



Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros

ISSN: 2237-2342 (impresso)

L-ISSN: 2178-2008 (on-line)

Ano I, Vol.I, n.04, out./dez., 2010.

Tramitação editorial:

Data de submissão: 30/10/2010.

Data de reformulação: 15/11/2010.

Data de aceite definitivo: 28/11/2010.

Data de publicação: 20/12/2010

PANORAMA ATUAL DO STATUS DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Marina Machado Forti¹

1- INTRODUÇÃO

Grande importância é dada à discussão sobre a luta em prol dos direitos humanos em todo o mundo. Não apenas pelos os governantes dos Estados, responsáveis pelo bem estar de seus governados e que têm a política como fundamento-mor de sua atividade; nem somente por aqueles que fazem uso da tutela destes direitos para a prática de assistencialismo (seja de cunho moral, seja calcado em uma missão religiosa).

É patente que a incessante busca da difusão da dignidade da pessoa e também da irradiação de valores do homem não são estranhos ao ordenamento jurídico. Os juristas complementam sua atuação sempre se voltando à plêiade de direitos desta natureza.

Em verdade, este panorama, decorrente dos direitos que são inerentes ao homem, uma espécie de fio condutor constantemente utilizado em todo o campo que envolve o direito, em suas normas e por todo o seu sistema por quaisquer dos operadores do direito.

Justamente neste arcabouço jurídico que se regula a relação entre o homem e seu meio, englobando também as relações com outros indivíduos e a sua inserção em sociedades, de onde surgem os maiores conflitos na seara dos direitos essenciais ao homem.

Algumas destas celeumas são de caráter eminentemente universal. Elas podem até mesmo ultrapassar as fronteiras delimitadas entre os Estados soberanos, não importando quais são suas formas de política, comunicação, economia e até mesmo desenvolvimento jurídico.

Este artigo se foca na designação de importância para o direito constitucional quanto a estes choques existentes entre as normas e as relações que são decorrentes da observância dos direitos humanos. Mais precisamente, relativas aos tratados internacionais, com as decorrências e reflexos que ensejam dentro do ordenamento brasileiro.

Portanto, o tema central deste artigo volta-se para a proposta de análise do estudo da Constituição de nosso país, verificando qual a conexão que possui o Estado Brasileiro com as temáticas de direitos humanos que foram levantadas por diversos países que com ele se relacionam através da assinatura de tratados de internacionais em geral.

¹ Especialista em Direito Público com ênfase em Direito Constitucional e em Direito Tributário. Advogada. Professora Universitária no curso de Direito na União das Escolas do Grupo Faimi de Educação – Mirassol – SP.

Para isso, abre-se um panorama: no que tange à delimitação do objeto de estudo, há a disposição de um tratamento especial de tutela que demandam estes direitos (por serem indissociáveis a todos os indivíduos) até a adoção pelo ordenamento brasileiro destas causas içadas por todos os países engajados na luta em prol da elevação de uma condição similar em dignidade para todos que residem nestes países.

Em princípio será delineado o perfil da Constituição Federal Brasileira promulgada em 08 de outubro de 1988 e, sobretudo, o relacionamento desta Carta Magna com a sistemática dos direitos fundamentais, zelados por ela.

Oportunamente será aberto espaço para a demonstração de suas principais alterações no tocante aos direitos fundamentais e sua relação com os direitos humanos, desde a sua promulgação, e essencialmente a modificação que condiz com a inserção da emenda constitucional 45 ao final do ano de 2004², que ensejou uma guinada junto ao entendimento quanto à incorporação dos tratados internacionais dentro do direito brasileiro.

Assim como precederá a discussão acerca dos vários entendimentos doutrinários que permeiam o tema, e como ponto alto, a delimitação sobre o *status* que adquirem estes tratados quando já imersos e no compasso dos preceitos e princípios das normas nacionais, com o entendimento que fora trazido pelo Guardião da Constituição, o Supremo Tribunal Federal.

Especialmente, será permeado este estudo quanto aos tratados sobre temas de direitos humanos, que passaram a receber diferenciada e especial proteção pelo legislador derivado ao inserir a supracitada emenda dentro da Carta Maior.

Cabe também não olvidarmos sobre referências a alguns tratados internacionais de direitos humanos que irradiam para o sistema jurídico brasileiro uma gama respeitável de direitos desta natureza.

Os reflexos da mencionada emenda e a discussão da “Era dos direitos³”, permitem o alargamento do questionamento sobre o tratamento que será dado aos antigos tratados de direitos humanos ratificados de modo simples, sem procedimento especializado, e a recentemente inserida *Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo*.

De suma importância é esta compreensão e fixação de limites, pois qualquer incorporação ou adoção de normas elaboradas por organismos externos, ou seja, quanto aos ditames que não foram elaborados pelo Poder Legislativo pátrio, terão de ser adequadas visto que tal anexação implicará tanto em modificação de relações jurídicas como em políticas diferenciadas dentro da nação brasileira.

E para a eliminação de eventuais conflitos de ordem temporal, territorial e hierárquica, a busca dos juristas voltou-se à análise da falha da emenda 45/2004 no tocante à ausência de disposições relativas à transição sobre o posicionamento destas normas advindas dos tratados internacionais, com técnicas interpretativas da doutrina e também do atual entendimento do Supremo Tribunal Federal.

² Conhecida esta emenda constitucional 45/2004 como a “Emenda de Reforma do Poder Judiciário”.

³ Menção honrosa à expressão atribuída a um dos maiores pensadores juristas da atualidade: Norberto Bobbio. Inclusive a expressão “A era dos direitos” intitula uma de suas obras que trata sobre a questão dos direitos do homem, contendo 11 artigos retirados de conferências realizadas pelo autor desde 1951.

2- A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988, OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS DIREITOS HUMANOS.

Neste artigo, parte-se da premissa que os termos *direitos fundamentais* e *direitos humanos* são utilizados na sistemática constitucional moderna para designar incidências e realidades muito próximas, quando relativas aos direitos do homem tão prestigiados⁴. Passam os autores a delimitar apenas que a primeira expressão é mais utilizada quanto ao âmbito interno na realidade jurídica de um país, enquanto a última relaciona-se ao parâmetro internacional dado aos direitos do homem.

Muito embora exista essa consideração, no presente trabalho considerar-se-á a sistemática dos direitos humanos enraizada na Constituição Federal sob a forma da mesma elaboração da proteção dos direitos fundamentais, que são irradiados para todo o sistema em sua máxima observância.

Intitulada de “constituição-cidadã”, a Constituição Federal de 1988, que foi promulgada em 05 de outubro daquele ano, trouxe uma série de inovações para a estrutura e ordem jurídica, embora não seja a primeira Carta a tratar da tutela dos direitos inerentes ao homem.

Traz a Carta Maior de 1988 uma técnica mais moderna, dedicando o Título II, denominado Dos Direitos e Garantias Fundamentais, e inserto neste tópico, o Capítulo I sobre Deveres Individuais e Coletivos. E é neste mesmo tópico que há menção ao tratamento nacional que é dado aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado Brasileiro, situado no art. 5º, §3º.

Em estudo sobre o ordenamento jurídico, o emérito jus-filósofo Norberto Bobbio⁵ realiza uma reflexão sobre o caráter das normas fundamentais que alinham a Constituição, como a norma das normas:

Dado o poder constituinte como poder último, devemos pressupor, portanto, uma norma que atribua ao poder constituinte a faculdade de produzir normas jurídicas: *essa norma é a norma fundamental.*(...) Note-se bem: *a norma fundamental não é expressa, mas nós a pressupomos para fundar o sistema normativo.* Para fundar o sistema normativo é necessária uma norma última, além da qual seria inútil ir. Posto um ordenamento de normas de diversas procedências, a unidade do ordenamento postula que as normas que o compõe sejam unificadas. Essa norma única não pode ser, senão aquela que impõe obedecer ao poder originário do qual deriva a Constituição, que dá origem às leis ordinárias, que, por sua vez, dão origem aos regulamentos, decisões judiciárias, etc. Se não postulássemos uma norma fundamental, não acharíamos o *ubi consistam*, ou seja, o *ponto de apoio do sistema*. E essa norma última não pode ser senão aquela de onde deriva o poder primeiro (grifos nossos).

Ademais, em análise preliminar, consoante aos pareceres dantes selecionados, a relação entre os direitos fundamentais e os direitos humanos (que se encontram arraigados dentro da Constituição Federal de 1988) deve conter um todo sistematizado e harmônico para que melhores resultados em aplicações e extensão de aplicabilidade destas espécies de direitos sejam alcançados.

⁴ Nesse sentido, cf.: Marcelo Novelino (NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2ª Ed. – São Paulo: Editora Método, 2008. p. 221); Guilherme de Almeida e Sílvia Apolinário (ALMEIDA, Guilherme Assis de; APOLINÁRIO, Sílvia Menicucci de Oliveira. **Direitos Humanos**. Série leituras jurídicas: provas e concursos; v.34. 1ª ed. – São Paulo: Editora Atlas, 2009. p. 42-43); Carlos Weis (WEIS, Carlos. **Os direitos humanos contemporâneos**. 1ª ed. 2ª tiragem – São Paulo: Editora Malheiros, 2006. p. 19).

⁵ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10ª ed. Brasília: UnB, 2006. p. 37.

Completam o raciocínio Vicente Paulo e Marcel Alexandrino⁶ que afirmam que o surgimento de diversos direitos fundamentais ao longo da história comprova serem eles uma categoria aberta e potencialmente ilimitada, que pode ser permanentemente ampliada pelo reconhecimento de novos direitos, à medida que se constate a sua importância para o desenvolvimento pleno da sociedade. (...) fica patente serem os direitos fundamentais uma categoria aberta, pois incessantemente completada por novos direitos; e mutável, pois os direitos que a constituem têm alcance e sentido distintos conforme a época que se leve em consideração.

Para que a observância de tais direitos essenciais ao homem seja prestigiada pelo ordenamento jurídico é necessário que se recorra a métodos de interpretação como os sugeridos pelo jurista Bobbio (descritos acima), com o objetivo a se chegar a um ponto de base entre as normas fundamentais. Também com o auxílio dos precedentes do Supremo Tribunal Federal⁷, tornar a solução contundente e eficaz para quem lida com a seara do estudo dos direitos fundamentais e de seus reflexos por toda a Carta de 1988.

3- OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS.

Visto que, o homem sempre se submeteu à dominação e ao controle, por muitos séculos – transitando entre sujeições aos monarcas, burgueses ou até mesmo quanto aos industriais – como forma de sobrevivência, percebeu o indivíduo somente uma maneira de obter um modo um pouco mais digno de conduzir sua vida: aprender a lidar com a opressão.

Encontrou o indivíduo como solução para tantos conflitos a possibilidade de modificar sua forma de organizar-se, através de inovações e revoluções em sua sociedade atrelada à política⁸ – e como reflexo, também passou a exigir melhorias em sua condição de vida.

Como forma de se alcançar a proteção de seus direitos fundamentais, lutas foram imprescindíveis. Como por exemplo, aconteceram choques ao final do século XVIII, em que houve clara

contradição entre o regime da monarquia absoluta, estagnadora, petrificada e degenerada, e uma sociedade nova tendente à expansão comercial e cultural (...) Essa contradição entre uma superestrutura atrofiada e uma sociedade progressista não poderia deixar de provocar uma crise muito grave na vida da nação.(...) A convocação dos Estados Gerais marca este momento⁹.

Em consonância, em outra vertente mais filosófica atrelada ao pensamento moral e religioso, segundo a doutrina francesa, é com base no pensamento cristão e na concepção de direitos naturais que se encontra a pedra angular, a inspiração dos direitos humanos e direitos fundamentais¹⁰.

⁶ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcel. **Direito Constitucional Descomplicado**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2007. p.106.

⁷ O Supremo Tribunal Federal, por expresse mandamento constitucional, é o guardião da Constituição. Vide o art. 102, *caput*, CF.

⁸ Pensamento do sociólogo francês Georges Gurvitch (1894-1966) sobre a realidade social (CRETELLA JÚNIOR. José; CRETELLA NETO. José. **1.000 perguntas e respostas de introdução à sociologia, de sociologia jurídica e de lógica jurídica**. 3ª ed. – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. p. 46).

⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2005. p.173.

¹⁰ SILVA, *Ibidem*. p.172.

Conjugada a inspiração filosófica cristã, como fonte remota, de um cristianismo primitivo (que pugnava pela libertação do homem) e não aquele influenciado pelos monarcas apoiados pelo alto clero. E também com as correntes disputas contra o poder e a dominação, o resultado não poderia ser diferente de uma profunda modificação de todo o arcabouço de um século onde imperava o despotismo e a pouca decência para a vida de cada cidadão.

E foi em meio da confluência de todas estas vertentes expostas que proclamações solenes, declarações de direitos, constituições e toda sorte de desenvolvimento jurídico nasceu eivado desta nova concepção de amparo aos direitos pertencentes a todos os homens, sem distinção.

Alguns antecedentes desta época anteriormente têm registro na história como o veto do tribuno da plebe contra ações injustas dos patrícios em Roma, a lei de Valério Públicola proibindo penas corporais contra cidadãos em certas situações até culminar com o Interdicto de Homine Libero Exhibendo, remoto antecedente do *habeas corpus* moderno, que o direito romano instituiu como proteção jurídica da liberdade¹¹.

Apesar de representarem grandes conquistas para a humanidade e essencialmente para o direito posto, estas medidas humanistas possuíam contorno limitado, somente agraciando a classe dominante, sem possuir o caráter igualitário tão almejado séculos mais tarde.

Antecedentes mais diretos e decisivos surgiram na Idade Média, com as diversas teorias do direito natural em associação com as primeiras filosofias humanistas que colaboraram com o surgimento dos primeiros pactos, forais e cartas de franquia¹².

É desta citada época, um dos mais céleres documentos da História do Direito, a *Magna Carta Inglesa* (1215 -1225). Ao lado do importante legado estão a *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Amendment Act* (1679) e o *Bill of Rights* (1688). Malgrado sejam instrumentos que fazem a representação de décadas de insurgências, eles não constituem declarações de direitos de caráter moderno que influenciaram o direito atual.

Os verdadeiros tratados sobre direitos humanos surgiram posteriormente, no século XVIII, com a queda da Idade Média e de todo o sistema de Monarquia Absoluta, principalmente com a eclosão das revoluções Americana e Francesa.

A primeira declaração de direitos fundamentais, em sentido de direito moderno que conhecemos, foi a *Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia* (1776), anterior à *Declaração de Independência dos Estados Unidos da América* – conhecida como *Bill of rights do povo americano*. Ambas foram inspiradas nas teorias de John Locke, Jean Jacques Rousseau e de Charles de Montesquieu, segundo narra o célebre Professor José Afonso¹³.

Fervilhavam os movimentos constitucionalistas nestes países, e no ano de 1789, inspirada pela Carta Americana, com a preparação dos revolucionários franceses aliados ao Estado Liberal, vem ao mundo jurídico a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*.

Proclama este magnífico texto de vanguarda os princípios que norteiam essencialmente diversas Constituições mundo afora, inclusive a brasileira, como o da

¹¹ SILVA, José Afonso da. *Op.Cit.* p.150.

¹² FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 33ª ed. p.12 *et. seq. apud* SILVA, José Afonso da. *Ibidem.* p.151.

¹³ SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.* p.153.

liberdade, da igualdade, da propriedade e da legalidade, ou seja, consagram essencialmente todas as garantias individuais liberais.

E mais recentemente, como forma de glorificação dos direitos humanos, compondo um sistema de proteção aos direitos humanos no período pós 2ª Guerra Mundial, marca-se o período com a proclamação *da Declaração Universal dos Direitos Humanos* pela Assembléia Geral das Nações Unidas na data de 10 de dezembro de 1948¹⁴.

Após este breve esboço histórico e verificada a tamanha importância destes documentos internacionais, é possível afirmar que não são meras formalidades acordadas por Estados Soberanos. Os tratados internacionais de direitos humanos são a fonte e ao mesmo tempo a porta de entrada da discussão quanto ao alargamento e irradiação da proteção dos direitos inatos e essenciais ao homem, relacionados aos direitos humanos (de forma externa) e aos seus direitos fundamentais (na ordem interna de um Estado).

4- O ESTADO BRASILEIRO E OS DIREITOS HUMANOS

Em diversos mandamentos da Carta Constitucional Brasileira há como imposição a observância dos direitos humanos que são consagrados especialmente no mundo ocidental, inclusive em relação aos ordenamentos jurídicos estrangeiros que influenciaram o brasileiro.

Especialmente inaugurando a Constituição Federal de 1988, o artigo 1º, que trata sobre os fundamentos da República Federativa do Brasil, tal preceito implicitamente encontra-se disposto no inciso III que trata sobre a *dignidade da pessoa humana*¹⁵.

O fundamento da dignidade da pessoa humana não é simplesmente um direito, mas essencialmente trata-se de um *sobre-direito pré-constitucional/ pré-estatal*. Existe a consagração do sobre-direito à dignidade da pessoa humana antes mesmo da existência da Constituição. Qualquer Constituição Moderna apenas mostra-se legítima quando reconhece o valor da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana é propriamente o conjunto de valores civilizatórios que são incorporados ao patrimônio da humanidade. A dignidade da pessoa humana independe de qualquer estatuto, de qualquer Constituição para se mostrar como obrigatória.

Há a retomada neste momento da doutrina de Immanuel Kant que estabelece a concepção moderna de dignidade da pessoa humana, como uma concepção humanista e universalista¹⁶ de tal valor.

¹⁴ O estudioso dos direitos humanos Carlos Weis afirma que tal documento exprime o “ponto de chegada do processo histórico de internacionalização dos direitos humanos como o traço inicial de um sistema jurídico universal destinado a reger as relações entre os Estados e entre estes e as pessoas, baseando-se na proteção e promoção da dignidade fundamental do ser humano”. (WEIS, Carlos. **Os direitos humanos contemporâneos**. 1ª ed. 2ª tiragem – São Paulo: Editora Malheiros, 2006. p. 21).

¹⁵ Art. 1º, Constituição Federal/1988 - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana; (...).

¹⁶ Explicação sobre a tradução do valor supremo da Dignidade da Pessoa Humana promovida pelo professor Marcelo Novelino (NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2ª Ed. – São Paulo: Editora Método, 2008. p. 205-213)

Concluindo que o Estado Brasileiro, em consonância a tal dispositivo e aferido seu valor, promove em suas políticas como um todo a irradiação da dignidade da pessoa, assegurando os direitos humanos a todos os indivíduos que compromete ele tutelar¹⁷.

Ultrapassada a análise do valor da dignidade da pessoa, urge mencionar que também há atenção aos direitos humanos pela Constituição quando da tratativa dos princípios que permeiam sua atuação internacional, tal qual exposto no artigo 4º, que menciona além da prevalência dos direitos humanos, também a colaboração do Estado para com o progresso da humanidade¹⁸.

Na ordem internacional, o Estado Brasileiro observará prontamente os tratados internacionais de direitos humanos, sem desligar-se do fundamento maior da Soberania que possui relativamente à sua ordem jurídica interna (art. 1º, I, CF/1988).

Assim, o Brasil uma grande nação - em extensão, cultura, economia e política democrática – mostra-se como um potencial Estado para participar de celebrações e acordos com outros Estados, de direitos em geral e especificamente de direitos humanos¹⁹.

Como os mencionados princípios do art. 4º não são exclusivos de proteção da Nação Brasileira, e sim, levantados por uma infinidade de países que comungam com esta nova ordem de premissas, natural é que a política brasileira posicionar-se para parte de diversos tratados que visem a implementação de tais preceitos. O Brasil nunca permaneceu alheio às movimentações sobre os tratados de direitos humanos. Desde a sua participação na tentativa de estabelecer uma sistematização para os tratados na Convenção dos Tratados em Havana, com as mudanças posteriores à Declaração de Direitos Humanos, juntamente com outros países da América, tentou colocar em prática estes novos posicionamentos dedicados aos direitos humanos.

Como exemplo, tal feito foi alcançado, no quadro pan-americano em 1969, na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, realizada em São José da Costa Rica, em 22 de novembro do mencionado ano, com a participação de 12 Estados. Teve este tratado sua entrada em vigor em 18 de julho de 1978, quando alcançou o quorum mínimo para aprovação, e ao início ao ano de 2005, já conta com a participação de 25 Estados participantes, repúblicas americanas. Sem dúvida nenhuma é o tratado de maior abrangência e relevância da qual o Brasil faz parte.

Sobre este importante tratado assinado em São José da Costa Rica dentro da evolução mundial sobre a tutela dos direitos humanos, é sabido que

ali se discriminam – no âmbito civil, político, econômico, social e cultural – direitos individuais situados entre aquela faixa elementar que concerne à vida, à integridade e à liberdade física, e aquela outra, de maior apuro, relativa à nacionalidade, propriedade privada, ao acesso das fontes da ciência e da cultura; (...) trata o pacto de dispor sobre a anterioridade na lei penal, e as condições de sua retroatividade; sobre as liberdades de consciência, de expressão e de culto confessional; sobre a proteção da honra e o direito de resposta; sobre os

¹⁷ Importante verificar que nesse caso, o entendimento que prevalece na doutrina constitucionalista moderna é o de que o Estado serve aos indivíduos que o compõem e não o contrário.

¹⁸ Art. 4º, Constituição Federal/1988 - A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...) II - prevalência dos direitos humanos; (...) IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; (...).

¹⁹ Hoje, o Estado Brasileiro é signatário de tratados de direito internacional, tendentes a serem reguladores de sua economia (como o Mercosul), acordos com outros entes soberanos e organizações internacionais como a ONU (Organização das Nações Unidas), a OIT (Organização Internacional do Trabalho), entre outras.

direitos políticos, de reunião e de associação; sobre os princípios da igualdade perante a lei; e sobre a proteção devida pelo Estado a seus nacionais e aos estrangeiros encontráveis no âmbito de sua soberania²⁰.

Salienta o professor Carlos Weis²¹ sobre o Pacto de São José da Costa Rica, que “apesar de o título remeter aos direitos humanos em geral, seu conteúdo trata, sobretudo dos direitos civis e políticos, restando aos econômicos, sociais e culturais apenas o art. 26”.

Importante é que muitas ratificações por cada Estado membro foram cercadas de reservas. O Pacto mesmo faz uma disposição sobre tempo e forma de inserção deste tratado, dentro de seu artigo 74, §1º, dizendo que o acordo encontra-se em aberto, sem limite de tempo, e que poderão integrá-lo todos os países membros da Organização dos Estados Americanos²².

Vistas as significantes mudanças da ordem brasileira depois da década de 70, o Brasil aderiu à Convenção de São José da Costa Rica em setembro de 1992 e, dez anos mais tarde²³, reconheceu a competência obrigatória da Corte designada por este tratado para “conhecer dos assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos...”, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos²⁴.

Os Estados Unidos da América ainda mantém-se fora do ajuste e pela política adotada, continuarão à sua margem. Argentina e México foram países que recentemente celebraram e ratificaram o tratado de direitos humanos mencionado.

Por fim, mas não menos importante, em meio ao artigo 5º da Constituição Federal, um dos mais completos róis de direitos do homem consagrados na História do Direito Brasileiro, estão duas disposições relativas aos direitos humanos.

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

§ 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.

§ 3º 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 (...).

Mais recentemente, com a edição da emenda constitucional 45 de 2004, um maior reforço adentrou à sistemática constitucional com a inserção do §3º junto ao art. 5º, Constituição Federal/1988, exposto acima que trata dos direitos e garantias fundamentais,

²⁰ REZEK, J.F. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 10ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2005. p.221-222.

²¹ WEIS, Carlos. *Op. Cit.* p.99.

²² Capítulo X - ASSINATURA, RATIFICAÇÃO, RESERVA, EMENDA, PROTOCOLO E DENÚNCIA - Artigo 74 - 1. Esta Convenção está aberta à assinatura e à ratificação de todos os Estados-membros da Organização dos Estados Americanos. (...).

²³ Decreto 4.463 de 8 de novembro de 2002 – promulga a declaração de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade (remete-se ao artigo 62 da Convenção de 1969).

²⁴ Ambas as Cortes compõem-se de sete personalidades, eleitos os membros da Comissão pela Assembléia Geral da OEA, para quatro anos de exercício, e os juizes da Corte, pelos Estados-Partes do Pacto, para seis anos.

inspirados pelas normas internacionais de direitos humanos que forem ratificadas pelo Estado Brasileiro.

Tal mandamento constitucional exposto no §3º, art. 5º, CF/1988, impõe a indagação sobre a necessidade de conciliação entre os princípios que norteiam a Constituição Brasileira com as regras do direito internacional²⁵.

É esta perspectiva que norteia este artigo sobre a Constituição de 1988 e a incorporação dos tratados internacionais, correlacionada com a abrangência dos direitos fundamentais §2º do art. 5º, CF/1988. Ou seja, é dentro da Carta Magna também que se consagra, pela primeira vez, a relevância destes tratados internacionais.

Se remetermos à Constituição anterior, de 1967, havia a disposição do artigo 153, §36, que dispunha que “a especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”.

Compatibilizando as duas normas, é cristalino que a Constituição atual inova ao incluir entre os direitos constitucionalmente protegidos os direitos enunciados nos tratados internacionais do qual o Brasil faça parte. Alarga-se a antiga garantia de observância de direitos e garantias genéricos que era exposto na CF/1967.

Estão imersos nesta categoria dos direitos fundamentais a observância dos tratados de direitos humanos, que possuem suas disposições veladas pelo texto constitucional. Leciona Flávia Piovesan²⁶ neste diapasão, ao afirmar que

a conclusão advém ainda da interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional (...). Os direitos internacionais integrariam, assim, o chamado “bloco de constitucionalidade”, densificando a regra constitucional positivada no § 2º do art. 5º, caracterizada como cláusula constitucional aberta.

Nesta esteira cediça também firma entendimento, o ex-presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos e também jurista de saber ilibado, Cañado Trindade²⁷ sobre o tema de direitos humanos que

é alentador que as conquistas do Direito Internacional em favor da proteção do ser humano venham a projetar-se no Direito Constitucional, enriquecendo-o, e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista.

²⁵ A relação entre Direito Internacional e Direito Interno no passado era fundamentalmente um interessante problema teórico que instigava os estudiosos do direito em debates puramente doutrinários: essa relação, hoje, transformou-se em um grande problema prático, primeiramente em face da crescente adoção de tratados, cujo escopo é não mais a relação entre Estados, mas a relação entre Estados e seus próprios cidadãos. [...] *A eficácia desses tratados depende essencialmente da incorporação de suas previsões no ordenamento jurídico interno* (grifos nossos).

(LEARY, Virgínia. **International Labour Conventions and National Law: the effectiveness of the automatic incorporation of treaties in national legal systems**. Boston: Martinus ijhoff Publishers, 1982, p.1 *apud* PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 8ªed. revista, ampliada e atualizada. – São Paulo: Saraiva, 2005. p.51).

²⁶ PIOVESAN, Flávia. *Op. Cit.* p.52-55.

²⁷ TRINDADE, Antonio Augusto Cañado. **A proteção internacional dos direitos**. p. 631 *apud* PIOVESAN, Flávia. *Ibidem*. p.53.

O festejado constitucionalista J. J. Gomes Canotilho²⁸ ainda participa do imenso leque de doutrinadores que somente vê com bons olhos estas inserções do direito estrangeiro dentro do ordenamento interno, pregando que

As constituições, embora continuem a ser pontos de legitimação, legitimidade e consenso autocentrados numa comunidade estadualmente organizada, devem abrir-se progressivamente a uma rede corporativa de metanormas.

Com a latente potencial de movimentação e relacionamentos que oportuniza a globalização, os problemas também se internacionalizaram. Assim como a busca para o equilíbrio e organização dos direitos humanos, inerente a todos, a proteção dos recursos que já se encontram escassos, o meio ambiente que também é partilhado direta ou indiretamente por todas as nações.

O constitucionalista português Canotilho ainda acrescenta que a tendência é a criação de “Estados de Direito Democráticos, Sociais e Ambientais” em plano interno; e Estados que são abertos aos outros, de forma a cooperar com os mesmos propósitos – inclusive os desígnios sobre os direitos humanos.

Trata-se de uma nova ordem, chamada pela doutrina de Constitucionalismo Global, que é composto não somente pelo clássico paradigma entre as relações Estado/povo, mas na forma expoente de um “Direito Internacional dos Direitos Humanos e na tendência da elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos”²⁹.

Não é razoável e nem aconselhável que o jurista interno, e principalmente o constituinte, feche os olhos para todas estas manifestações internacionais que certamente incidem o tempo todo sobre o ordenamento pátrio, e em especial, como se pode aferir de todo o exposto anteriormente, entendimento uníssono em toda a doutrina especializada.

É preciso que se instaure um mecanismo sem falhas que delimite qualquer inserção e utilização destes pressupostos de cooperação internacional para a prevalência dos direitos inerente ao homem que, apesar de advirem e serem instituídos por outro Estado, poderão mostrar-se como a solução de vários problemas coincidentes que em nosso país ocorrem.

5- A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS E O SEU STATUS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

Como foi mencionado no tópico anterior, a ordem internacional e a ordem interna dos Estados complementam-se, garantindo aos indivíduos que compõem determinada Nação, a melhor tutela de seus direitos inatos e essenciais.

De modo que, hoje sem a pretensão de com este trabalho apresentar o término de relevante discussão, demonstra-se que há algum tempo foi enraizado no ordenamento jurídico brasileiro o entendimento de que o sistema monista³⁰ fora o escolhido para delimitar a co-existência de instrumentos normativos nacionais e internacionais.

Por meio da teoria monista, entende-se que o direito que virá a compor a ordem jurídica de determinado Estado deverá seguir as imposições deste, e que os eventuais conflitos devem ser solucionados por uma norma de ordem interna de seu direito posto.

²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. p. 18 *apud* PIOVESAN, Flávia. *Op. Cit.* p.53.

²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. p. 1217 *apud* PIOVESAN, Flávia. *Ibidem*. p.54.

³⁰ RE 80.004/ SE – Sergipe – Relator: Ministro Xavier de Albuquerque – Data do Julgamento: 1º.06.1977.

Não obstante a existência deste famoso e tradicional julgado a que se faz remissão, de forma mais recente, na ocasião do julgamento de uma medida cautelar no bojo de uma ação direta de inconstitucionalidade³¹, o relator do acórdão, Ministro Celso de Mello propõe que se faça uma re-visita quanto às teorias sobre conflitos de normas no âmbito interno decorrentes de normas internacionais. Acaba o eminente jurista por optar, por ser uma melhor solução para o conflito existente entre as normas internas e internacionais, em adotar o dualismo moderado relativo ao sistema jurídico brasileiro³².

Não obstante o esforço do referido Ministro inclinando-se à mudança de posicionamento, e em decisão mais recente do Supremo Tribunal Federal, está o Recurso Extraordinário 297.901³³, que fora relatado pela Ministra Ellen Gracie, em data de julgamento exposta em 07 de março de 2006. Neste julgado em parte do voto proferido pela Ministra³⁴, opta o Tribunal pela utilização da corrente *monista moderada* novamente, citando inclusive o Recurso Extraordinário proferido em 1977.

O debate doutrinário e jurisprudencial sobre a relação entre as normas internas e internacionais não está nem perto de ser terminado e ainda suscitará muita divergência em academias de direito e Tribunais Superiores.

Ultrapassada a questão, junto à finalidade de elaboração deste trabalho, adotaremos a corrente que, ao que parece, predomina dentro do Supremo Tribunal Federal, a corrente *monista moderada*³⁵, em que há efetivamente conflito destas normas a ser solucionado e que os ordenamentos não somente se tangenciam, mas sim encontram

³¹ ADI-MC 1480 / DF - DISTRITO FEDERAL – Relator: Ministro Celso de Mello. Data do Julgamento: 04.09.1997.

³² (...) ADOÇÃO, CONCEPÇÃO DUALISTA MODERADA, DIREITO BRASILEIRO. - INEXISTÊNCIA, INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL, CONVENÇÃO, ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, REGULAMENTAÇÃO, EXTINÇÃO, RELAÇÃO DE TRABALHO, INICIATIVA, EMPREGADOR, FIXAÇÃO, REGRAS DE PROTEÇÃO, TRABALHADOR, DESPEDIDA ARBITRÁRIA (grifos nossos). (...) *É na Constituição da República - e não na controvérsia doutrinária que antagonizam os monistas e dualistas - que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro.* O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe - enquanto Chefe de Estado que é - da competência para promulgá-los mediante decreto. [...] *No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República.* Em consequência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política (grifos nossos) (...) ADI-MC 1480 / DF - DISTRITO FEDERAL – Relator: Ministro Celso de Mello. Data do Julgamento: 04.09.1997.

³³ RE 292.901/ RN – RIO GRANDE DO NORTE – Relatora: Ministra Ellen Gracie. Data do Julgamento: 07.03.2006. Órgão Julgador: Segunda Turma.

³⁴ (...) 2. Já no que se refere à sustentada supremacia da Convenção de Varsóvia, com relação ao Código de Defesa do Consumidor, observo que, no julgamento de conflito entre norma da Convenção de Genebra e o Decreto-Lei 427/69, o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu que leis internas posteriores revogam os tratados internacionais (RE 80.004, redator para o acórdão o Min. Cunha Peixoto, DJ 29.12.77). (...)

³⁵ Mencionado por Pedro Lenza, constitucionalista, como *Dualismo Moderado* (LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 14ª ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 493). Já o internacionalista Francisco Rezek, no sentido do último julgado do STF mencionado, diz que o ordenamento brasileiro inclina-se ao *Monismo Moderado*. (REZEK, J.F. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 10ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2005. p. 05).

pontos comuns e também controversos, que necessitarão de instrumentos para conviver harmoniosamente.

Para que haja a inserção de tratados no ordenamento pátrio, necessário se faz atender uma série de solenidades, pois o ingresso da legislação alienígena constitui mais que um fenômeno jurídico: é englobada também dentre a celebração dos tratados um caráter fundamental até mesmo de política internacional.

Acrescente-se que é neste acordo formal, consubstanciado em um tratado, formalizado entre Estados que surgem as normas coincidentes de proteção, desencadeando efeitos de direito, obrigações e prerrogativas³⁶.

E estas regras procedimentais valem também para os tratados de direitos humanos, pois mesmo que eles possuam ligeiramente as características de direitos fundamentais. Isto é, entende-se que não seguem isoladamente o §1º do artigo 5º da CF/88³⁷, pois não terão a eficácia imediata quanto a sua aplicabilidade estas normas dos tratados que se encaixarem como fundamentais caso não sejam inseridas ao ordenamento seguindo o rito de incorporação que lhe é cabido.

É imperativo que antes que seja o tratado admitido, de acordo com rito previamente estabelecido (inclusive pela Constituição Federal), deve haver o momento para que reservas sejam feitas, votos sejam proferidos, enfim, que ganhem formalmente o formato de elemento legislativo aceito pelo Estado Brasileiro.

Em simplificando a sistemática de admissão dos tratados, por uma perspectiva mais voltada aos temas de direito constitucional, são as quatro as fases existentes para que este documento internacional seja incorporado no ordenamento, que são as seguintes, a seguir enumeradas:

1) *Fase de celebração*: É uma fase internacional, de cunho político. São as tentativas de acordo realizadas entre o Chefe de Estado e de Governo ou ainda pelo Representante responsável³⁸ (para as organizações internacionais)³⁹. No Brasil a função cabe ao Presidente da República⁴⁰. Deve ele demonstrar a intenção do Estado brasileiro; comunicar que seu país tem interesse de fazer parte de determinado acordo internacional com o este com quem celebra o pacto internacional. Os internacionalistas chamam esta etapa de *fase da assinatura*.

2) *Fase de ratificação*: é a primeira fase nacional que existente nesse processo, com a necessidade de aprovação pelo Congresso Nacional, por meio de um decreto legislativo, com base em sua competência exclusiva (artigo 49, I, CF/88)⁴¹. O quórum para a aprovação é de maioria simples dos presentes na Casa Legislativa ao dia do sufrágio. Neste

³⁶ REZEK, J.F. *Op. Cit.* p.18.

³⁷ Art. 5º, Constituição Federal/1988 - § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. (...)

³⁸ No caso das organizações internacionais, o secretário-geral – ou o funcionário que, sob título diverso, encabeça o quadro administrativo da organização, é quem, via de regra, e sob a autoridade da assembléia geral, conclui seus tratados. REZEK, J.F. *Op. Cit.* p.38.

³⁹ As partes em todo tratado são necessariamente pessoas jurídicas de direito internacional público: tanto significa dizer os Estados soberanos – aos quais se equipara (...) a Santa Sé – e as organizações internacionais. *Idem.* p.18.

⁴⁰ Art. 84 - Compete privativamente ao Presidente da República: (...) VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;(...)

⁴¹ 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; (...)

momento ainda não há incorporação da norma aprovada. O conceito de ratificação é muito discutido pelos internacionalistas.

Professor Rezek ressalta que ademais a característica de ser um ato de governo (nacional como já dissemos) é também um ato internacional. Mas sua concepção se confunde com o depósito dos instrumentos de ratificação – fase posterior – pois insiste em ser a confirmação perante outras pessoas jurídicas de direitos das gentes, pois ao término da fase negocial (de celebração) esta aprovação ficara pendente⁴². Para os internacionalistas, em verdade os *parlamentos nacionais não ratificam tratados porque não têm voz exterior e nem se comunicam com Estados estrangeiros*, já que o ato de ratificar é em verdade uma extensão do primeiro ato iniciado pelo Chefe de Governo.

3) *Fase de troca ou depósito dos instrumentos de ratificação*: é uma volta do ato para o âmbito internacional. O Brasil demonstra para a Nação com a qual celebrou o tratado em primeira fase que efetivamente o ratificou dentro de sua Casa Legislativa. Não seria sensato que em tratados com vários signatários, o Estado que o ratificou devesse promover a ratificação perante cada Estado-parte. Por essa razão acontece o depósito do instrumento de ratificação em determinado país e em conseqüência, se dá a publicidade para os demais do armazenamento das disposições referentes à aprovação do tratado. É neste momento que se verificam a real natureza bilateral da celebração e a ratificação de tratados. Os países envolvidos trocam seus instrumentos de ratificação (por isso a natureza de ato bilateral). Se for o caso de um contrato multilateral, cada país deposita e demonstra a ratificação no local onde o tratado foi anteriormente celebrado pelo Chefe de Estado ou representante. Se muitos Estados, estes vêm preferindo que vários deles assumam a qualidade de depositário destes instrumentos⁴³.

4) *Fase de promulgação*: novamente o processo de incorporação fica a cargo de um procedimento nacional, desta vez, de competência exclusiva do Presidente da República, que o faz através de um decreto regulamentar⁴⁴. Como esta fase final coincide com qualquer edição de lei, em tese possuem estas normas, produto da promulgação do Presidente, o caráter de lei. Importante ressaltar que alguns tratados estabelecem número mínimo de ratificação pelos Estados-partes para atingirem validade e assim entrarem em vigor. Como demais normas, devem passar posteriormente por um controle de constitucionalidade para a demonstração de convivência harmônica do conteúdo do tratado com a Carta Maior.

6- A EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004, A VISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ultrapassado o tópico sobre a o mecanismo de incorporação das normas internacionais relativas a tratados por um país signatário, seguiremos o estudo sobre os reflexos destas incorporações, consistindo no apogeu finalístico do presente trabalho: as reais características e o *status* que passam a assumir as antigas normas recepcionadas pelo ordenamento antes da EC 45/2004 e o posicionamento atual do mandamento do art. 5º, §3º, CF/1988.

⁴² REZEK, J. *Op. Cit.* p.49.

⁴³ *Idem.* p.57.

⁴⁴ Art. 84, CF/1988 (...) - Compete privativamente ao Presidente da República: (...) IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução; (...)

A doutrina se manifestou sobre este fenômeno e inclusive já houve o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, considerado como o Guardião da Constituição Federal.

Senão vejamos a redação dada ao §3º, art. 5º, CF que trata da mencionada alteração e do assunto sobre a inserção dos tratados de direitos humanos:

Art. 5º, CF/1988 (...)

§ 3º 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.

O constitucionalista Oadi Lammego Bulos⁴⁵ chama a atenção para a eficácia desta norma que, em seu entendimento, mostra-se como plena e de aplicabilidade imediata. Para ele, parece que o legislador reformador, ao incluir o referido artigo, almejou criar um sistema onde não pairassem mais dúvidas no que se concerne à inclusão destas normas provenientes dos tratados internacionais de direitos humanos. Consequência do entendimento do *mandado de otimização (ou de maximização dos direitos fundamentais)* para o estudo dos direitos fundamentais, consubstanciado no art. 5º, §1º, CF/1988⁴⁶.

Outra parte da doutrina⁴⁷ faz menção a dois requisitos que devem ser preenchidos para que se proceda a correta convivência destas normas externas sobre direitos humanos e o ordenamento constitucional pátrio:

a) Requisito formal: os tratados têm de ser aprovados através de votação por quorum de maioria qualificada, como se emendas constitucionais fossem. O quorum qualificado está tão-somente presente para reforçar a natureza do tratado propiciando uma “constitucionalização formal” dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico⁴⁸;

b) Requisito material: os respectivos tratados têm de abordar o conteúdo sobre direitos humanos, não admitindo o *status* de emenda constitucional quando versarem sobre assuntos econômicos, de cooperativas, etc., que a contrário senso, estarão delimitados a serem qualificados como normas infraconstitucionais.

É também a lição do constitucionalista J.J.Gomes Canotilho que acendeu os rumos de nossa atual Constituição quanto à peculiaridade das normas destes tratados de direitos humanos serem elevados à condição acima da lei ordinária:

A paridade hierárquico-normativa, ou seja, o valor legislativo ordinário das convenções internacionais deve rejeitar-se pelo menos nos casos de convenções de conteúdo materialmente constitucional (exs: Convenção Européia de Direitos do

⁴⁵ BULOS, Oadi Lammego. **Constituição Federal Anotada**. 6ª edição, revista, atualizada e ampliada até a emenda constitucional n. 45/2004. São Paulo: Editora Saraiva, 2005. p.418.

⁴⁶ Princípio bem explicitado por Ingo Sarlet que demonstra que “a melhor exegese da norma contida no art. 5º, §1º, de nossa Constituição é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocamente principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de otimização (ou maximização). (NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3ª Ed. – São Paulo: Editora Método, 2008. p. 256).

⁴⁷ Nesse sentido, cf.: Flávia Piovesan (PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 8ªed. revista, ampliada e atualizada. – São Paulo: Saraiva, 2005. p.70-77); Francisco Rezek (REZEK, J.F. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 10ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2005. p. 102).

⁴⁸ PIOVESAN, Flávia. *Op. Cit.* p.72.

Homem, Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais)⁴⁹.

Ou seja, para esta parcela da doutrina enquanto preenchidos os dois requisitos – tanto o formal quanto o material – será considerado o tratado de direitos humanos como já recepcionado e emenda fosse, ao passo que os demais tratados internacionais permaneceriam com força de norma infraconstitucional.

Contudo, nem o entendimento de auto-aplicabilidade do tratado de direitos humanos que foi ratificado antes da EC 45/2004 (fundamento no art. 5º, §1º, CF) nem o que leva em consideração o preenchimento do requisito material dos tratados de direitos humanos, que foram adotados pelo Supremo Tribunal Federal. Senão vejamos o que fora decidido recentemente pela Corte Suprema.

Antes da Emenda Constitucional 45/2004, o STF já se questionava na tentativa de estabelecer com qual qualidade as normas de direitos humanos consubstanciadas em tratados seriam inseridas no ordenamento jurídico brasileiro. Era o entendimento do STF que a inclusão das normas de direitos humanos se faria como se *normas infraconstitucionais* fossem:

Os compromissos assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte (§2º do art. 5º da CF) não minimizam o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração da sua Constituição; por esta razão, o art. 7º, n. 7, do pacto de São José da Costa Rica ('ninguém deve ser detido por dívida'; 'este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar') *deve ser interpretado com as limitações impostas pelo art. 5º, LXVII, da Constituição (grifos nossos)*⁵⁰.

Após a emenda, com mais ânimo tomou-se a contenda, essencialmente para a discussão da figura do depositário infiel. Como é sabido, em termos de prisão civil decorrente de dívida em nosso país, admite-se apenas a restrição da liberdade nos casos de dívida de alimentos e quanto àquele que é infiel como depositário de determinado bem, como é disposto na Constituição Federal de 1988⁵¹.

Posteriormente, tornou-se notório, desde a edição do decreto que efetivamente inseriu o Pacto São José da Costa para atuação paralela às demais normas brasileiras, o artigo inserido sobre a proibição de prisão por dívida da figura do depositário infiel a contrário senso⁵².

Como tanto a doutrina, como a jurisprudência, da época de inserção deste tratado, não havia firmado posicionamento fortalecido em argumentos convincentes e emanados em decisões que deveriam enraizar a interpretação sistemática, ambos os dispositivos coexistiam, tanto o inciso LXVII do artigo 5º da Carta Magna que pregava pela possibilidade de prisão civil do depositário infiel, como o preceito do Pacto de São José da

⁴⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. p. 1217 *apud* PIOVESAN, Flávia. *Ibidem*. p.59-60.

⁵⁰ STF, DJU 20 set. 1996, HC 73.044-2/SP, Rel. Min. Maurício Correa. Vide tb. STF, DJU 29 jun. 2001, RE 302.624-1/MG, Rel. Min. Moreira Alves.

⁵¹ Art. 5º, CF/1988 - (...) **LXVII** - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel; (...).

⁵² Artigo 7º, Pacto San José da Costa Rica - Direito à liberdade pessoal (...) 7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar. (...)

Costa Rica que vedava expressamente qualquer prisão decorrente de dívida que não fosse a de caráter alimentício.

A celeuma se reacendeu significativamente com a edição da referida emenda e seu parágrafo acrescido ao artigo 5º, já mencionados no capítulo anterior.

Assim, iniciou-se julgamento dentro do Recurso Extraordinário nº 466.343/SP⁵³, em seu bojo sendo discutida a questão da constitucionalidade da prisão por dívida no caso de alienação fiduciária. Aproveitou-se o Supremo para trazer à baila o questionamento⁵⁴ junto à inserção dos tratados de direitos humanos já que a principal defesa dos indivíduos que tentam livrar-se do cerceamento de sua liberdade calca-se dentro do tratado internacional de direitos humanos firmado em São José da Costa Rica.

A jurista Carmen Tiburcio⁵⁵ afirma em seu artigo sobre o tema que o Ministro Gilmar Mendes reitera sua orientação contrária a prisão civil, dada tanto neste *habeas corpus* acima mencionado, como no julgamento do recurso extraordinário que ainda não foi encerrado.

E o Ministro ainda corrobora sua fundamentação neste voto perante o remédio constitucional em que sustenta o caráter especial e diferenciado dos tratados de direitos humanos. “Assim, como o Pacto de São José só permite a prisão civil no caso do devedor de alimentos, não seria admissível no Brasil a prisão do depositário infiel”⁵⁶.

⁵³ A Lei nº 4.728/65, com redação dada pelo art. 1º do Decreto-lei nº 911/69, determinou a equiparação do devedor fiduciante ao depositário infiel. Assim, a questão resume-se a saber se a lei ordinária pode criar outras hipóteses de cabimento de prisão civil por dívida, além daquelas previstas diretamente pela Constituição.(...) O STF, inicialmente, julgava possível a prisão civil do devedor fiduciante, já que a legislação ordinária o equipara ao depositário: (...) Ao que tudo indica, porém, está em curso no STF uma mudança na sua posição original. No julgamento do RE 466.343/SP, em que se discute a constitucionalidade da prisão civil por dívida no caso da alienação fiduciária, o Relator Ministro Cezar Peluso votou pela inconstitucionalidade da legislação ordinária, afirmando que não há afinidade entre o contrato de depósito e o de alienação fiduciária. Acompanharam o relator os Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Marco Aurélio. Já foi alcançada a maioria absoluta da Corte, portanto, embora o julgamento tenha sido interrompido por pedido de vista do Ministro Celso de Mello. (TIBURCIO, Carmen. **Comentário: O STF e a prisão civil por dívida.** Luis Roberto Barroso e Associados - Boletim de Direito Internacional – nº83 – Julho e Agosto de 2007. p.6)

⁵⁴ Foi mencionado o questionamento posteriormente dentro do julgamento do *Habeas Corpus* nº 90.172/SP: (...) Habeas Corpus. 1. No caso concreto foi ajuizada ação de execução sob o nº 612/2000 perante a 3ª Vara Cível de Santa Bárbara D'Oeste/SP em face do paciente. A credora requereu a entrega total dos bens sob pena de prisão. 2. A defesa alega a existência de constrangimento ilegal em face da iminência de expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente. Ademais, a inicial sustenta a ilegitimidade constitucional da prisão civil por dívida. 3. Reiterados alguns dos argumentos expendidos em meu voto, proferido em sessão do Plenário de 22.11.2006, no RE nº 466.343/SP: *a legitimidade da prisão civil do depositário infiel, ressaltada a hipótese excepcional do devedor de alimentos, está em plena discussão no Plenário deste Supremo Tribunal Federal.* No julgamento do RE nº 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, que se iniciou na sessão de 22.11.2006, esta Corte, por maioria que já conta com sete votos, acenou para a possibilidade do reconhecimento da inconstitucionalidade da prisão civil do alienante fiduciário e do depositário infiel. 4. Superação da Súmula nº 691/STF em face da configuração de patente constrangimento ilegal, com deferimento do pedido de medida liminar, em ordem a assegurar, ao paciente, o direito de permanecer em liberdade até a apreciação do mérito do HC nº 68.584/SP pelo Superior Tribunal de Justiça. 5. Considerada a plausibilidade da orientação que está a se firmar perante o Plenário deste STF - a qual já conta com 7 votos - ordem deferida para que sejam mantidos os efeitos da medida liminar (grifos nossos) (...).*Habeas Corpus* nº 90.172 – São Paulo – 2ª turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, unânime, j. 05.06.07, DJ 17.08.07, p.91.

⁵⁵ TIBURCIO, Carmen. *Op. Cit.* p.7.

⁵⁶ TIBURCIO, Carmen. *Op. Cit.* p.8.

Mais além foi o Ministro Marco Aurélio, quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº 87.585/TO, que deixou nítido seu entendimento quanto à inserção do referido Pacto de direitos humanos em nosso ordenamento, descrito no informativo nº 477 do Supremo Tribunal Federal de 20 a 31 de agosto de 2007, para conduzir à ineficácia da norma disposta no art. 5º, LXVII, CF/1988⁵⁷.

Assim, a tendência de julgamento entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal parecia se inclinar em favor da inserção na qualidade de *status* constitucional dos tratados de direitos humanos – essencialmente ao pacto São José da Costa Rica.

Malgrado tenha parecido que a Corte Suprema, por estes votos esparsos dos seus Ministros tenham sido proferidos, se voltaria a introduzir tais normas de direitos humanos que foram aprovadas e ratificadas antes da emenda 45/2004, sem o quórum qualificado como normas constitucionais⁵⁸, tal entendimento não foi o que prevaleceu.

O STF acabou por decidir a questão sobre a inserção dos tratados humanos anteriormente à edição da EC 45/2004 por meio do supracitado RE 466.343 e também no RE 349.703. Pacificou-se a questão optando pelo posicionamento do Ministro Gilmar Mendes, para consagrarem-se estas normas com o *status da supralegalidade*.

Ou seja, aprovadas as normas de tratados de direitos humanos pelo quórum simples (regramento anterior à EC 45/2004 que insere o §3º ao art. 5º, CF/1988), tais normas devem ser consideradas como *infraconstitucionais*, não possuindo o condão de incompatibilizar o direito constitucional posto; e ao mesmo tempo *supralegais*, atributo que daria força à promoção de sua supremacia frente às normas legais simplesmente⁵⁹.

Pela aferição do julgado, o STF em resultado de 5 votos contra 4 votos, em 03 de dezembro de 2008 decidiu que os tratados e as convenções que versem sobre direitos humanos, quando *não incorporados nos moldes do art. 5º, §3º, CF*, possuirão *status de norma supralegal*⁶⁰.

Repercutiu o julgamento, mais especificamente acerca da questão do depositário infiel e sua impossibilidade na edição da súmula vinculante nº 25, promovendo a depreciação de toda a matéria infraconstitucional que trata sobre o assunto: *súmula vinculante 25 - É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito*.

⁵⁷ (...) Entendeu que a circunstância de o Brasil haver subscrito o Pacto de São José da Costa Rica, que restringe a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, conduziria à inexistência de balizas visando à eficácia do que previsto no art. 5º, LXVII, da CF, dispositivo este não auto-aplicável, porquanto dependente de regulamentação, por texto legal, acerca dessa prisão, inclusive quanto ao seu período. Concluiu, assim, que, com a introdução do aludido Pacto no ordenamento jurídico nacional, restaram derogadas as normas estritamente legais definidoras da custódia do depositário infiel. (...)

⁵⁸ Inclusive tal entendimento é encontrado no parecer sobre a *Reforma do Judiciário*, enunciada pela EC 45/2004, dado pela deputada federal Zulaiê Cobra, que refere que “buscando efetividade da prestação jurisdicional, acolhemos também a sugestão do Ministro Celso de Mello...no sentido da outorga explícita de hierarquia constitucional aos tratados celebrados pelo Brasil, em matéria de direitos humanos, à semelhança do que estabelece a Constituição argentina (...)”. (LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 14ª ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 494).

⁵⁹ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 14ª ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 499.

⁶⁰ Houve inclusive mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal que entendi que tais normas possuiriam a qualidade de apenas *normas infraconstitucionais*, semelhantes às leis, em relação ao ordenamento jurídico brasileiro.

Ultrapassada a questão acerca do *status* das normas dos tratados de direitos humanos que foram inseridas anteriormente à emenda constitucional 45/2004, a doutrina mostra como foi reconhecido o disposto no art. 5º, §3º, CF/1988 como norma *constitucional* por inclusive o país já ter promulgado o *Decreto nº 6.949*, de 25 de agosto de 2009, que insere *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*, e de seu *Protocolo Facultativo*, que foram assinados em Nova York em 30 de março de 2007⁶¹.

Este tratado internacional de direitos humanos já constava como aprovado desde a elaboração do *decreto legislativo nº 186/2008*, e essencialmente foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, por obedecer às formalidades e qualificações de votos do art. 5º, §3º, CF/1988 como norma constitucional.

Concluindo que o Supremo Tribunal Federal poderia ter agraciado os direitos humanos tutelados pelas normas de tratados internacionais atribuindo a estes instrumentos o *status* de emenda constitucional, passando a englobar o bloco de constitucionalidade.

No entanto, mesmo que tenha a maioria dos Ministros se posicionado um tanto aquém das expectativas dos estudiosos dos direitos humanos, relevante se faz congratular o reformador constitucional, ao inserir mandamento na Constituição do art. 5º, §3º, CF, constantemente mencionado neste trabalho.

Percebendo a universalidade dos direitos humanos urge que o operador do direito não se esquive de contemplá-los da forma mais abrangente possível. Para isso, devida observância e aplicação aos interesses e garantias dos indivíduos deve ser dada a eles.

O ordenamento jurídico pátrio deve servir ao enaltecimento dos direitos humanos já que, como inatos ao indivíduo e antecedentes àquele, devem ser tutelados com maior razão por todos aqueles que se encontram na posição real de efetivação desta conhecida “Era dos Direitos”.

7 - BIBLIOGRAFIA CITADA

ALMEIDA, Guilherme Assis de; APOLINÁRIO, Silvia Menicucci de Oliveira. **Direitos Humanos**. Série leituras jurídicas: provas e concursos; v.34. 1ª ed. – São Paulo: Editora Atlas, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10ª ed. Brasília: UnB, 2006.

BULOS, Oadi Lammego. **Constituição Federal Anotada**. 6ª edição, revista, atualizada e ampliada até a emenda constitucional n. 45/2004. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

CRETELLA JÚNIOR. José; CRETELLA NETO. José. **1.000 perguntas e respostas de introdução à sociologia, de sociologia jurídica e de lógica jurídica**. 3ª ed. – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 14ª ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2ª Ed. – São Paulo: Editora Método, 2008.

⁶¹ LENZA, Pedro. *Op. Cit.* p. 494.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcel. **Direito Constitucional Descomplicado**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2007.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 8ªed. revista, ampliada e atualizada. – São Paulo: Saraiva, 2005.

REZEK, J.F. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 10ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2005.

TIBURCIO, Carmen. **Comentário: O STF e a prisão civil por dívida**. Luis Roberto Barroso e Associados - Boletim de Direito Internacional – nº83 – Julho e Agosto de 2007

WEIS, Carlos. **Os direitos humanos contemporâneos**. 1ª ed. 2ª tiragem – São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

Referência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):

FORTI, Marina Machado. Panorama atual do status dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros**, Brasília-DF, Instituto Processus, ano 01, edição 04, out./dez. 2010. Disponível na Internet: http://www.institutoprocessus.com.br/2010/revista-cientifica/edicao_4/7_edicao4.pdf. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx.