

PUCRS

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

**FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

ROSELY DE OLIVEIRA LANG

**ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DO ARTIGO 5º, PARÁGRAFOS 2º e 3º DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E SUAS VICISSITUDES:
PROBLEMÁTICA DO ASSUNTO E PREOCUPAÇÃO JURÍDICA**

**Porto Alegre
2012**

PROGRAD

ROSELY DE OLIVEIRA LANG

**ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DO ARTIGO 5º, PARÁGRAFOS 2º e 3º DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E SUAS VICISSITUDES:
PROBLEMÁTICA DO ASSUNTO E PREOCUPAÇÃO JURÍDICA**

Trabalho de conclusão apresentado à banca examinadora como requisito à obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Álvaro Vinícius Paranhos Severo

Porto Alegre

2012

RESUMO

Os aspectos constitucionais analisados neste trabalho estão relacionados com o artigo 5º, parágrafos 2º e 3º, inclusos na CF/88, tendo o parágrafo 3º sido introduzido através da Emenda Constitucional nº 45/04. Ambos representam uma preocupação jurídica, assim entendida como problemática do assunto, pois consideramos que o parágrafo 3º foi agregado ao texto constitucional de forma inusitada. Serão vistos os aspectos constitucionais e suas vicissitudes quanto aos Direitos Fundamentais, garantidos na perspectiva jurídico-positiva, sobre a ótica de um sistema aberto de princípios e regras dentro da doutrina e da jurisprudência. Pretende analisar a abrangência textual das Emendas Constitucionais, considerando que, a exemplo de outras, trata de modo amplo os Tratados Internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil participa. Pretende enfatizar a necessidade de estabelecer limites mais estreitos e definidos quando referentes a Tratados e Contratos em que o Brasil seja parte. O trabalho está desenvolvido em capítulos distribuídos com lições prévias tratando de Emenda Constitucional, Poder Constituinte Derivado Reformador e Direito Internacional de Direitos Humanos.

Palavras-chave: Problemática do assunto. Preocupação Jurídica. Emenda Constitucional. Direitos Fundamentais.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	05
1.1 IMPACTO DA INTERPRETAÇÃO DOS PARÁGRAFOS 2º E 3º DO ARTIGO 5º NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL/88, A PROBLEMÁTICA DO ASSUNTO E A PREOCUPAÇÃO JURÍDICA.....	07
2 PROCESSOS LEGISLATIVOS ESPECIAIS E ESPÉCIES NORMATIVAS	10
2.1 EMENDA CONSTITUCIONAL	10
2.2 LIMITAÇÕES FORMAIS E PROCEDIMENTAIS (art. 60, I, II, III, e §§2º, 3º do artigo 5º)	10
2.2.1 Limitações circunstanciais (Artigo 60, § 1º).....	10
2.2.2 Limitações temporais.....	11
2.2.3 Limitações implícitas, formais ou processuais	11
2.2.4 Limitações formais ou processuais.....	11
2.2.5 Limitações processuais ligadas à deliberação sobre emendas à constituição	11
2.2.6 Limitações processuais ligadas à promulgação da emenda	12
2.2.7 Tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos e equivalência com as emendas constitucionais.....	12
3 EMENDA CONSTITUCIONAL E AS LINHAS MODERNAS	14
3.1 LIMITAÇÕES DO PODER DE EMENDAR A CONSTITUIÇÃO	14
3.2 LIMITAÇÕES EXPRESSAS	14
3.3 LIMITAÇÕES MATERIAIS	15
4 PROJEÇÃO DOS EFEITOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004	16
5 EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004, PARÁGRAFO 3º DO ARTIGO 5º E SUAS VICISSITUDES: ALTERAÇÕES, INSERÇÕES E INTERPRETAÇÕES	17
6 O BRASIL E A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	18
6.1 SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E SUPRALEGALIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS.....	21

7 SURGIMENTO DE UMA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	27
7.1 A NORMA CONSTITUCIONAL	28
7.2 O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO.....	29
7.3 HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO DIREITO PÁTRIO	30
8 CONSIDERAÇÕES FINAIS	31
9 CONCLUSÕES	32
REFERÊNCIAS	33

1 INTRODUÇÃO

“As Emendas Constitucionais são fruto do trabalho do Poder Constituinte Derivado Reformador, através do qual se altera o trabalho do Poder Constituinte Originário, pelo acréscimo, modificação ou supressão de normas”.¹

“O Poder Constituinte Derivado é, essencialmente, jurídico, pois previsto na CF/88, no entanto, por ser constituído pelo Poder Originário é subordinado e condicionado”.²

Num cenário de constante violência e desrespeito aos Princípios e normas legais é que se institucionaliza o Princípio da Continuidade. Surge, este Princípio, como necessário e útil para que uma Constituição seja permanente e estável, embora não estática.

Se a visão de amplitude inspira-nos e motiva compreensível orgulho de ter um texto Constitucional aberto e compreensível, não menos necessário se faz observar o esforço e o reconhecimento de que temos uma democracia merecida. Certamente, foram esforços conjugados que afiançaram toda a essa conquista.

No entanto, a situação limite se estabelece quando e no momento em que surge uma demanda de ordem abrangente, quais sejam demandas de ordem internacional, as quais a todos dizem respeito. Nestes casos, a situação limite deixa de ostentar tranqüilidade, pois se avulta o atributo da universalidade, pois é decisão para todos e da competência de poucos.

Neste momento é que precisamos analisar os Tratados Internacionais e Contratos que sejam introduzidos através das Emendas Constitucionais cuja validade seja muito ampla e ofereça formas de entrelinhas com dupla interpretação.

Apesar disso, o Professor Michel Temer³ adverte que existe, de fato, um escalonamento de normas, chegando a determinadas situações, uma verdadeira relação hierárquica. Isso não se observa em relação às espécies normativas apontadas, no entanto, pode ser verificado nos exemplos pelo autor lembrando: “A lei se submete à Constituição, o regulamento se submete à lei, a instrução do Ministro se submete ao decreto, a resolução do Secretário de Estado se submete ao decreto do Governador”.

¹ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed. rev. atual. e esq. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 411.

² VICENTE, Paulo; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Método, 2008. p. 80.

³ TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 14. ed. rev. e ampl. São Paulo. Malheiros, 1998.

O interesse do reconhecimento dos tratados internacionais, certamente, visa resolver conflitos normativos, considerando que o sistema jurídico pátrio repousa na supremacia formal e material das normas constitucionais.

Assim, analisaremos a abertura material do sistema jurídico de direitos fundamentais do § 2º, do artigo 5º, da Constituição Federal/88, como “*cláusula aberta*” de recepção dos documentos internacionais de direitos humanos que integram extenso rol de direitos constitucionalmente consagrados.

Por outro lado, no entanto, intenta-se ressaltar para a hermenêutica dos tratados internacionais de direitos humanos, tendo-se como enfoque privilegiado a novidade trazida pela Emenda Constitucional nº 45/04, que ao introduzir o § 3º no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil gerou duas vicissitudes: uma a *problemática do assunto* e a outra a *preocupação jurídica* na área dos que se dedicam aos estudos do direito.

Quanto a *problemática de o assunto* ser uma proposta inovadora elaborada pelo legislador derivado, o tema nunca foi assim entendido. Em segmento, abordando que os impactos do novo dispositivo, pois, apresentando aspectos positivos e negativos, geram uma *preocupação jurídica*, bem como a discussão em torno dos tratados internacionais de direitos humanos já ratificados pelo Estado brasileiro.

A inserção do § 3º, acrescido ao artigo 5º da CF/88 pela EC 45, promulgada em 8/12/2004 e publicada em 31/12/2004, dispõe que “os tratados e convenções sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos de votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.⁴

É, portanto, uma inovação ao texto constitucional, visto que tem como intenção dar *status* de norma constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, desde que preenchidos os requisitos exigidos do § 3º, isto é, tem a intenção de solucionar a questão em torno do lugar que deve ocupar esses instrumentos normativos internacionais que tratam de direitos fundamentais.

Conclui-se do exposto que temos assim consequências de duas origens: uma preocupação jurídica, pois, gerou confusões, além de outro aspecto uma problemática jurídica hermenêutica.

⁴ BRASIL *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. São Paulo: Saraiva, 2011.

Pela leitura efetuada, diz: José Luis Morais⁵ que: a Constituição Federal de 1988 desde o início impôs debates acadêmicos entre outros, pois evidenciou duplo grau de compreensão sobre o conteúdo que trata de direitos Fundamentais expressados, no sentido da norma, contida no artigo 5º e §§ 2º e 3º da CF/88⁶. A EC 45/ 04 trouxe mais problemas ao mundo jurídico e necessitam tratamento especial.

A doutrina constitucionalista brasileira, de há muito atribui aos tratados internacionais de direitos humanos a posição hierárquica constitucional. A posição diferenciada decorre, pois, de evidências que podem ser analisadas. Uma ocorre em virtude de conteúdo materialmente constitucional inserido em documentos internacionais; a outra ocorre dos preceitos constantes nos parágrafos 2º e 3º do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Vamos analisar a perspectiva que vai tecer considerações relacionadas à posição constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, considerando a inserção na doutrina constitucionalista.

1.1 IMPACTOS DA INTERPRETAÇÃO DOS PARÁGRAFOS 2º E 3º DO ARTIGO 5º NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL/88, A PROBLEMÁTICA DO ASSUNTO E A PREOCUPAÇÃO JURÍDICA

A atribuição de procedimentos especiais para inclusão dos tratados internacionais que tratam de direitos humanos na Constituição Federal como norma constitucional gera uma preocupação jurídica, porque constitui aspectos positivos e negativos.

- a) O negativo valoriza a interpretação formalista do dispositivo inserido, capaz de enxergar o procedimento como um fim em si mesmo.
- b) O aspecto positivo é que se considerarmos como uma construção hermenêutica de proteção dos direitos fundamentais, então o § 3º deverá ser interpretado conforme o § 2º, do artigo 5º da Constituição.

Resulta que o aspecto negativo do § 3º, do artigo 5º, pode ser constatado, num momento, em relação aos potenciais prejuízos que podem advir em relação à interpretação antes feita sob a proteção do § 2º do artigo 5º da CF/88, sobre a incorporação constitucional de tratados versando sobre direitos humanos⁷.

⁵ MORAIS, José Luis Bolzan de. Direitos Humanos, Constituição e Direito Internacional. In: AGRA, Walber de Moura (Coord.). **Comentários à reforma do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

⁶ BRASIL **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁷ BRASIL **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. São Paulo: Saraiva, 2011.

Com essa idéia, André Tavares⁸ conclui que tal dispositivo “operou em sentido oposto à interpretação de que o § 2º do artigo 5º, CF/88, já ensejaria o nivelamento constitucional para o rol de tratados preexistentes à EC 45”, de maneira que, relativamente ao passado, o texto do § 3º do artigo 5º revela-se contraproducente como instrumento de promoção efetiva dos direitos humanos.

Quanto ao aspecto positivo, tudo indica que a EC 45/04, não obstante a sua assistematização, veio com a intenção de fortalecer e não enfraquecer a sistemática brasileira de proteção aos direitos fundamentais, o que se depreende das prescrições de celeridade dos julgamentos (artigo 5º, LXXVIII) e de deslocamento de competência para a Justiça Federal para julgamento dos crimes que ofendem os tratados internacionais de direitos humanos (artigo 109, § 5º) .

Segundo Tavares et al.⁹ e outros dizem que a incorporação dos tratados internacionais de proteção de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro exige um redimensionamento das possibilidades hermenêuticas.

Na situação, presente analisando a EC 45/04, reforçou que, o registro de nenhuma menção foi realizado pela EC 45, à situação dos inúmeros tratados internacionais de direitos humanos já ratificados pelo Brasil. Portanto, a discussão que se mantém e que parece ser a grande questão sobre esses instrumentos internacional garantidores dos direitos humanos, gravita em torno do patamar ocupado por tais instrumentos no direito brasileiro. O ponto sensível de divergências em torno dos tratados internacionais de direitos humanos é o seguinte: continuarão estes sendo concebidos como normas infraconstitucionais, conforme se conclui do entendimento do Supremo Tribunal Federal? Ou poderão assumir posição de leis constitucionais, mesmo tendo sido submetidos ao procedimento qualificado, previsto no § 3º, do artigo 5º?

Segundo André Tavares Ramos¹⁰, como resposta a essas indagações sugere, entretanto, sem fundamentação, ainda aceita que: “A tese da incorporação automática via § 2º, da Constituição seja mantida para os tratados firmados antes da publicação da EC 45/04 e, para as novas convenções e tratados, posteriores à reforma , serviria o regrado do § 3º”.

⁸ TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora (Coord.). **Reforma do judiciário**. São Paulo: Método. 2005. p. 42.

⁹ TAVARES, LENZA, ALARCÓN, 2005, p. 43 et seq.

¹⁰ TAVARES, André Ramos. **Reforma do judiciário no Brasil pós/88**: (des)estruturando a justiça - comentários completos à EC 45/04. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 42.

Outra consideração possível, segundo o autor seria: “a considerar a regra do § 3º apenas uma formalização que ratifica a posição assegurada pelo § 2º, compreendida como a de assegurar o nível constitucional desses tratados”.

Assim, se os estudiosos do tema voltarem o olhar, retrospectivamente, não será difícil ao perceber que, a *preocupação jurídica* com a *problemática do assunto* assumem uma intensidade antes não registrada.

2 PROCESSOS LEGISLATIVOS ESPECIAIS E ESPÉCIES NORMATIVAS

- a) Emendas à Constituição;
- b) Leis complementares;
- c) Leis ordinárias
- d) Leis delegadas;
- e) Medidas provisórias; decretos legislativos e
- f) Resoluções.

2.1 EMENDA CONSTITUCIONAL

A Emenda Constitucional 45/2004 veio apenas ratificar o status hierárquico constitucional que a doutrina vem dando aos tratados internacionais de direitos humanos.

Quando estudamos a teoria do Teoria do Poder Constituinte, verificamos que as Emendas Constitucionais são fruto do *poder constituinte derivado reformador*, através do qual se altera o trabalho do poder constituinte originário, pelo acréscimo, modificação ou supressão de normas.

Ocorre ao contrário do poder originário, que é juridicamente ilimitado.

2.2 LIMITAÇÕES FORMAIS E PROCEDIMENTAIS (art. 60, I, II, III, e §§2º e 3º do artigo 5º)

A iniciativa tratada no artigo 60, I, II, III trata-se da *iniciativa privativa e concorrente* para alteração da Constituição. Havendo alteração por qualquer pessoa diversa daquelas enumeradas, estaremos diante de vício formal subjetivo, caracterizador da inconstitucionalidade.

2.2.1 Limitações circunstanciais (Artigo 60, § 1º)

As limitações circunstanciais impedem modificações na Constituição quando se verificarem, no País, determinadas situações anormais e excepcionais, em que poderia estar ameaçada a livre manifestação do órgão reformador.

As limitações circunstanciais reportam-se a estados de crise, tornando ilegítimo, nessas ocasiões, empreender qualquer modificação constitucional.

2.2.2 Limitações temporais

As limitações temporais, na história constitucional brasileira foram, vistas apenas na Constituição do Império, de 1824, não se verificando nas demais.

Assim, não há limitação expressa temporal prevista na CF/88. Convém lembrar que a regra do artigo 3º do Ato das Disposições Transitórias – ADCT(poder constituinte derivado revisor), que determinou a revisão constitucional após 5 anos contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.

2.2.3 Limitações implícitas, formais ou processuais

Conforme expõe Michel Temer: “as *limitações implícitas*, são as que dizem respeito à forma de criação de norma constitucional bem como as que impedem a pura e simples supressão dos dispositivos atinentes à intocabilidade dos temas elencados (artigo 60, § 4º, da CF/88)”.

2.2.4 Limitações formais ou processuais

Assim entendidos os procedimentos especiais estabelecidos pelo legislador constituinte originário para o início e o trâmite do procedimento de reforma da Constituição. É um processo distinto do processo de elaboração das leis.

2.2.5 Limitações processuais ligadas à deliberação sobre emendas à Constituição

Uma das mais importantes limitações processuais impostas pelo legislador constituinte ao poder de reforma diz respeito à rigidez do procedimento legislativo de aprovação de uma emenda à Constituição, estabelecida nos termos seguintes: “Artigo 5º, § 2º - CF/88: A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos distintos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambas, três quintos dos votos dos respectivos membros”.

2.2.6 Limitações processuais ligadas à promulgação da emenda

A Emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem (CF/88, artigo 60, § 3º). As emendas à Constituição, não se submetem à promulgação pelo Chefe do Executivo; estas ocorrem no âmbito do próprio Poder Legislativo.

2.2.7 Tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos e equivalência com as emendas constitucionais

“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, bem observou Pedro Dallari¹¹,

[...] muito embora o dispositivo mencione tratados e convenções internacionais, a doutrina, a prática e mesmo a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entendem a fórmula como redundante, já que, independentemente da denominação que tenha cada documento (tratado, convenção, acordo, pacto, carta, lei uniforme, protocolo, estatuto, concordata etc.) o vocábulo “tratado” se aplica a todo acordo internacional concluído por escrito entre Estados ou organizações internacionais e que seja destinado a produzir efeitos. Observe-se que a própria Constituição Federal não é de forma alguma homogênea a esse respeito: artigo 49, I, faz referência a tratados e acordos; artigo 84, VIII, a tratados e convenções; o § 2º do artigo 5º, o artigo 102, III, “ b”; o artigo 105, III, “a”, o artigo 109, apenas tratados; e o artigo 178, apenas acordos.

Assim, a literatura pesquisada, deixa por entendido que a previsão, pelo Pacto e Convenção internacionais, da prisão por dívida, exclusivamente, para o devedor de alimentos tem o condão de paralisar uma eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional que conflite com ela. Assim, é possível concluir que, frente à supremacia dos atos normativos internacionais, a previsão Constitucional da prisão do depositário infiel (artigo 5º, inciso LVII) não foi revogada pela ratificação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (artigo 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (artigo 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses Tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria.

¹¹ DALLARI, Pedro. Tratados Internacionais na EC 45. In: TAVARES, LENZA, ALARCÓN, 2005.

3 EMENDA CONSTITUCIONAL E AS LINHAS MODERNAS

As linhas modernas dos processos legislativos aplicáveis à elaboração das demais espécies legislativas, vigentes na carta Política admitem a Emenda Constitucional como meio de fundamento para as mudanças que ajustem novas normas à supremacia constitucional.

Assim, a Emenda Constitucional é resultado de processo legislativo especial artigo 60 da CF/88 compreendendo diferentes fases.

3.1 LIMITAÇÕES DO PODER DE EMENDAR A CONSTITUIÇÃO

O exercício do poder de reformar a Constituição por meio da apresentação de emendas enfrenta as seguintes limitações: 1º) limitações expressas (art. 60 e parágrafos); 2º) limitações implícitas.

As limitações expressas subdividem-se em: 1º) formais(processo legislativo); 2º) materiais (cláusulas pétreas); 3º) circunstanciais; e 4º) temporais.

As limitações implícitas podem ser relativas: 1º) à supressão das limitações expressas (inclusive formais); 2º) ao titular do poder constituinte originário; 3º) ao titular do poder constituinte derivado; 4º) à alteração das regras formais de aprovação das emendas constitucionais (que, em qualquer caso, poder-se-ia considerar como limitação contida já no item 1 – supressão das limitações expressas).¹²

3.2 LIMITAÇÕES EXPRESSAS

Limitações Expressas formais referem-se ao cerne intangível da Constituição. São também definidas como limitações procedimentais.

3.3 LIMITAÇÕES MATERIAIS

Segundo André Tavares¹³ o poder constituinte originário também estabeleceu alguma vedações materiais, como núcleo intangível, comumente, chamado pela doutrina de cláusulas pétreas.

¹² BRASIL **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. São Paulo: Saraiva, 2011.

¹³ TAVARES. André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1232.

4 PROJEÇÃO DOS EFEITOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004

A Constituição de 1988 se alinhou à tendência de outros países de conceder tratamento diferenciado ao Direito Internacional na parte relativa aos direitos humanos, como também no direito interno, decretando a prevalência dos direitos humanos conforme prevê artigo 4º, inciso III da Carta Magna: “Artigo 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos princípios: [...] III – prevalência dos direitos humanos”.

Nesse contexto reconheceu no artigo 5º, § 2º, a existência de direitos fundamentais decorrentes de tratados internacionais, dando força à internacionalização dos direitos humanos.

Antes de entrada em vigor da EC 45/04 o Supremo Tribunal Federal já havia se posicionado sobre a hierarquia dos tratados em relação ao Direito Interno, sendo dada a posição de que tratados internacionais têm eficácia de lei ordinária, não podendo tratar de norma referente à lei complementar, nem ser contrária a este ou à norma Constitucional.

Dessa maneira, foram criadas duas formas de tramitação: na primeira os documentos internacionais em questão teriam poder de Emenda Constitucional e na segunda os acordos e convenções internacionais não teriam o referido poder.

Pelo entendido, pode-se definir que há um conflito entre as definições dos temas: tratado, convenção, acordo, pacto, carta, lei uniforme, protocolo, estatuto, concordata, por isso confusa fica o entendimento jurisprudencial e espécies normativas.

Com base no artigo 5º, § 2º é defendido o pensamento de que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm índole e nível constitucionais, e também aplicação imediata, não podendo ser revogados por lei ordinária posterior. Entendemos que a cláusula aberta do § 2º do artigo 5º da CF/88 *sempre* admitiu o ingresso de tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no mesmo grau hierárquico das normas constitucionais, e não em outro âmbito de hierarquia normativa.

5 EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004, PARÁGRAFO 3º DO ARTIGO 5º E SUAS VICISSITUDES: ALTERAÇÕES, INSERÇÕES E INTERPRETAÇÕES

Da inserção do § 3º temos que a matéria precisa ser bem interpretada, visto que sugere muitas interpretações, e, até equivocadas idéias que necessitam explicações mais profundas e claras. Frisamos, ainda, que o propósito desta inserção deixou dúvidas sobre o § 2º, o qual já referendava o assunto.

Verdades históricas já comprovaram que muitas explicações sobre um mesmo assunto deixam interrogações, naqueles que se dedicam ao estudo jurisprudencial e da hermenêutica.

Assim, sempre que os legisladores fizerem inclusões na Constituição devem trazer preceitos que sejam suficientes para dar continuidade a o sistema democrático, coletivo sobre os direitos humanos internos e internacionais.

A comparação entre § 2º e § 3º do artigo 5º da CF/88 trouxe desconforto entre os estudiosos do direito, gerou diferenças sobre a interpretação doutrinária constitucional e não deixou um balanço positivo de valores coletivos e individuais.

Por certo entendimento, precisamos que as imperfeições impostas pelo § 3º do artigo 5º da CF/88, tenha num futuro próximo o apoio de outra Emenda Constitucional que desfaça as vicissitudes que envolvem direitos humanos deste § 3º, alcançando uma interpretação ao § 2º do artigo 5º da CF/88, pois à luz do bom entendimento os tratados internacionais do § 3º, artigo 5º, quando ratificados, incorporaram-se automaticamente no ordenamento com hierarquia constitucional, prevalecendo, naquilo de mais benéficas ao ser humano e às normas estabelecidas pela Carta Magna.

6 O BRASIL E A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Repensando sobre o artigo 5º e seus §§ 2º e 3º a idéia que mais prevalece sobre o assunto dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil têm índole e nível constitucionais, além de aplicação imediata, não podem ser revogados por lei ordinária posterior. É por assim dizer, se os direitos e garantias expressos no texto constitucional não excluem outros provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, é porque, por óbvio, na medida em que tais instrumentos passam a assegurar outros direitos e garantias, a Constituição os inclui no seu rol de direitos protegidos.

É o entendimento de muitos que o artigo 5º, § 2º da CF sempre admitiu o ingresso dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no mesmo grau de hierarquia das normas constitucionais, e não no âmbito de hierarquia normativa. Por isso, é defendido o fato desses direitos se encontrarem em tratados internacionais nunca impediu a caracterização como direito com posição constitucional.

Com a introdução do § 3º da CF. precisamos repensar o conteúdo, pois pode haver interpretações diversas, sendo necessário explicar o conteúdo e o alcance que estão em seus conteúdos. Para tanto, é preciso entender que os dois parágrafos do artigo 5º são semelhantes, porém apresentam diferenças. Então para que serve a regra inclusa ao § 3º da CF/88 senão para conferir posição de norma constitucional aos direitos humanos? Então explicam os estudiosos do Direito que a diferença entre o § 2º e o § 3º do artigo 5º da CF. é muito pequena: nos termos do final do § 2º artigo 5º, os tratados internacionais de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil seja parte são, a *contrario sensu*, incluídos pela Constituição, passando por consequência a ter posição de norma constitucional, ampliando assim o rol dos direitos e garantias fundamentais, enquanto no § 3º do mesmo artigo da CF, se aprovados pelo quorum qualificado, esse instrumentos internacionais estando ratificados pelo Brasil passam a ser equivalentes às emendas constitucionais.

Uma boa parte da doutrina constitucional nacional há muito entendida que os tratados internacionais sobre direitos humanos se fossem ratificados pelos governantes restariam incorporados imediatamente ao ordenamento jurídico brasileiro com posição de norma constitucional. Este pensamento decorria do artigo 4º, II, CF/088 que assegura como um de seus princípios fundamentais a prevalência dos direitos humanos e prevê também a aplicabilidade imediata dos tratados em que o Brasil seja

parte. Portanto, a imperfeição do § 3º da CF/88, oriundo da Emenda Constitucional 45/2004 só trouxe preocupação jurídica porque se percebe que o tratado assim aprovado será além de materialmente constitucional, também será formalmente constitucional. Assim, conforme a interpretação sistemática do texto constitucional em vigor, à luz dos princípios constitucionais e internacionais de garantismo jurídico e de proteção à dignidade humana, conclui-se que o texto constitucional reformado quis dizer que esse tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, que já tem status de norma constitucional, nos termos do § 2º, artigo 5º da CF, poderão ainda ser formalmente constitucional (ou seja: ser equivalentes às emendas constitucionais), desde que, a qualquer momento, depois de sua entrada, em vigor, sejam aprovados pelo quorum do § 3º do mesmo artigo 5º da Constituição.

Há que se observar, por fim, que a emenda em análise não significará o fim de todos os males jurídicos e sociais, mas um momento relevante que pode possibilitar uma reflexão, com garantia constitucional-normativa, do cenário brasileiro inserido no contexto mundial. Pois, pouco ou nada vale o direito sem a garantia e a expectativa de seu respeito e cumprimento.

O quanto cada uma das alterações e inserções efetivadas virá a atuar positiva ou negativamente em matéria de direitos fundamentais ainda está longe de poder ser avaliado com alguma segurança, considerando a necessidade de amadurecimento da discussão em nível doutrinário e jurisprudencial, visto que, a despeito do debate já iniciado antes mesmo da promulgação da reforma, somente com a sua entrada em vigor é que se está a refletir com base em texto efetivamente incorporado à Constituição, somente modificável por outra reforma ou pela interpretação jurisdicional, que, de resto, poderá até mesmo levar à declaração de inconstitucionalidade de alguns pontos da EC 45. Aliás, não são poucas as manifestações sustentando a violação de cláusulas pétreas da Constituição, inclusive acompanhadas de ações diretas de inconstitucionalidade, como foi o caso, por exemplo, da controvérsia em torno do controle externo da Magistratura e do Ministério Público (com decisão do Supremo Tribunal Federal em prol de sua constitucionalidade, no que diz com a forma e estrutura dos respectivos Conselhos Superiores) e da federalização da competência para o julgamento dos casos de grave violação dos direitos humanos, esta última ainda pendente de decisão por parte do Supremo Tribunal Federal.

Considerando, portanto, o teor do novo dispositivo (no caso, o § 3º do art. 5º), não é de se estranhar que no âmbito da doutrina especializada a discussão tenha assumido novos contornos, acompanhada de grande variedade de posicionamentos, que alcançam desde a discussão em torno do regime jurídico dos tratados anteriores, até problemas vinculados ao novo processo de incorporação (por exemplo, o seu caráter facultativo ou cogente) e aspectos atinentes à hierarquia dos tratados incorporados pelo rito das emendas constitucionais, havendo até mesmo quem esteja a questionar a legitimidade constitucional da inovação trazido pela EC 45 neste particular.

A Emenda Constitucional nº 45 não esclareceu a situação dos tratados internacionais de direitos humanos, tampouco o texto normativo inserindo o § 3º se preocupou com os diversos tratados internacionais de direitos humanos já ratificados pelo Brasil.

Restou bem claro com a EC 45 que lei ordinária não tem o condão de revogar tratado internacional de direito humano. No entanto, bom salientar que, na prática, a decisão do STF, foi a de suma importância, visto que pôs fim a prisão do depositário infiel, situação antiga que tanto contrariava nosso entendimento sobre direitos humanos.

Diz Valério Mazzuoli¹⁴

Os problemas da aprovação dos tratados internacionais de direitos humanos terem equivalência de emenda constitucional poderão ter dois efeitos:

Primeiro: passarão a reformar a Constituição, o que não é possível tendo apenas o status de norma constitucional. Ou seja: uma vez aprovado certo tratado pelo quorum previsto no § 3º, opera-se a imediata reforma do texto constitucional, o que não ocorre pela sistemática do § 2º, artigo 5º, CF, em que os tratados de direitos humanos (que tem nível de normas constitucionais, sem, contudo serem equivalentes às emendas constitucionais) serão aplicadas atendendo ao princípio da primazia da norma mais favorável ao ser humano (expressamente consagrado pelo artigo 4º, inciso II, da Carta Magna de 1988, segundo o Brasil deve se reger nas suas relações internacionais: “Princípio da Prevalência dos Direitos humanos”.

Segundo: não poderão ser denunciados, nem mesmo com projeto de denúncia elaborado pelo Congresso Nacional, sob pena de responsabilidade ao governante, e, não pode ser unilateralmente denunciada considerando que tais tratados equivalem às emendas constitucionais, que são cláusulas pétreas do texto constitucional.

A utilização da EC45/04 tem, portanto, caráter progressivo uma vez que a EC n.º 45/04 entrou em vigor recentemente, não tendo ocorrido, portanto, nenhuma incorporação de tratados internacionais sobre direitos humanos na nossa Constituição até o presente momento.

¹⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Revista de derecho internacional y del mercosur*. Buenos Aires, 2009. p. 23.

6.1 SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E SUPRALEGALIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

A supremacia da Constituição preceitua que no ordenamento jurídico a CF é lei hierarquicamente superior as demais Normas Constitucionais, no entanto, o Supremo Tribunal inovou com a tese de que os Tratados Internacionais que tratem de Direitos Humanos tem envergadura de Emenda Constitucional. A Tese foi reafirmada pela Súmula Vinculante do STF nº 25. Essa tese alterou a pirâmide das leis ficando assim: na base Leis Infraconstitucionais a seguir, Normas Supralegais e no topo a Constituição Federal.

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos anteriores a Emenda Constitucional. n.º45/2004 podem ser elevados à categoria de norma constitucional, pois ao interpretar o § 3.º acrescido ao art. 5.º pela referida emenda, o jurista deve primar pela máxima eficácia dos preceitos constitucionais.

A partir do princípio de que os direitos humanos são frutos de uma constante construção, fruto de um processo histórico sem fim, podemos afirmar que estamos diante de mais uma etapa de construção desses direitos que precisa ser tocada adiante sob pena de retrocesso.

Nesse sentido é que a doutrina nacional se debate em torno da definição da hierarquia alcançada pelos tratados internacionais de direitos humanos quando adentram ao ordenamento jurídico brasileiro.

Dependendo do grau hierárquico alcançado pelo tratado, maior será sua eficácia ou até mesmo nula.

Por isso, dentre as quatro hipóteses apresentadas durante esse trabalho, a que mais se coaduna com os anseios do processo histórico dos direitos humanos e com a nova teoria neoconstitucional do direito, é a que atribui aos tratados internacionais de direitos humanos, ratificados pelo Brasil, o *status* de norma constitucional.

Chega-se a tal conclusão quando relembremos os pressupostos lançados durante esse trabalho. Quando falamos de uma teoria neoconstitucional, nos referimos a uma concepção do direito que tem na Constituição a base principal de toda e qualquer interpretação jurídica. Por isso, toda interpretação jurídica é uma interpretação constitucional, baseada em princípios e normas desse texto maior. Toda interpretação deve estar de acordo com a Constituição.

Então partindo de uma interpretação constitucional, ao buscar a interpretação que mais se coaduna com o espírito da Constituição, localizamos alguns dispositivos desse texto que serve para resolver esse imbróglio hermenêutico.

No art. 1º, III da Constituição brasileira, encontramos como fundamento da República Federativa do Brasil o princípio da dignidade da pessoa humana. Logo mais a frente encontramos no art. 4º, II o princípio da prevalência dos direitos humanos como norteador das relações internacionais do Brasil.

Se esses direitos adquirissem os mesmos atributos dos direitos fundamentais, quais Interpretando o art. 5º, § 2º com base nos princípios da dignidade da pessoa humana e no da prevalência dos direitos humanos, podemos concluir através da utilização da sobre interpretação, ou seja, através da interpretação que coloca a Constituição acima de tudo com poder irradiante sobre todo o ordenamento, ao abrir o catálogo dos direitos fundamentais explícitos no texto constitucional a outros direitos decorrentes dos tratados internacionais de direitos humanos, quis o constituinte originário proteger os direitos humanos reconhecidos no plano internacional pelo Brasil.

Essa interpretação é a que dá maior eficácia ao texto da Constituição, pois abre o ordenamento jurídico ao processo histórico de construção dos direitos humanos, ou seja, é a que mais realiza a dignidade da pessoa humana.

E no que refere ao § 3º do art. 5, propugnamos pela inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 45 que inseriu tal dispositivo no texto da Constituição, tendo em vista que fere a cláusula pétrea expressa no art. 60, § 4º, IV ao tentar restringir a eficácia de direitos que garantem a dignidade da pessoa humana.

Em suma, tendo como base a ótica do neoconstitucionalismo, concluí-se pela natureza de normas constitucionais dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, independente do *quorum* de aprovação.

Pela primeira vez, uma Constituição brasileira inclui, dentre os direitos constitucionalmente garantidos, os tratados internacionais de que o Brasil seja signatário.

Verificamos que a partir da leitura do § 2º do art. 5º da Constituição, prelecionam que os direitos previstos na Constituição seriam organizados em três grupos distintos: a) dos direitos expressos na Constituição (por exemplo, os direitos elencados pelo texto nos incisos I a LXXVII do art. 5º e em outros dispositivos espalhados pelo texto da Carta Magna, como o artigo 150, III; b) dos direitos expressos em tratados internacionais de que o Brasil seja parte; e, finalmente, c) dos direitos implícitos (direitos que estão subentendidos nas regras de garantias, bem

como os decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição. Ex. direito à identidade que decorre do próprio direito à vida, direito à incolumidade física, que decorre da proibição da tortura e do tratamento desumano).

A partir da vigência do § 2º do art. 5º da Carta Magna de 1988, estabeleceu-se grande debate jurisprudencial e doutrinário acerca do *status* normativo dos direitos humanos no Brasil. As principais correntes que tratam da hierarquia dos tratados de direitos humanos são: a vertente que reconhece a natureza supra constitucional dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos; a tendência que reconhece o *status* de lei ordinária a esse tipo de documento internacional; a interpretação que atribui caráter supralegal aos tratados e convenções sobre direitos humanos; o posicionamento que atribui caráter constitucional a esses diplomas internacionais. Defendendo a primeira corrente, Flávia Piovesan, argumenta:

É lícito sustentar-se, de acordo, aliás, com a opinião da maioria dos internacionalistas contemporâneos, que o direito internacional é superior ao Estado, tem supremacia sobre o direito interno, por isto que deriva de um princípio superior à vontade dos Estados. Não se dirá que o poder do Estado seja uma delegação do direito internacional; mas parece incontestável que este constitui um limite jurídico ao dito poder¹⁵.

Para esta corrente, o art. 5º, § 2º da CF deve ser interpretada no sentido de que, ainda que implicitamente, concede um grau supraconstitucional a todo Direito Internacional dos Direitos Humanos, tanto de fonte consuetudinária, como convencional. A expressão “não excluem” não pode ser ter um alcance meramente quantitativo, querendo significar também que, em caso de conflito entre as normas constitucionais e o Direito Internacional em matéria de direitos fundamentais, deve prevalecer o último.

Até a emenda constitucional 45/2004, o Supremo Tribunal Federal, baseada na doutrina de Francisco Rezek, possuía jurisprudência histórica no sentido de equiparar os tratados internacionais de direitos humanos às leis ordinárias, não tendo força de emendas constitucionais.

¹⁵ PIOVESAN, Flávia; GOMES, Luiz Flávio. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Disponível em: <<http://www.social.org.br/relatorio2002/relatorio033.htm>>. Acesso em: 29 abr. 2012.

No Recurso Extraordinário n. 80.004 de 1977, o Supremo entendeu que uma lei interna revoga o tratado anterior, resolvendo-se o conflito entre as legislações pelo critério cronológico e da especialidade.

Em 1995, o Supremo reiterou esse entendimento, no *habeas corpus* 72.131, que tratava de prisão civil do depositário infiel na alienação fiduciária em garantia. Nesse julgamento, foi debatida a antinomia existente entre a Constituição Federal, no seu art. 5º, inciso LXVII que permite a prisão civil por dívida do depositário infiel, enquanto que o art. 7º, VII do Pacto de San José da Costa Rica proíbe todas as formas de prisão por dívida, salvo no caso de alimentos.

Ao falar sobre tratados internacionais de direitos humanos lembramos que: estes, já eram considerados pela doutrina como normas constitucionais, conforme assinalado por grande parte do segmento da doutrina pátria, por ocasião da análise do § 2º do artigo 5º, que já consta do texto constitucional desde a sua publicação, mas todavia a cultura jurídica brasileira apegada ao positivismo, em sua face mais radical, manteve-se indiferente em alguns casos ou, pior, em outros negou a possibilidade do devido tratamento aos direitos fundamentais previstos em nos tratados internacionais de direitos humanos.

Nesse sentido, é importante notar o quanto é difícil se alterar uma cultura historicamente forjada sob os auspícios da modernidade que ditou implacavelmente um modelo de direito liberal-individual-normativista.

Todavia, assumindo a postura de uma hermenêutica concretizadora dos direitos fundamentais, é preciso suspender os pré - juízos inautênticos, que impedem os desvelamento daquilo que sempre esteve ali, aberto materialmente pelo texto constitucional para o diálogo dos direitos fundamentais previstos nos Tratados. A abertura da clareira no direito deve passar, necessariamente, pela denúncia do caráter da dogmática jurídica, que, ao interpretar cria as possibilidades de reconhecimento das peculiaridades de cada caso, o que se chama de experiência prática.

Por outro lado outros acenam para uma mudança aproveitando o problemático discurso do § 3º, principalmente no ambiente decisório dos tribunais estaduais, que, por sua vez, utilizam o discurso textual de tal dispositivo para a construção de novas normas e para superar as inércias de seus pensamentos e ações.

Assim, seguem segundo o STF, os tratados anteriores como leis ordinárias, por não terem sido aprovados segundo o entendimento do § 3º do artigo 5º da CF/88. Nesse sentido, ao ocultar a peculiaridade da norma internacional de direito

fundamental, tratando-a como uma norma internacional qualquer, e, além disso, seguindo fielmente o formalismo do § 3º do artigo 5º, CF/88, entende-se que há um descaso no processo interpretativo do direito por parte, principalmente, da Corte que deveria ser guardiã dos direitos fundamentais.

Tem sido notado em diversas proposições científicas um significativo crescimento de interesse relativamente aos mecanismos de promoção e proteção dos direitos humanos, contribuindo para a constituição de um ramo específico do direito, qual seja o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Com a aprovação da Declaração Universal em 1948, dos Pactos dos Direitos Cívicos e Econômicos, Sociais e Culturais e das Convenções específicas, formou-se um sistema global ligado a ONU que compeliu os Estados, que são partes, a respeitarem os mecanismos internacionais adotados.

Com o intuito de complementar o sistema da ONU, muitos continentes criaram sistemas regionais de proteção aos direitos humanos como a Europa, África e América. O objetivo foi de aproximar as realidades territoriais e dicotômicas dos parâmetros gerais e valores construídos pela humanidade.

Além de ser Estado-parte da ONU, o Brasil também integra a OEA(1) (Organização dos Estados Americanos). É, pois, membro do sistema regional interamericano de proteção dos direitos humanos, tendo já ratificado a Convenção Americana dos Direitos Humanos de 1969, em 25 de setembro de 1992, bem como outros instrumentos específicos desse sistema.

Com a finalidade de salvaguardar os direitos essenciais do homem no continente americano, a Convenção instituiu dois órgãos para promover a observância e proteção dos direitos humanos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O objetivo deste trabalho consiste em descrever pontos de interesse relativamente a estas instâncias que se revestem de tão pouca publicidade, mas que configuram uma importante arma contra os abusos ainda cometidos por governos, sistemas e autoridades, notadamente no que tange à proteção dos direitos humanos.

7 SURGIMENTO DE UMA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

O surgimento da idéia de uma Corte Interamericana de Direitos Humanos remonta à aprovação, pela OEA, da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem em Bogotá - Colômbia, 1948, considerado o primeiro documento internacional sobre direitos humanos de caráter geral. Este documento representa, portanto, um marco inicial para proteção dos direitos humanos no continente americano.

A Convenção (comumente conhecida por Pacto de São José da Costa Rica) define os direitos humanos que os Estados ratificantes se comprometem internacionalmente a respeitar e configura a verdadeira garantia para que eles sejam respeitados. A Corte Interamericana de Direitos Humanos é um órgão autônomo e principal da Organização dos Estados Americanos (OEA), cujas atribuições constam na Carta da OEA e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

A Corte tem hoje sede em São José, Costa Rica. Contudo, conforme disposição do art. 58 da Convenção, os Estados-Partes da Convenção podem mudar a sede da Corte em Assembléia-Geral, por dois terços dos seus votos. Ainda, a Corte poderá realizar suas reuniões no território de qualquer Estado-membro da Organização dos Estados Americanos em que o considerar conveniente pela maioria dos seus membros e mediante prévia aquiescência do Estado respectivo.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é instância com características especialíssimas e foi reconhecida pelo Brasil através do Decreto-Legislativo nº 89/98. Por meio deste instrumento, estabeleceu-se sua competência obrigatória em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos, para os fatos ocorridos a partir da data do seu reconhecimento.

A Corte se reúne em sessões ordinárias e extraordinárias várias vezes ao ano, onde a sua Secretaria Executiva cumpre as instruções da Comissão Interamericana servindo de apoio para a preparação legal e administrativa de suas tarefas.¹⁶

7.1 A NORMA CONSTITUCIONAL

Com respeito às normas constitucionais é importante definirmos a sua relevância dentro do ordenamento jurídico, principalmente a sua superioridade em

¹⁶ PIOVESAN, Flávia; GOMES, Luiz Flávio. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 90.

relação às demais normas. A supremacia da norma se faz necessária para que tenhamos segurança e estabilidade mediante esta superioridade e imutabilidade.

Assim torna-se necessário o chamado *controle de constitucionalidade*, que é a principal função dos órgãos jurisdicionais. Daí decorrem do princípio da supremacia constitucional a reforma e o controle da constitucionalidade.

Segundo Valério Mazuolli o destaque sobre a supremacia das normas Constitucionais foram por demais ressaltados em 3 de dezembro de 2008, o ministro Celso de Mello, no RE 466.343-SP, onde se questionava a impossibilidade da prisão civil pela aplicação do Pacto de San José, modificou radicalmente sua opinião anterior (tal como expressa no despacho monocrático do HC 77.631-5/SC, publicado no DJU 158-E, de 19/8/1998, Seção I, p. 35), para aceitar esta tese acima exposta, segundo a qual os tratados de direitos humanos têm índole e nível de normas constitucionais no Brasil.

Mas a maioria dos ministros não acompanhou tal posição (que adotamos como correta), para acompanhar o voto vista do ministro Gilmar Mendes, que alocou tais tratados de direitos humanos no nível supralegal, isto é, abaixo da Constituição, mas acima de toda a legislação infraconstitucional.

Assim, no julgamento (histórico) do dia 3 de dezembro de 2008 prevaleceu no Supremo Tribunal Federal o voto do ministro Gilmar Mendes (por cinco votos a quatro), ficando afastado (pelo menos por enquanto) o posicionamento do ministro Celso de Mello, que reconhecia valor constitucional a tais tratados.

Como se percebe (e, sob esse aspecto, só temos o que comemorar), o STF não mais adota a equiparação dos tratados de direitos humanos às leis ordinárias. Porém, ainda que os tratados de direitos humanos tenham minimamente (voto do ministro Gilmar Mendes) nível supralegal no Brasil, a nova dúvida que deve assaltar o jurista (notadamente o internacionalista) diz respeito ao acerto desta tese.

Segundo sempre entendemos, qualquer tratado de direitos humanos ratificado pelo Brasil (independentemente do quorum de aprovação) tem índole e nível de normas constitucionais.

Contudo, como já dissemos, a nossa tese sobre o nível (materialmente) constitucional dos tratados de direitos humanos não aprovados pela maioria qualificada do art. 5º, § 3º, não foi adotada (ainda) pela maioria dos membros da nossa Suprema Corte. Mas a tese que defendemos (aceita no antológico voto do Min. Celso de Mello) é a que melhor se coaduna com a sistemática internacional de proteção dos direitos humanos, sendo por isso largamente aceita pela melhor doutrina.

A tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos não aprovados por maioria qualificada (defendida, *v.g.*, pelo ministro Gilmar Mendes, no RE. 466.343-SP) peca por desigualar tais instrumentos em detrimento daqueles internalizados pela dita maioria, criando uma “duplicidade de regimes jurídicos” imprópria para o atual sistema (interno e internacional) de proteção de direitos, uma vez que estabelece “categorias” de tratados que têm o mesmo fundamento ético.

Espera-se que o STF reveja sua posição e passe a adotar (como fez o Ministro Celso de Mello) a tese do nível constitucional dos tratados de direitos humanos, independentemente do quorum de aprovação congressual. Será este o momento em que o Brasil ficará lado a lado com os países que mais valor atribuem às normas internacionais de proteção e daqueles que sofrem menos condenações (por violações de direitos humanos) por tribunais internacionais.

7.2 O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

A Constituição - também conhecida por Lei Maior, Carta Magna, Lei Fundamental, entre outras denominações - é representada por um conjunto de normas e de princípios jurídicos a que todos devem submeter-se, inclusive o próprio Poder Público. A compatibilização constitucional das normas no nosso país se dá, em face do princípio da supremacia da Lei Fundamental, quando necessário, pela via do controle de constitucionalidade, pois nossa Constituição é escrita e rígida.

7.3 HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO DIREITO PÁTRIO

Nas palavras de Valério de Oliveira Mazzuoli¹⁷,

[...] dentro do sistema jurídico brasileiro, em que tratados e convenções guardam estrita relação de paridade normativa com as leis ordinárias editadas pelo Estado, a normatividade dos tratados internacionais permite, no que concerne à hierarquia das fontes, situá-los (como quer o STF) no mesmo plano e no mesmo grau de eficácia em que se posicionam as nossas leis internas. Essa é a posição já firmada e sedimentada pelo Supremo Tribunal Federal há mais de vinte anos, sem embargo de vozes atualíssimas a proclamar a supremacia dos tratados de direitos humanos, frente à Constituição Federal [...].

¹⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, n. 147, jul./set. 2000, p. 185-186.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, face da pesquisa desenvolvida, materializada neste trabalho, pode-se perceber que a concepção do direito nas sociedades contemporâneas, deve extrapolar o dogmatismo de um modelo fechado e enraizado numa visão inflexível de soberania.

O exemplo, por outro lado, é mais centrado na questão referente aos tratados anteriores à Emenda – e esta parece ser a questão problemática, tendo em vista o extenso rol de tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil – reflete bem o que alguns autores convencionaram chamar de “Crise da dogmática jurídica no Brasil”.

Dessa forma, a introdução do § 3º veio trazer, também, uma *preocupação jurídica* em relação a forma como foi integrada a CF/88, pois sendo paradigmada a EC. 45 apresentou um engessamento dos doutrinadores e legisladores.

Entendemos que estamos diante de uma situação de conflito quanto a forma que se encontram textualmente os §§ 2º e 3º do artigo 5º da CF/88, *porque regulamentam o mesmo assunto com poderes e efeitos diferentes*.

Portanto, frente da problemática do assunto e preocupação jurídica, trazidas pela EC 45, e a tese da supralegalidade atribuída pelo Supremo Tribunal Federal – STF referente aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos como normas materialmente constitucionais e, posteriormente, amparadas pela Súmula Vinculante nº 25, ficamos com uma preocupação jurídica maior.

Pela interpretação do parágrafo 2º do artigo 5º, em conjunto com o inciso III do artigo 1º e do inciso II do artigo 4º, da Constituição Federal de 1988, decorre a natureza de norma constitucional dos direitos enunciados nos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos.

Os Tratados Internacionais clássicos, a teor do artigo 102, III, "b", da Magna Carta, têm natureza de norma infraconstitucional.

Um dos princípios basilares do direito internacional dos direitos humanos é o da progressividade. Daí a inadmissibilidade de retrocesso, pelo direito pátrio, nesta matéria. O Direito Internacional e o Direito Interno devem interagir para a consecução de um fim maior, a proteção incondicional e irrestrita do ser humano.

9 CONCLUSÕES

- a) O § 2º do artigo 5º da CF/88, desde sua promulgação, já recepcionava os TIDH na sua plenitude e extensão.
- b) O parágrafo 3º, acrescido ao art. 5º, trouxe um retrocesso ao alcance do parágrafo 2º, desmerecendo os TIDH recepcionados antes da EC 45/2004;
- c) A preocupação jurídica define um olhar hermenêutico para o parágrafo 3º, porque este é controverso e sobreposto;
- d) A EC45 trouxe uma problemática ao assunto, pois deu status de Norma Supralegal aos TIDH, criando novo patamar na Pirâmide das Leis o que era, absolutamente, desnecessário;
- e) A EC45/2004 trouxe problemas que emergem e necessitam de tratamento compatível com o projeto de Estado Democrático de Direito assumido pelo Constituinte.
- f) A aprovação de TIDH é ato discricionário do Congresso Nacional e dependerá do seu julgamento conforme “*conveniência e oportunidade*, quando da análise em concreto, portanto, a forma discricionária reforça a tese do trabalho quanto a “problemática do assunto e preocupação jurídica”.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 25 out. 2008.

BRASIL **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. São Paulo: Saraiva, 2011.

COSTA, Willian César Nonato da. A hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro sob a ótica do neoconstitucionalismo. **Âmbito jurídico**. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php>>. Acesso em: 30 abr. 2012.

DALLARI, Pedro. Tratados Internacionais na EC 45. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora (Coord.). **Reforma do judiciário**. São Paulo: Método. 2005

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed. rev. atual. e esq. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Revista de derecho internacional y del mercosur**. Buenos Aires, 2009.

_____. **Supralegalidade das Normas Constitucionais**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. A incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, n. 147, jul./set. 2000.

MORAIS, José Luis Bolzan de. Direitos Humanos, Constituição e Direito Internacional. In: AGRA, Walber de Moura (Coord.). **Comentários à reforma do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PIOVESAN, Flávia; GOMES, Luiz Flávio. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 2. ed. p. 89, São Paulo: Max Limonad, 1997.

_____. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Disponível em: <<http://www.social.org.br/relatorio2002/relatorio033.htm>>. Acesso em: 29 abr. 2012.

ROBALDO, José Carlos de Oliveira. O Princípio da Supremacia da Constituição. **Universo Jurídico**, Juiz de Fora, ano XI, 17 dez. 2007. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/4680/o_principio_da_supremacia_da_constituicao>. Acesso em: 09 de mai. de 2012>. Acesso em: 29 abr. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Reforma do judiciário no Brasil pós/88: (des)estruturando a justiça - comentários completos à EC 45/04**. São Paulo: Saraiva, 2005.

TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora (Coord.). **Reforma do judiciário**. São Paulo: Método. 2005.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 14. ed. rev. e ampl. São Paulo. Malheiros, 1998.

VICENTE, Paulo; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Método, 2008.