

Os Tratados Internacionais e a Emenda Constitucional nº 45

*Paulo Maycon Costa da Silva**

1. Proposta de trabalho. 2. Ainda sobre as doutrinas monistas e dualistas. 3. Da experiência dogmática brasileira e sua orientação anterior a EC 45/2004. 4. Direção consignada no texto constitucional em vigor. 5. Considerações finais.

1. Proposta de trabalho

Promulgada a Reforma do Poder Judiciário, a Emenda Constitucional nº 45 inseriu inúmeras mudanças no texto constitucional. Fora consignado o princípio constitucional da celeridade processual, a quarentena dos Juizes, a criação do Conselho Nacional de Justiça, a súmula vinculante de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, entre outras alterações, todas colimando a efetividade da prestação do serviço jurisdicional.

Nessa pequena meditação jurídica, nos propomos a comentar o dispositivo inserido no § 3º, do art. 5º da Constituição Federal, referente à força normativa dos tratados internacionais¹ sobre direitos humanos, tecendo comentários em torno da evolução jurídica dessa temática da teoria do direito. Passamos então a sua análise.

2. Ainda sobre as doutrinas monistas e dualistas

As normas do ordenamento jurídico tendem a ter o seu âmbito espacial de aplicação coincidente com os limites do território do Estado. Dissemos tendem porque esta

* Estudante do 7º período do Curso de Direito da Universidade Estadual do Rio Grande do Norte, Monitor da Disciplina Direito Administrativo I, Estagiário da Procuradoria da República no Estado do Rio Grande do Norte.

¹ Segundo a Enciclopédia Saraiva do Direito, o vocábulo tratado é de origem latina *tratatus*, participio de *tracto, tractare*. E na terminologia do direito internacional público, designa ato solene ou contrato, pelo qual dois ou mais Estados firmam um convênio, um acordo, ou um ajuste, estabelecendo entre si negócios, ou

correlação não é absoluta. Não poucas vezes os Estados legislam para fatos e pessoas no estrangeiro, assim como, de outra parte, não recusam a aplicação do direito estrangeiro no seu próprio território. A chamada territorialidade da ordem jurídica de cada Estado tem plena significação no que diz respeito à execução de medidas coercitivas. Com efeito, nenhum Estado tolera que outro devesse-lhe as fronteiras a fim de, por força própria, praticar atos de coerção em seu território. São múltiplas as situações hoje passíveis de serem conhecidas pela jurisdição de um país apenas, assim como terem diversas leis passíveis de serem aplicáveis².

No desiderato de propor soluções à alusiva problemática, foi que os internacionalistas desenvolveram teorias a esse propósito. Trata-se do dualismo e do monismo jurídico.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso “o tema do conflito entre as normas internacionais e a ordem interna evoca duas grandes correntes doutrinárias que disputam o melhor equacionamento da questão: o dualismo, pregado no âmbito internacional por Triepel e Anzilotti e seguido no Brasil por Amílcar de Castro, e o monismo, concepção desenvolvida por Hans Kelsen e seguida no Brasil pela maior parte da doutrina, inclusive Valladão, Tenório, Celso D. de Albuquerque Mello e Marotta Rangel”³.

A doutrina dualista, também entendida como paralelismo do Direito público, considera o Direito Internacional e o Direito interno como dois sistemas jurídicos igualmente válidos, todavia distintos, independentes e separados. Conforme ensinança de Barroso, o dualismo fora lançado na Alemanha por H. Triepel, foi adotado na Inglaterra por L. Oppenheim e na Itália por D. Anzilotti, difundindo-se, posteriormente, por meio de inúmeros adeptos, principalmente elementos da diplomacia e da política, interessados em manter livre a atuação utilitarista dos Estados na ordem internacional, ou com reflexos nesta⁴.

Por sua vez, as concepções monistas defendem o princípio da unidade entre Direito Internacional e Direito Interno, como um bloco único de regras jurídicas, integradas

realizando operações de interesse comum e de natureza jurídica, política, social ou econômica (coordenação do Prof. R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977, Tomo 74, p. 427.).

² BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 79.

³ *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 15.

⁴ BOSON, Gerson de Brito Melo. *Direito Internacional Público*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 136.

num vasto sistema normativo. Não há duas ordens jurídicas estanques – como afirmam os dualistas - , cada uma válida exclusivamente na sua órbita, mas um só mundo jurídico, coordenado, eficaz, regendo o conjunto das atividades sociais dos indivíduos e das coletividades⁵.

A propósito, ensina Luís Barroso que “o monismo jurídico afirma, com melhor razão, que o direito constitui uma realidade, um sistema, e que tanto o direito internacional quanto o direito interno integram esse sistema. Por assim ser torna-se imperativa a existência de normas que coordenem esses dois domínios e que estabeleçam qual deles deve prevalecer em caso de conflito. Kelsen admite, em tese, o monismo com prevalência da ordem interna e o monismo com prevalência da ordem internacional, embora seja partidário deste último. A superioridade do direito internacional sobre o direito de cada Estado foi afirmada, desde 1930, pela Corte Permanente de Justiça Internacional”⁶.

Nota-se, compulsando a doutrina publicista⁷, que em alguns textos constitucionais subsiste previsão acerca do sistema adotado pela ordem jurídica daquele país.

Por exemplo, as constituições da França de 1958 e da Holanda de 1983 apontam positivamente no sentido da superioridade do direito internacional, com as seguintes dicções:

“Constituição Francesa, art. 55. “Os tratados ou acordos regulamentares ratificados ou aprovados têm, a partir de sua publicação, uma autoridade superior à das leis, desde que respeitadas pela outra parte signatária” (“Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie”).

“Constituição da Holanda, art. 94: “As disposições legais em vigor no Reino deixarão de se aplicar quando colidirem com

⁵ Idem, p. 138.

⁶ Ob. cit. p. 16.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 17.

disposições de tratados obrigatórias para todas as pessoas ou com decisões de organizações internacionais”⁸.

No entanto, conforme adverte Luís Roberto Barroso *apud* Jacob Dolinger, a verdade na ordem jurídica desses países é que a jurisprudência restritiva dos tribunais tende a neutralizar essa supremacia formal, salvo quanto ao direito comunitário europeu, que tem desfrutado de primazia sobre o direito interno⁹.

Ao seu turno, nos Estados Unidos, a jurisprudência, de longa data, considerou os tratados e convenções internacionais incorporados ao direito interno, na interpretação dada ao art. 6º, 2ª seção, da Constituição, comenta Barroso¹⁰.

Lembra o ex-Ministro Carlos Veloso em artigo de doutrina, que “nos Estados Unidos da América, o tratado equipara-se à lei federal, prevalecendo, entretanto, sobre a legislação dos Estados-membros. Assim tem entendido a jurisprudência da Suprema Corte, interpretando o art. VI, 2, da Constituição norte-americana, que define as leis e os tratados, juntamente, como suprema lei do País, *supreme law of the land*”¹¹.

3. Da experiência dogmática brasileira e sua orientação anterior a EC 45/2004

No Brasil inexistia previsão constitucional concernente à força normativa dos tratados internacionais ratificados pelo Executivo e ratificado pelo Congresso. Apenas estava consignado no texto constitucional que “os direitos e garantias expressos nesta

⁸ Traduções colhidas na obra citada nesse trabalho da lavra do professor Luís Barroso.

⁹ Com maestria comenta Celso D. de Albuquerque Mello: “Quanto ao Direito Comunitário ele tem sido visto como um ramo do Direito Internacional Público com características próprias, por exemplo, a supranacionalidade, a cessão de competências soberanas à comunidade. Ele é considerado uma categoria especial dentro da ordem jurídica dos Estados-membros. Esta é a posição da Corte de Justiça das Comunidades Européias”(Direito Constitucional Internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 325).

¹⁰ Ob. cit. p. 17. Comenta ainda o ilustre professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, que aos atos internacionais adequadamente aprovados pelo Congresso norte-americano reconhece-se o mesmo nível das leis federais, de forma tal que o posterior prevalece sobre o anterior. Paradoxalmente, segue o comentário dizendo que, na prática, o direito internacional é freqüentemente privilegiado, por força de uma atitude de deferência dos tribunais americanos, que somente consideram derrogados os atos internacionais quando veja evidente a intenção do Legislativo nesse sentido.

¹¹ Os tratados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a.41, n. ° 162, abr./jul. 2004, p. 36.

Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa seja parte”¹².

Comenta Pinto Ferreira que a origem desse dispositivo no direito constitucional pátrio remonta à Constituição Federal de 1891, notadamente no art. 78 segundo o qual “a especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna”¹³.

Em razão disso, coube a doutrina, bem como a jurisprudência constitucional assinalar qual a orientação pátria a respeito dos sistemas acima comentados.

Nosso “Tribunal Constitucional”¹⁴, adotou uma espécie de monismo moderado¹⁵. Conforme aponta Luís Roberto Barroso, a “orientação da mais alta Corte é a do monismo moderado, em que tratado se incorpora ao direito interno no mesmo nível hierárquico da lei ordinária, sujeitando-se ao princípio consolidado: em caso de conflito, não se colocando a questão em termos de regra geral e regra particular, prevalece a norma posterior sobre a anterior”¹⁶.

No conflito de fontes interna e internacional, no estágio anterior a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, que cuidou da Reforma do Poder Judiciário, o mestre Barroso assinalava numa síntese bastante elucidativa que, primeiramente, “os tratados internacionais são incorporados ao direito interno em nível de igualdade com a legislação ordinária. Inexistindo entre o tratado e a lei relação de hierarquia, sujeitam-se eles à regra geral de que a norma posterior prevalece sobre a anterior. A derrogação do tratado pela lei não exclui eventual responsabilidade internacional do Estado, se este não se valer do meio institucional próprio de extinção de um tratado, que é a denúncia”

Em segundo lugar, “o tratado celebrado na vigência de uma Constituição e que seja com ela incompatível, do ponto de vista formal (extrínseco) ou material (intrínseco), é inválido e sujeita-se à declaração de inconstitucionalidade *incidentur tantum*,

¹² Art. 5º, § 2º, redação essa anterior à promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004.

¹³ *Comentários à Constituição Brasileira*, 1º Volume. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 219.

¹⁴ Muito embora o Supremo Tribunal Federal tenha como função precípua a jurisdição constitucional, o STF não pode ser considerado uma Corte Constitucional na expressão técnica do termo, visto que este órgão também exerce uma função de Jurisdição de 3º grau do Poder Judiciário brasileiro, a teor do art. 102, inciso III, da Lei Maior.

¹⁵ Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, há paridade entre a norma brasileira de produção doméstica e a norma brasileira de produção internacional (Carlos Veloso. Ob. cit. p. 43).

por qualquer órgão judicial competente, sendo tal decisão passível de revisão pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário. O tratado que se encontrar em vigor quando do advento de um novo texto constitucional, seja este fruto do poder constituinte originário ou derivado, será tido como ineficaz, se for com ele incompatível”¹⁷.

Observa-se, todavia, que parcialmente essa orientação fora suprimida com a Emenda Constitucional nº 45, promulgada em 8 de dezembro de 2004.

4. Direção consignada no texto constitucional em vigor

Com efeito, prevê o atual art. 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988 que “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”.

Essa nova redação revogou a retro mencionada direção jurisprudencial, segundo a qual os tratados¹⁸, quando ingressos na ordem jurídica nacional, ostentam força normativa de lei ordinária. Dispõe agora o texto maior que os referidos tratados, quando versarem sobre direitos humanos, ganham estatura de norma constitucional, devendo passar por semelhante processo legislativo previsto para as emendas constitucionais, para entrarem em vigor.

Todavia, convém anotar posição externada pelo grande Ministro Paulo Sepúlveda Pertence¹⁹, notadamente, no julgamento da medida cautelar na ADIn 1675-1, assinalando que os tratados internacionais sobre direitos humanos celebrados pelo Estado Brasileiro, antes da promulgação da Carta de 1988, possui força de dispositivo constitucional.

¹⁶ Ob. cit., p.19.

¹⁷ Ob. cit. p. 33.

¹⁸ Na acepção de Rezek tratado é todo acordo formal concluído entre os sujeitos de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos (*Direito Internacional Público*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 14).

¹⁹ José Afonso da Silva em sua novel obra (*Comentário Contextual à Constituição*, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 179) esclarece que: “Parte da doutrina – que tinha meu apoio – sustentava que essa incorporação se dava já com qualidade de norma constitucional; outra entendia que assim não era, porque esses acordos internacionais não eram aprovados com o mesmo quorum exigido para a formação de normas constitucionais”.

Nesta ADIn, a despeito de ter sido voto vencido no julgamento da cautelar na ADIn 1480-3, Pertence apresenta a questão da interpretação do art. 5º, § 2º, demonstrando que a doutrina contemporânea tende a atribuir *status* constitucional aos tratados internacionais de direitos fundamentais. Lembrou o relator, entretanto, que o Supremo adotou entendimento contrário a essa tendência no julgamento da medida cautelar na ADIn 1480-3²⁰.

Incontinente, afirmou o Ministro em seu voto, que os tratados incorporados ao direito pátrio antes da Constituição vigente têm *status* de norma constitucional e aponta, numa clara tendência humanista, que os tratados internacionais de direitos humanos, mesmo que não constitucionalizados, devem ter valor de "poderoso reforço à interpretação do texto constitucional que sirva melhor à sua efetividade"²¹, isto porque, segundo o relator, esses tratados decorrem da mesma preocupação de proteção dos direitos fundamentais que rege a Constituição vigente.

Perfilhando dessa cognição, propugnada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, o legislador reformista através da Emenda Constitucional nº 45, como dito, deixou agora expressamente consignada no texto constitucional que os tratados internacionais sobre direitos humanos são incorporados ao ordenamento pátrio com maturidade constitucional.

A propósito, lembra Daniel Mesquita, em seu lapidar trabalho monográfico sobre o assunto, que "o referido dispositivo decorre de uma preocupação não apenas brasileira, mas de vários países da América Latina (Guatemala, Peru e Argentina, p. ex), que modificaram suas Constituições no final do século XX para proteger, com maior efetividade, os direitos humanos"²².

Em homenagem ao debate jurídico, convém registrar pensamento do Prof. Valério de Oliveira Mazzuoli, defendendo, em seu ponto de vista, que antes mesmo da promulgação da EC 45/04, "todos os tratados internacionais de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil é parte têm índole e nível materialmente constitucionais na exegese do § 2º do art. 5º da Constituição de 1988, mas apenas terão os efeitos de

²⁰ MESQUITA, Daniel Augusto. *Incorporação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos ao Ordenamento Jurídico Brasileiro: Interpretação da Constituição Federal pelo Supremo Tribunal Federal e Consequências da Emenda Constitucional 45/2004 na Proteção dos Direitos Fundamentais*. Instituto de Direito Público de Brasília. 2004, p. 9/10.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn 1675-1. Relator Sepúlveda Pertence. Acórdão 24.09.1997. DJ 19.09.2003. Disponível da internet <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 13 de janeiro de 2006.

equivalência às emendas constitucionais (ou seja, somente integrarão formalmente a Constituição, com os consectários que lhe são inerentes)”. Encerrando em sua assertiva, ao dizer que “além de o novo § 3º do art. 5º da Constituição não prejudicar o *status* constitucional que os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil já têm de acordo com o § 2º desse mesmo artigo, ele também não prejudica a aplicação imediata dos tratados de direitos humanos já ratificados pelo nosso país no futuro, consoante a regra do § 1º do art. 5º da Constituição, que nem remotamente autoriza uma interpretação diversa”²³.

5. Considerações finais

Destarte, nota-se que o parágrafo inserido pela sobredita Emenda Constitucional, traduz um avanço na ordem jurídica nacional concernente à proteção dos direitos humanos. Dúvida, porém, subsiste quanto aos tratados preexistentes a essa mudança²⁴. Por exemplo, o Pacto de San José da Costa Rica não reconhece a prisão do depositário infiel, entretanto, não fora ratificado pelo Brasil nesse ponto, consoante pronunciamento do Supremo Tribunal Federal no HC 73.044-SP²⁵. Nos parece, dessarte, que à luz do novo texto magno pertinente ao assunto tal orientação deverá ser revista.

²² Idem, p. 10.

²³ O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a.42, n.º 167, jul./set. 2005, p. 111.

²⁴ Valerio Mazzuoli entende que essa dúvida não existe, afirmando que “os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil podem ser imediatamente aplicados pelo Poder Judiciário, independentemente de promulgação e publicação no *Diário Oficial da União* e independentemente de serem aprovados de acordo com a regra no novo § 3º do art. 5º da Carta de 1988” (sic). Idem, p. 111.

²⁵ Nos seguintes termos, o Supremo, invocando a supremacia da Constituição em relação à convenção assentou que: 1. A constituição proíbe a prisão civil por dívida, mas não a do depositário que se fura à entrega de bem sobre o qual tem a posse imediata, seja o depósito voluntário ou legal (art. 5º, LXVII). 2. Os arts. 1º (art. 66 da Lei n. 4.728/65) e 4º do Decreto-lei n. 911/69, definem o devedor alienante fiduciário como depositário, porque o domínio e a posse direta do bem continuam em poder do proprietário fiduciário ou credor, em face da natureza do contrato. 3. A prisão de que foi declarado, por decisão judicial, como depositário infiel é constitucional, seja quanto ao depósito regulamentado no Código Civil como no caso de alienação protegida pela cláusula fiduciária. 4. Os compromissos assumidos pela República Federativa do Brasil em tratado internacional de que seja parte (CF, art. 5º, § 2º) não minimizam o conceito de sobremaneira do Estado-povo na elaboração da sua Constituição; por esta razão, o art. 7º, n. 7, do Pacto de San 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. (Cf. BARROSO, Luís Roberto. Ob. cit., p. 32-33.

Não obstante a evolução dessa dogmática, ainda observa-se que a Constituição Federal não acolheu a tese do reconhecimento irrestrito dos tratados internacionais sobre os direitos humanos, porquanto o próprio dispositivo em análise prevê a realização de uma espécie de referendo pelo Congresso Nacional, consubstanciado na exigência de sua aprovação, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros.

A esse respeito, o renomado mestre José Afonso da Silva disparou críticas ao afirmar que “entendia-se que essa incorporação era automática, diferentemente do que ocorre com outros tipos de tratados e acordos internacionais, dependentes sempre de referendo congressual e ratificação governamental para sua eficácia interna. Essa questão precisa ser repensada em face desse § 3º, porque a exigência de um *quorum* qualificado para referendo congressual dos tratados e convenções de direitos humanos, para que tenham natureza constitucional formal, implica reconhecer que esses ajustes internacionais dependem, para ingressar no ordenamento interno referendo do Congresso Nacional e ratificação do Poder Executivo, como qualquer tratado e acordo internacional – o que é uma pena, porque a incorporação automática, como direito constitucional, seria uma forma de destacar seu valor para além das circunstâncias de lugar e de tempo”²⁶.

Nesse sentido, com bastante lucidez, Daniel Mesquita encerra prelecionando que “a alteração constitucional não contribuiu para o sistema de proteção dos direitos fundamentais no Brasil. A uma, porque se confirmou a interpretação do STF ao § 2º do artigo 5º, a duas, porque fez surgir a possibilidade de se criar uma categoria de direitos humanos mais importante e outra menos importante, a três, porque a integração de um tratado internacional com um quorum de três quintos dificilmente (ou nunca) ocorrerá na prática”²⁷.

À guisa de conclusão, reconhecemos o avanço da natureza normativa que revestirá os tratados internacionais versados sobre direitos humanos, desencadeado a partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 45, porquanto serão efetivamente considerados como normas constitucionais. Contudo, persiste a crítica enunciada por José Afonso da Silva, Daniel Mesquita e Valerio Mazzuoli, quanto à desnecessária formalidade do processo de incorporação, o que poderá, inclusive, conforme adverte Mesquita,

²⁶ *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 179.

admitirmos em nossa Carta Política, a existência de direitos humanos de categorias mais ou menos importante.

Foram essas as considerações nessa rápida incursão sobre os tratados internacionais e a Emenda Constitucional nº 45, de acordo com a proposta por nós assumida inicialmente.

²⁷ Ob. cit., p. 16.