humanos advindos de tratados internacionais. Determinar que eles seriam reconhecidos como supraconstitucionais não passaria de uma utopia, embora se concorde com esse tratamento defendido por Augustín GORDILLO.

Abordando a quinta e última corrente, embora houvesse uma diferença abissal entre entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, o Supremo Tribunal Federal possuía solução pacificada a respeito dessa matéria, tratando os direitos humanos como se leis ordinárias fossem, ou seja, defendendo a quinta posição, que não se coadunava com o texto constitucional, ou seja, uma corrente de equiparação dos direitos humanos à legislação ordinária, podendo ser inclusive revogados por leis posteriores, estava fora de qualquer objetivo de proteção dos direitos humanos, sendo inadequado aplicar a quinta corrente, recepção dos tratados de direitos humanos como leis, a esses direitos.

Em trabalho desenvolvido por Vanessa Oliveira BATISTA, Luciana Boiteux de Figueiredo RODRIGUES e Thula Rafaela PIRES, foram trabalhadas apenas quatro das cinco hipóteses anteriormente mencionadas conforme se vê a seguir

⁴⁷ PIOVESAN, Flávia. Op. cit., p. 64-65.

⁴⁸ GOMES, Luiz Flávio. Op. cit.

A RECEPÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS, UMA VELHA DISCUSSÃO COM UMA NOVA ROUPAGEM APÓS A REFORMA DO JUDICIÁRIO ADVINDA COMO EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45 DE 2004.

A primeira delas atribui natureza supraconstitucional aos tratados dessa matéria. Era defendida, por exemplo, por Celso Duvivier de Albuquerque Mello⁴⁴, e seguia uma antiga posição do Supremo Tribunal Federal que perdurou até a década de 1970, ao adotar a tese do primado do direito internacional sobre o direito interno infraconstitucional.

A segunda corrente doutrinária defende a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, com base na interpretação do parágrafo 2º. do artigo 5º, que aduz que: “§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Nesse sentido, posicionam-se Cançado Trindade, Flávia Piovesan, Clémenson Merlin Clève e Ingo Sarlet, dentre outros.

A outra vertente interpretativa, inspirada no direito comparado, atribui caráter supralegal e infraconstitucional aos tratados e convenções sobre direitos humanos, e pode ser localizada especificamente nas Constituições da Alemanha (artigo 25), França (artigo 55) e Grécia (artigo 28). Nesse sentido parece ter aderido a tal entendimento o Ministro Gilmar Ferreira Mendes.

A quarta corrente ainda prevalece na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), e reconhece o status de lei ordinária a tratados internacionais, inclusive aqueles que protegem direitos humanos. Esse posicionamento foi firmado a partir de 1977 e perdurou mesmo após a Constituição de 1988.⁴⁹

Enfim, a partir das cinco modalidades de interpretação de internalização dos tratados internacionais, cabe a adoção de uma delas. Assim, conforme já citado, autores como Flávia PIOVESAN defendiam antes da emenda que os tratados de direitos humanos tinham força constitucional e, portanto integravam o bloco de constitucionalidade.

Com a inclusão do § 3º ao art. 5º da Constituição da República determinou-se o tratamento desses direitos humanos como Emendas Constitucionais se aprovados. Assim, não se pode admitir outra interpretação *contra lege* porque esse artigo não tem a sua constitucionalidade questionada.

E por isso, buscando uma fortificação do texto constitucional é que a comunidade jurídica deve se esforçar no sentido de preservar essa regra com a redação da Emenda Constitucional 45 de 2004, para que ela não seja alterada por outra emenda constitucional, trazendo cada vez menos efetividade, seja ao ordenamento jurídico pátrio, seja ao ordenamento jurídico internacional.

De qualquer forma, resta saber qual tratamento deve ser conferido aos tratados de direitos humanos ratificados antes da Emenda Constitucional, uma vez que não passaram pelo crivo do Congresso, com todas as exigências, e por isso hipoteticamente não estariam aptos a ter força constitucional e também não teriam previsão no modelo anterior, eis que se tratava de uma construção não unânime a tratativa dos direitos humanos como integrante do bloco de constitucionalidade.

⁴⁹ BATISTA, Vanessa Oliveira; RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo et. al. *A Emenda Constitucional n.º 45/2004 e a constitucionalização dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/Artigos/PDF/VanessaOliveira_Rev90.pdf. Acesso em: 20 jun. 2008.

E nesse passo retorna-se à antiga discussão sobre a recepção material dos atos após alterações legislativas, como ocorreu, por exemplo, com o Código Tributário, uma vez que quando foi elaborado a Constituição vigente na época exigia que fosse lei ordinária, mas com a alteração da Constituição da República de 1988 era necessária uma lei complementar, adotando os juristas a recepção material do Código Tributário, ou seja, como se Lei Complementar fosse. Nos mesmos moldes há que se interpretar os tratados de direitos humanos advindos antes da reforma de 2004, ou seja, como se emendas constitucionais fossem integrando os direitos fundamentais previstos no catálogo constitucional. É nesse sentido que defende Flávia PIOVESAN tendo em vista o objeto dos tratados internacionais.⁵⁰

Outro questionamento importante a se fazer é no caso de não verificação do quorum necessário para a recepção do tratado de direitos humanos, que é de 3/5. No caso das Emendas Constitucionais há possibilidade de propositura de novo Projeto de Emenda Constitucional, embora seja observado o limite temporal para isso. E nos casos dos tratados de direitos humanos? Será recusada, portanto, a autorização para signatário daquele tratado, ou haverá uma recepção como uma legislação ordinária, se houver um quorum simples? E se esta resposta fosse negativa, nunca mais poderia ser recepcionado aquele tratado, ou teria outra oportunidade para análise do Congresso Nacional?

Todas essas perguntas, ainda sem respostas pela doutrina, ficam apenas a cargo de reflexão do leitor. A idéia é que se preservem os direitos humanos como se fundamentais fossem, e portanto, ainda que não houvesse uma recepção formal, haveria uma recepção material desses tratados.

Passando à finalização desse trabalho, embora se concorde que dependendo da interpretação houve um retrocesso, antes da Reforma do Judiciário, nas palavras de André Ramos TAVARES havia “uma franca guerra doutrinária”⁵¹ acerca da internalização dos tratados internacionais de direitos humanos, buscando a Emenda Constitucional justamente uniformizar o tratamento, o que, conforme já analisado, não foi muito bem recebida pelos Tribunais Superiores, mas isso deve ser combatido pela comunidade jurídica.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das considerações apresentadas neste trabalho, conclui-se que muitas transformações no modelo brasileiro sobre a recepção de tratados de direitos humanos ocorreram.

Assim, o problema todo está em harmonizar pensamentos constitucionais, doutrinários e jurisprudenciais, visando, antes de tudo, a proteção dos direitos dos seres

⁵⁰ PIOVESAN, Flávia. Op. cit., p. 72.

⁵¹ TAVARES, André Ramos. Op. cit., p. 484.

A RECEPÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS, UMA VELHA DISCUSSÃO COM UMA NOVA ROUPAGEM APÓS A REFORMA DO JUDICIÁRIO ADVINDA COM A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45 DE 2004.

humanos. Os direitos humanos devem ser analisados em complementação aos direitos constitucionais previstos no ordenamento jurídico interno, tendo o estado o dever de proteção dos direitos dos cidadãos, seja no plano interno, ou ainda, no plano internacional.

Viu-se que são cinco as formas de recepção dos tratados internacionais: como emendas constitucionais, como normas supralegais, como normas constitucionais, como normas supraconstitucionais e como legislações ordinárias. Antes da Reforma do Judiciário, embora houvesse uma previsão expressa da Constituição de que os tratados de direitos humanos seriam recebidos integrando o catálogo constitucional, as Cortes Superiores tinham um entendimento pacificado no sentido de receber esses tratados como leis ordinárias.

Com a Emenda Constitucional 45 de 2004, houve a previsão expressa de que esses tratados passariam pela sabatina do Congresso Nacional, obedecendo o mesmo procedimento previsto para as Emendas Constitucionais. De qualquer forma, novamente o Supremo Tribunal Federal decidiu inovar, afirmando que os tratados de direitos humanos tratar-se-iam de normas supralegais, criando uma figura alienígena no ordenamento jurídico brasileiro.

Diante dessas considerações, conforme já brevemente mencionado anteriormente, para não perder ainda mais a identidade com o texto constitucional, embora se concorde com as críticas da autora Flávia PIOVESAN, se deve preservar o texto, buscando dar efetividade a ele. Assim se a Reforma do Judiciário prevê que os tratados de direitos humanos deverão ser recepcionados como emendas constitucionais, assim deve sê-lo.

Não pode simplesmente o judiciário ao arrepio da Constituição trazer uma interpretação diversa. Como se sabe, a regra geral sobre interpretação é justamente a interpretação literal, ou seja, deve ser cumprido exatamente aquilo que o texto prescreve. Somente nos casos em que não é possível essa operação, de modo que a lei é considerada desproporcional ou ineficaz é que é defeso ao Judiciário dar um outro tipo de interpretação para aquele caso concreto.

Enfim, o ordenamento jurídico brasileiro já tem dificuldades suficientes para sua existência, sendo ilegítima a criação por uma Corte de Justiça uma figura estranha ao direito, dando interpretação diversa ao mandamento constitucional. Com efeito, sabe-se que o Supremo Tribunal Federal desempenha importante papel justamente na proteção do texto constitucional, sendo considerado o legitimado inclusive para declarar inconstitucionais as leis contrárias ao ordenamento jurídico, de modo que não pode ele então criar outras figuras, uma vez que isso é prerrogativa do Poder Legislativo.

Assim, toda a discussão levantada leva somente a uma única conclusão, de que o Estado dentro de sua soberania pode assinar provisoriamente um “de acordo” com os tratados de direitos humanos, mas isso desencadeia numa análise no âmbito interno do Congresso Nacional, passando-se pelas mesmas exigências de uma emenda constitucional, para que seja legitimada essa legislação no território brasileiro, com a posterior e derradeira ratificação do tratado pelo Presidente de República. De qualquer forma, a reflexão mais importante que deve ficar a partir das considerações é a idéia de efetivação dos tratados, pois não basta o seu reconhecimento no plano internacional e interno se eles na prática não são observados diariamente.

REFERÊNCIAS

- BATISTA, Vanessa Oliveira; RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo et. al. *A Emenda Constitucional n.º 45/2004 e a constitucionalização dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/Artigos/PDF/VanessaOliveira_Rev90.pdf. Acesso em: 20 jun. 2008.
- BOBBIO, Norberto. *As Ideologias e o Poder em Crise*. Trad. João Ferreira. Brasília: UNB, 1999.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.
- _____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CORAO, Carlos M. Ayala. Las consecuencias de la Jerarquía Constitucional de los Tratados Relativos a Derechos Humanos. LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro (coord.). *Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos: Ensaio em Homenagem ao Professor Antonio Augusto Cançado Trindade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.
- DANTAS, Adriano Mesquita. *As relações entre os tratados internacionais e o direito interno dos Estados-membros*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9250>>. Acesso em: 09 maio 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. *A Soberania no Mundo Moderno*. Trad. Carlo Corciolli. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FLORES, Joaquín Herrera. *Derechos humanos, interculturalidad y racionalidad de resistencia*. DIKAIOSYNE: Revista de Filosofía Práctica, Mérida, Venezuela, n. 12, Jun. 2004, p. 54.
- GAVETTI, Érica Marta. A Proteção dos Direitos Humanos no Brasil Contemporâneo. ANONNI, Danielle (org). *Os Novos Conceitos do Novo Direito Internacional: cidadania, democracia e direitos humanos*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.
- GOMES, Luiz Flávio. *Prisão civil, tratados de direitos humanos e as antinomias com a lei e com a Constituição*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10142>>. Acesso em: 09 maio 2008.
- GORDILLO, Agustín. *Derechos Humanos*. 5. ed., Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1999.
- KELSEN, Hans; CAMPAGNOLO, Umberto. LOSANO, Mario (org.) *Direito Internacional e Estado Soberano*. Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- LUPI, André Lipp Pinto Basto. A Aplicação dos Tratados de Direitos Humanos no Brasil a partir da Emenda Constitucional 45. MENEZES, Wagner (coord.). *Estudos de Direito Internacional*. Anais do Terceiro Congresso Brasileiro de Direito Internacional – 2005. v. III. Curitiba: Juruá, 2005.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O Novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua Eficácia. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 42, n. 167, jul./set. 2005, p. 93-114.
- MONDUZZI, Bárbara Menezes. Cogência e Aplicabilidade das Normas de Direitos

**A RECEPÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS, UMA VELHA
DISCUSSÃO COM UMA NOVA ROUPAGEM APÓS A REFORMA DO
JUDICIÁRIO ADVINDA COM A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45 DE 2004.**

Humanos. OLIVEIRA, Márcio Luis (org.). *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA, Nelson. A Interpretação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos a partir da Emenda nº 45. *Revista A & C Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, a. 18, n. 18. jul.-set. 2007, p. 99-115.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

PRONER, Carol. *Os direitos humanos e seus paradoxos: análise do Sistema Americano de proteção*. Porto Alegre: Fabris, 2002.

REIS, Márcio Monteiro. *Mercosul, União Européia e Constituição*. A integração dos Estados e os Ordenamentos Jurídicos Nacionais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SEITENFUS, Ricardo. *Texto fundamentais do Direito das Relações Internacionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STF - RHC 79785 / RJ - Rio de janeiro recurso em Habeas Corpus Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence Julgamento: 29/03/2000, Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.