

A incorporação dos tratados sobre direitos humanos na Constituição Federal: dos direitos naturais à Emenda Constitucional n. 45/2004

Astrid Heringer¹

Sumário: Considerações iniciais. 1 Antecedentes históricos. 2 Uma definição de direitos fundamentais. 3 Das declarações de direitos à integração destes na constituição. 4 A constitucionalização dos direitos naturais. 5 Recepção dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro. 6 A proteção os direitos fundamentais no Brasil – art. 5º, 2º, Constituição Federal de 1988. 7 A interpretação do Supremo Tribunal Federal. 8 Consequências da emenda 45/2004 na proteção aos direitos fundamentais. Considerações finais. Referências.

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo verificar, em primeiro lugar, a dicotomia existente entre direitos naturais, humanos e fundamentais. Num segundo momento, verificar qual a forma de tratamento dada no Brasil aos tratados de direitos humanos e qual a teoria a que se filia o país. Por fim, verifica-se a dimensão desses tratados pela Constituição Federal e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto à matéria, antes e depois da Constituição de 1988, bem como a partir da edição da Emenda Constitucional n. 45 de 2004. Finaliza-se com a conclusão de que, embora a teoria adotada na Constituição de 1988 seja a monista, em função do entendimento do STF o seu tratamento passa a ser dualista. No entanto, a Emenda Constitucional 45 deu maior importância a estes tratados a partir de 2005. O método de abordagem adotado foi o hermenêutico e indutivo.

Palavras-chave: Incorporação, tratados, direitos humanos

Abstract: The present work has as objective to verify, in first place, the existing dichotomy between natural laws, human and basic. At as a moment, to verify which the form of treatment given in Brazil to treated to human rights and which the theory the one that if filia the country. Finally, it is verified dimension of this treated for the Federal Constitution and positioning to the Superior Federal Court how much to the substance, before and after the Constitution of 1988, as well as from the edition of constitutional emendation n. 45 of 2005. It is finished with the conclusion of that, even so the theory adopted in the Constitution of 1988 either the monista, in function of the agreement of the STF its treatment starts to be dualista. However, Constitutional Emendation 45 gave to greater importance to these treat ones from 2005. The adopted method of boarding was the inductive and hermeneutic.

Key-words: Incorporation, treated, human rights

Considerações iniciais

O objetivo do presente trabalho consiste em investigar o tratamento

¹ Professora do Curso de Direito da URI e de programas e Pós-Graduação Lato sensu em Direito. Mestre em Integração Latino-Americana pela UFSM. Doutoranda do Programa de Doutorado em Direito Público da Universidad de Salamanca, Espanha. Autora do livro Propriedade Industrial no Contexto Internacional, Editora Juruá, Curitiba, 2002. Membro do grupo de pesquisa Novos Direitos na Sociedade Globalizada.



dado, no Brasil, aos tratados de direitos humanos, levando em conta o desentendimento demonstrado, tanto pela legislação e a sua interpretação pelo Supremo Tribunal Federal, quanto pela doutrina especializada no assunto.

Antes de analisar o tema exposto, faz-se uma digressão sobre os conceitos de direitos naturais, humanos e fundamentais.

A motivação para tal estudo encontra respaldo na recente modificação do tratamento do tema através da Emenda Constitucional 45 de 2005. A emenda procurou devolver aos tratados de direitos humanos o lugar de destaque reservado a esses nas constituições dos países mais desenvolvidos e também procurando adequar-se à moderna doutrina sobre o tema. A modificação põe em choque a interpretação dada pelo STF de que esses tratados devem seguir a orientação dos demais, de diferentes matérias, que obrigaria a internalização dos mesmos através de dois processos internos, não bastando apenas o decreto do Executivo, como determina o art. 5º, parágrafo primeiro, da vigente Constituição.

A leitura do artigo poderá conduzir à compreensão de que os tratados de direitos humanos devem ter aplicabilidade imediata por dizerem respeito aos direitos fundamentais do cidadão, assegurados não somente no texto da atual Constituição, como também em seu parágrafo 2º, que reforça a supremacia desses tratados quando a sua proteção seja maior do que a conferida pelo ordenamento pátrio.

1 Antecedentes históricos

A idéia de que existem direitos do homem além da própria lei ou da autoridade remonta à Antiguidade. Nikken cita o exemplo clássico de Sófocles: “[...] la respuesta de Antígona al reproche de Creón por haber enterrado a su hermano en contra de su prohibición. Antígona respondió afirmando que habia ceñido su actuación a leyes no escritas e inmutables del cielo”².

No plano filosófico, esta idéia de respeito aos direitos do homem está presente em Sêneca, segundo o qual é impossível pensar que a escravidão aprisione o homem inteiro, pois a melhor parte do ser escapa à escravidão. Enquanto o corpo

pertence ao amo, a alma é por natureza livre e pertence a si mesma³.

Manifestação em mesmo sentido pode-se constatar em Epicteto, ao discorrer sobre a fraternidade entre os homens e a igualdade entre os escravos, afirma que se constitui em “una moralidad sublime y ultraterrena; en una situación en la que el primer deber del hombre es resistir al poder tiránico. Seria difícil hallar algo más confortador”⁴.

Como antecedentes dos direitos humanos, é indispensável citar também o pensamento cristão e, com ele, a afirmação da defesa radical dos direitos do ser humano, considerado como uma criação à imagem e semelhança de Deus. Decorre daí o entendimento de que, se todos os seres humanos são filhos do mesmo Pai, todos têm direito de um tratamento igualitário. Ressalve-se, no entanto, que nenhuma dessas idéias foi fonte inspiradora ou utilizada pelas instituições políticas ou jurídicas existentes na Antiguidade ou na Idade Média.

Dentro da história constitucional do Ocidente, o primeiro documento significativo que estabelece limitações ao poder do Estado frente a seus súditos foi a Carta Magna de 1215. Essa declaração, juntamente com o instituto do *Habeas Corpus* de 1679 e o *Bill of Rights* de 1689, constituem-se nas principais declarações precursoras das modernas declarações de direitos existentes em todo o mundo.

2 Uma definição de direitos fundamentais

Partindo-se de uma retrospectiva sobre os entendimentos incipientes na história sobre direitos humanos, chega-se ao moderno conceito de direitos fundamentais.

A utilização da expressão “direitos fundamentais” é relativamente recente na história do Direito Constitucional. Não é, como se poderia imaginar, que os direitos fundamentais, através dessa expressão, surgem no mesmo momento de criação do Estado Constitucional europeu. Ao contrário, nascem depois.

A utilização do termo, tal como o conhecemos hoje, passou a ser utilizado posteriormente à primeira Guerra Mundial, reafirmando-se após a segunda Grande



Guerra. Deste momento surge a incorporação gradativa do regime internacional de proteção dos direitos humanos.

A Alemanha, através do termo *Grundrechte*, utiliza a sua versão de direitos fundamentais na Constituição de 1848. Os direitos fundamentais do povo alemão são um dos elementos marcantes daquela que foi considerada a constituição mais “radicalmente liberal” e com certa “projeção democrática” de todo o século XIX. Esse dado é importante para o esclarecimento da significação dos direitos fundamentais, pois eles só poderão existir quando preexiste o princípio da soberania popular.⁵

A expressão foi utilizada por pouco tempo, uma vez que a vigência dessa Constituição foi bastante curta. O termo voltou a ser utilizado na Constituição de Weimar, após a segunda Guerra Mundial, na conhecida 2ª parte chamada “Direitos fundamentais e deveres fundamentais dos alemães”. O termo volta a ser utilizado, desta vez na primeira parte da Lei Fundamental de Bonn, em 1949. A partir daí a expressão definitivamente consolida-se no direito alemão, bem como essa denominação passa a ter destaque e referencial, ganhando “dimensão europeia”, conforme Peter Häberle. Dentre as constituições que adotam essa terminologia está a Constituição Espanhola de 1978.⁶

Mas como se explica que a alguns direitos tenha se acrescentado o adjetivo “fundamentais”?

3 Das declarações de direitos à integração destes na Constituição

As declarações de direitos são documentos que externam os direitos à sociedade. As declarações de direitos mais emblemáticas que temos são as de 1776 e de 1789. A primeira é um marco na independização das 13 colônias americanas em relação à sua metrópole e também o início de uma nova forma de organização política. Já a segunda declaração representa o descontentamento e ruptura com o Antigo Regime e o nascimento do Estado Constitucional no continente europeu.

O que pretendiam essas declarações era a definição constitucional e identificação da população de cada um desses estados: é isso o que pretendem as

declarações de direitos, a identificação dos indivíduos que compõem um determinado Estado em cidadãos.

Em muitas outras constituições, anteriores a essas declarações de direitos, houve a utilização dos termos “direitos e liberdades”, mas essas expressões apenas se aplicavam à parte da população que possuía tais privilégios, sendo que grande parte dela ficava excluída de participação em tais direitos. Portanto, nesse caso, o direito é restrito, não sendo aplicável a toda a população de um território.

Essa idéia reforça o entendimento de que os direitos consagrados nesses diplomas legais não são direitos individuais e sim direitos que pertencem a determinadas corporações.

As declarações de direito do final do século XVIII pautam-se na teoria do contrato social, de Thomas Hobbes. Essa teoria, assim como as que a sucederam, de Locke e Rousseau, baseia-se nos pressupostos de que os direitos dos indivíduos são naturais e que o Estado é um ente artificial.

Essa concepção existe porque os indivíduos são iguais por natureza e, portanto, livres para decidir sobre o que fazer. Nessa condição os seres humanos são titulares de todos os direitos, sem limitação alguma, o que caracteriza o estado da natureza.

Se todos os seres humanos são iguais e dispõem de liberdade, que falta faz o Estado? Hobbes pergunta: Por que não pode haver “paz sem sujeição”?

Hobbes mesmo responde: *homo homini lupus*. Na natureza humana, com homens que dispõem de todas as liberdades, existem elementos que conduzem a uma constante guerra de todos contra todos. A solução contra essa possível guerra civil permanente é a imposição de um Estado que, minimamente, garanta o uso dos direitos naturais a todos os homens, de forma pacífica. É o que Hobbes denomina como contrato social.⁸

Assim, o Estado é o mal necessário que os homens devem aceitar para, pacificamente, poder desfrutar de seus direitos naturais. Nesta transição, é necessário que os indivíduos ganhem mais do que estão abrindo mão. Assim, todos devem abrir mão somente daqueles direitos estritamente necessários para a consecução do



Estado, conservando todos os demais.

Por essas idéias é que se inspiraram as declarações de direitos americana, de 1776, e a francesa, de 1789, e que as trazem presentes no decorrer dos seus textos.

Assim, o *Bill of Rights* de Virgínia, de 12 de junho de 1776, expressa perfeitamente esta idéia:

Todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes e têm certos direitos inerentes, dos quais, quando entram num estado social, não podem privar ou retirar a sua posteridade mediante nenhum contrato; concretamente o desfrute da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir propriedade e perseguir e alcançar a felicidade e a segurança.⁹

A Declaração Francesa também objetiva transmitir a idéia da declaração americana, reafirmando o propósito de que todos os homens têm direito ao desfrute de seus direitos naturais, cabendo ao Estado apenas a tarefa de dizê-los, reconhecê-los e respeitá-los, já que são indisponíveis para o Estado. Constituem-se, então, como uma lembrança aos indivíduos de quais são os seus direitos e seus deveres para viver em sociedade.

As declarações de direitos são textos pré-constitucionais, uma vez que apenas explicitam os direitos naturais, sem a preocupação de impor garantias a esses direitos. A tarefa de impor garantias aos direitos naturais incumbe às constituições, não simplesmente a declaração. A Constituição que se limita a declarar direitos nada acrescenta e nada oferece ao cidadão, uma vez que deixa ausente a forma de garantir o cumprimento desses, que se dá através do reconhecimento das garantias no texto constitucional. O Artigo 16 da Declaração Francesa proclama que “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada e a separação de poderes não está determinada, não tem constituição”.

Chega-se, então, ao momento da constitucionalização dos direitos naturais.

Hodiernamente fala-se na evolução dos direitos fundamentais em gerações. Com isso dimensionam-se cada uma de suas fases em direitos abrangidos.

Os direitos de primeira geração são os de liberdade, que correspondem

aos direitos individuais. Na segunda geração de direitos, contemplam-se os direitos de igualdade, com os quais se torna possível a proteção de toda a coletividade. Os de terceira geração representam a universalidade. A quarta geração abarca os direitos originários da globalização política e econômica.

4 A constitucionalização dos direitos naturais

Uma definição do significado de direitos humanos inicia pelo questionamento acerca de quais direitos o indivíduo tem pessoalmente, e também convivendo numa comunidade¹⁰. Essa interpretação tem variado ao longo dos tempos, uma vez que o estudo e a proteção dos direitos humanos na esfera internacional tem o caráter de apresentar um desenvolvimento irremediavelmente progressivo, um caminho sem volta, conforme pensa Nikken¹¹.

Os direitos fundamentais correspondem à fase mais avançada do processo de positivação dos direitos naturais nos textos constitucionais do Estado de Direito, processo que tem como ponte intermediária de conexão os direitos humanos.¹²

Faz-se necessário o esclarecimento entre os conceitos de direitos humanos e direitos fundamentais.

Vimos que os direitos naturais são aqueles inerentes à própria pessoa e que dela não se afastam seja qual for o Estado a que pertença um determinado indivíduo. No entanto, a vida em comunidade impõe a limitação desses direitos, de modo que alguns desses direitos naturais poderão sofrer limitações pela necessidade de convívio social entre os homens. Essa, portanto, constitui-se numa primeira fase, como vimos acima.

Já as expressões *direitos humanos* e *direitos fundamentais* têm sido utilizadas muitas vezes como sinônimas e são freqüentes as tentativas da doutrina em estabelecer alcances e limites para as mesmas. No entanto, conforme entendimento de Perez Luño¹³, a expressão direitos fundamentais tem o condão de designar os direitos positivados internamente por um Estado, ao passo que os direitos humanos representam a positivação em declarações e tratados internacionais dos chamados direitos naturais. Javier Jiménez Campo¹⁴ destaca ainda que os direitos fundamentais



devem ter aplicabilidade imediata, e de nada servem se no texto constitucional não estiverem presentes as garantias para a sua efetividade.

Os direitos fundamentais gozam de uma dupla função na esfera jurídico-política. A primeira delas refere-se à função de proteção, pois os direitos fundamentais nasceram como instrumento de salvaguarda do indivíduo frente aos poderes públicos, em qualquer nível. Há também a função de legitimação, cujo alcance é de que os direitos fundamentais servem como critério para distinguir o justo do injusto; o Estado só existe para proteger os direitos fundamentais, conforme o entendimento de Díez-Picazo.¹⁵

A doutrina brasileira, por sua vez, entende que as expressões direitos humanos e direitos fundamentais são “utilizadas para denominar uma mesma realidade, no caso, a referente aos direitos fundamentais do Homem”¹⁶. Segundo Cançado Trindade, os direitos humanos “antecedem os direitos dos Estados; de que o poder estatal deriva da vontade do povo; e de que a justiça prima sobre o direito estatal positivo”¹⁷.

Dalmo Dallari afirma que “a expressão ‘direitos humanos’ é uma forma abreviada de mencionar os direitos fundamentais da pessoa humana. Esses direitos são considerados fundamentais porque sem eles a pessoa humana não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida”.¹⁸

Independentemente da questão terminológica adotada, verifica-se que esses direitos pertencem ao homem, são inalienáveis desde a sua origem, independentemente do modelo de Estado adotado em qualquer período. Esse entendimento existe desde o jusnaturalismo moderno, iniciado com Hugo Grocio, juntamente com as primeiras declarações de direitos humanos dos séculos XVII e XVIII¹⁹. Portanto, existem desde a sua origem como direitos naturais do homem. Com as declarações de direitos, passam a ser corporificados, e chamados por alguns de direitos humanos a partir do momento em que são assim declarados nos acordos internacionais. Chamam-se fundamentais quando reconhecidos pelas constituições de cada um dos estados ou quando ocorre a internalização daqueles tratados.

Há, então, um processo que significa tão-somente o reconhecimento de

que o indivíduo possui direitos que lhe são inerentes, desde a existência, e que do indivíduo nunca se afastam, independentemente do Estado e da organização política deste, a que pertença. São inatos ao indivíduo.

Diante da constante violação desses direitos inatos dentro de um determinado território e Estado a que o indivíduo pertença, torna-se impossível prever ou acreditar que esse mesmo Estado terá condições de aplacar a violência que ele mesmo produz. Daí que se torna necessária a criação de outros mecanismos, extra-estatais, responsáveis por indicar um limite mínimo, ou uma declaração mínima desses direitos. Assim se apresentam as declarações de direitos, conforme vimos acima.

Essas declarações compreendem o esforço conjunto de diversos países em criar um denominador comum na indicação desses direitos relacionados com a dignidade da pessoa humana, a liberdade e igualdade que não tenham sido alcançados nos estatutos jurídico-positivos.

Deve ser evidente no direito interno de qualquer país a necessidade de proteção integral e efetiva dos direitos humanos, tendo em vista sempre aplicar a lei que mais proteja os indivíduos que tiveram seus direitos violados ou em risco de violação. Cançado Trindade advoga o “direito de proteção” do indivíduo. Para ele, isso não significa sobrepor o direito internacional ao direito interno, mas que o aplicador do direito leve em conta os riscos a que fica submetida a pessoa e, a partir daí, aplique o direito mais eficaz. Conforme o autor, esse posicionamento permite a integração entre as normas e reduz as possibilidades de conflitos e, por fim, favorece a ampliação da proteção aos direitos humanos²⁰.

5 Recepção dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro

Objetiva-se, neste item, realizar uma abordagem sobre o procedimento adotado para a recepção dos tratados internacionais no Brasil. O primeiro passo a ser dado é demonstrar como é realizada a transformação das normas internacionais em normas internas.

Diferindo de procedimento adotado em outros Estados, o Brasil exige



que os tratados internacionais que foram firmados pelo país passem primeiramente por um processo de transformação designado como internação, internalização, incorporação ou recepção dos tratados internacionais. Esse procedimento deve ser adotado para que a norma internacional possa ser aplicada internamente.

No entanto, a Constituição Federal, no parágrafo 1º do art. 5º, estabelece tratamento diferenciado entre um acordo que verse sobre direitos humanos de todos os demais, em quaisquer outras matérias. Dispõe este parágrafo que os acordos sobre direitos humanos têm aplicabilidade imediata por versar sobre as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

Com isso, podemos concluir que há duas formas de incorporação dos tratados internacionais. Se versar sobre direitos humanos, o tratado deve ter aplicabilidade automática e imediata, ao passo que todos os demais, não ligados a esta matéria, deverão passar por processos de ratificação interna, através da edição de lei especial. Esse ato normativo, no Brasil, é o decreto de execução, expedido pelo Presidente da República.²¹

Essa diferenciação introduzida pela Constituição Federal de 1988 quanto à forma de recepcionar os tratados internacionais, criando diferenças de tratamento entre tratados de direitos humanos e todos os demais, de diferentes matérias, aponta para uma diferenciação também quanto às teorias adotadas no Brasil. Se um tratado de direitos humanos não necessita de um processo de internalização mais elaborado, bastando a sua assinatura em plano internacional, o mesmo não se pode dizer dos demais tratados, que necessitam, aí sim, de processo de internalização que se dá pela edição de lei ordinária. Quanto aos tratados de direitos humanos, há, então, uma identificação com a teoria monista, e os demais com a teoria dualista, conforme pode-se depreender da análise do texto constitucional em vigor.

No Brasil têm-se diversas teorias que apresentam o seu entendimento quanto à forma de incorporação de um tratado internacional sobre direitos humanos.

Os dualistas²² entendem que para uma norma de direito internacional valer como norma interna, no Brasil, deverá haver a sua internalização ao direito pátrio, pois a norma interna e a internacional são diferentes e não possuem a mesma origem de criação. Ou seja, para que a lei seja brasileira, ela deve, necessariamente,

obter a aprovação através de meios rigidamente especificados.

Para a corrente monista²³, basta que haja a ratificação da norma internacional pelo executivo, o que supriria a passagem pelo Congresso Nacional. A simples ratificação pelo Executivo transporia a norma do plano internacional ao nacional.

A teoria humanista, por sua vez, defende a incorporação dos tratados internacionais sobre direitos humanos imediatamente ao direito interno quando se verifica que a norma internacional é mais abrangente e eficaz para a vítima. Para que isso ocorresse, não haveria necessidade de prévia homologação, seja através de ratificação pelo Executivo, como quer a teoria monista, seja através de sua transformação em lei federal, como apregoam os dualistas. Uma vez que os direitos humanos decorrem dos próprios direitos naturais, assegurados como direitos humanos através dos tratados internacionais, decorrentes do jusnaturalismo, não haveria necessidade de incorporação ao direito interno num primeiro momento.²⁴

De acordo com as teorias aqui apresentadas, qual seria a mais efetiva e de acordo ao texto constitucional de 1988? Relembrando o mencionado parágrafo 2º do art. 5º, são direitos fundamentais aqueles previstos na Constituição, ou que dela ausentes estiverem previstos em acordos internacionais. Que outros dispositivos constitucionais corroboram com esta idéia para dar guarida à teoria humanista?

Cita-se, também, o art. 1º, III, da Constituição Federal que proclama a dignidade da pessoa humana como fundamento da República. Ainda pode-se citar o art. 4º, II, que dispõe sobre a prevalência dos direitos humanos como princípio das relações internacionais.

Uma interpretação que levasse em conta tais dispositivos faria com que o aplicador do direito se filiasse à teoria humanista e determinasse a aplicabilidade imediata e direta dos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário. Esse, porém, não é o entendimento adotado no Brasil, quer no período posterior à promulgação da Constituição Federal, quer com a Emenda Constitucional 45, como se verá a seguir.

Toda e qualquer matéria de que disponham os tratados internacionais,



dos quais o Brasil seja parte, deverá passar por um trâmite interno que corresponde à sua internalização ou incorporação ao direito interno. Adota-se na prática, portanto, a teoria dualista no direito pátrio, fazendo com que o tratado passe por aprovação do Congresso Nacional (art. 41, I) e pela promulgação do Presidente da República (art. 84, VIII).

Um assunto bastante discutido na doutrina brasileira diz respeito a esse tratamento dado ao acordo internacional em nível interno, pois desde que internalizado o tratado, ele passa a ter o mesmo tratamento da lei interna. Essa equiparação à lei interna é a causa de grandes discussões doutrinárias, uma vez que “[...] um tratado obrigando o Brasil pode deixar de ser cumprido se o Congresso legislar, posteriormente, em sentido contrário”²⁵.

6 A proteção aos direitos fundamentais no Brasil – art. 5º, 2º, CF/88

O parágrafo supramencionado dispõe que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Com essa redação, o constituinte de 87/88 tinha em mente contemplar todos os direitos humanos que fossem reconhecidos no e pelo Brasil. Essa é a compreensão que se pode ter do texto constitucional: são direitos humanos os constantes da Constituição, os nela não incluídos e aqueles que por ventura possam vir a ser incorporados em razão de acordos internacionais dos quais o Brasil seja parte.

Essa é a interpretação que se depreende do parágrafo citado e também pelo sentido que se deve dar à “norma de proteção”, que vigora na defesa dos direitos humanos.

Todavia, outro foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal na interpretação e aplicação desse princípio supra-estatal.

7 A interpretação do Supremo Tribunal Federal

Foram diversas as manifestações do Supremo Tribunal Federal quanto ao procedimento adequado para a incorporação dos tratados de direitos humanos na legislação pátria. Para melhor entendimento do assunto, podemos dividir as decisões em períodos: anterior e posterior à Constituição Federal de 1988.

A primeira manifestação que se tem desse tribunal sobre o assunto foi em 1977, com a decisão do Recurso Especial 80004. Nessa decisão, ficou evidenciado que o tratado internacional não se sobreporá às leis internas.

Já uma decisão referente ao período constitucional atual dá conta de que a Constituição Federal tem supremacia diante de um tratado internacional de direitos humanos. Tal argumentação poderá ser encontrada no HC 72131²⁶, que discutia a possibilidade de supremacia do Tratado de San José da Costa Rica, que proíbe a prisão decorrente de contrato civil, em detrimento da aplicação do art. 5^o, LXVII, da Constituição Federal, que não restou confirmado.

Atualmente a doutrina mais avançada mundialmente tende a considerar que os tratados internacionais de direitos humanos gozam de hierarquia constitucional. Assim também é o entendimento de Flávia Piovezan²⁷, para quem os tratados de direitos internacionais sobre direitos humanos não precisam de ato normativo interno para serem incorporados no sistema jurídico brasileiro, bastando o ato de ratificação em esfera internacional.

No entanto, o atual pensamento do STF se mostra dividido entre correntes dualistas e humanistas, conforme a análise dos julgamentos das medidas cautelares nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 1480-3-DF e 1675-1-DF. As duas versam sobre direitos sociais do trabalho, os direitos fundamentais de segunda geração existentes na Organização Internacional do Trabalho (Convenções 158 e 106) e já incorporados ao direito brasileiro através dos procedimentos aqui previstos.

No julgamento da primeira ADIn, o ministro Celso de Mello entendeu que o ordenamento jurídico do Brasil “prestigia, de maneira incondicional, a absoluta supremacia da Constituição sobre todo e qualquer ato de direito internacional público”. Acrescentou também que os conteúdos dos tratados somente podem ser



incorporados ao direito interno através dos procedimentos existentes na Constituição. Defende que os tratados somente têm valor de lei ordinária, não sendo conferido o *status* de lei complementar ou de norma constitucional.

Outro ministro, Carlos Velloso apresentou entendimento diverso, afirmando que os tratados incorporados podem ter o *status* de lei complementar, desde que assim disciplinada na Constituição essa matéria²⁸.

Analisando o art. 5º, parágrafo 2º, da CF/88, defende o ministro a auto-aplicabilidade dos tratados internacionais pactuados pelo Brasil, não sendo necessária a adoção de um ato legislativo para a sua exigibilidade no plano interno. Conclui dizendo que a Convenção 158/OIT tem *status* constitucional por conter direitos que “integram a doutrina dos direitos fundamentais”.

Entendimento contrário apresentou o Ministro Nelson Jobim dizendo que o quorum especial para a votação das leis complementares, de maioria absoluta, não é apenas um mero capricho do constituinte de 1987/1988, e tem sua razão de existir para provocar uma maior discussão da matéria no Congresso Nacional, diferentemente da maioria simples exigida para a aprovação de um tratado internacional pelo Congresso.

Da análise do art. 5º, parágrafo 2º, o Ministro tem o entendimento que somente gozam do *status* de norma constitucional os tratados internacionais de direitos humanos firmados anteriormente à Constituição de 1988.

Ficou demonstrado pelos votos dos Ministros, através da ADIn 1480-3, que os tratados internacionais de direitos humanos não têm aplicabilidade imediata no direito brasileiro, possuindo apenas o status de lei ordinária, sequer como lei complementar. Essa decisão do STF acabou diminuindo o conteúdo constante no art. 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal de 1988.

A questão passa a ser mais bem esclarecida na ADIn 1675-1, cujo relator foi o Ministro Sepúlveda Pertence. O relator destacou, a exemplo do que fez na ADIn 1480-3, que atualmente a doutrina mais avançada defende a aplicabilidade imediata dos tratados internacionais sobre direitos humanos, o que não convenceu a maioria dos Ministros do STF em adotarem essa postura no julgamento citado

anteriormente. Entende ele que, mesmo que o STF tenha somente dado valor de direitos fundamentais aos tratados assinados anteriormente a Constituição Federal de 1988, afirmando que, mesmo que os tratados posteriores à Constituição não alcancem esse *status*, os mesmos devem ser utilizados como fonte para a melhor interpretação e aplicação da Constituição Federal nas questões que envolvam direitos fundamentais.

Mais uma vez o Ministro Nelson Jobim apresentou parecer negando o *status* de norma constitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos. Entendeu que o art. 5º, parágrafo 2º, dá abertura para a incorporação de novos direitos, mas que esses não têm a mesma dimensão de norma constitucional.

Verifica-se, então, de forma incisiva a insistência do STF em negar aos tratados de direito humanos a sua auto-aplicabilidade. Entende, também, que somente os tratados anteriores à Constituição de 88 têm status de norma constitucional, negando esse efeito aos tratados posteriormente assinados e dando a eles apenas o efeito de norma ordinária.

8 Conseqüências da Emenda 45/2004 na proteção aos direitos fundamentais

A emenda constitucional n. 45/2004 trouxe a reforma do Poder Judiciário. No que diz respeito aos tratados internacionais sobre direitos humanos, houve a incorporação do parágrafo 3º ao art. 5º da Constituição Federal vigente, dispondo 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 medida foi uma resposta ao frágil tratamento dado aos tratados pelo STF, que, como vimos, garantia a eles tão-somente o mesmo tratamento de lei ordinária. A emenda 45, por sua vez, atribui aos tratados internacionais de direitos humanos tratamento equivalente à emenda constitucional, numa tentativa de resgatar a sua importância no ordenamento jurídico brasileiro.

Afirma Mesquita que:



O fato de o STF considerar os tratados, anteriormente, ao nível de leis ordinárias, retirava-lhes qualquer possibilidade de efetividade material dos direitos humanos, uma vez que a supremacia da Constituição sobre as leis ordinárias não permite que se afaste a aplicação de uma norma formalmente constitucional em face de uma lei ordinária.²⁹

De outro lado, uma lei ordinária, na qual seria transformada o tratado de direitos humanos, não se sustentaria diante de outra lei ordinária, legislada posteriormente sobre a mesma matéria.

Ao equiparar os tratados de direitos humanos à emenda constitucional, depois de superados os trâmites no Congresso, a Emenda Constitucional n. 45 criou uma defesa ao argumento defendido no STF, especialmente o Ministro Nelson Jobim, de que uma norma de direito fundamental viesse integrar a Constituição através de quorum mais elevado, e não meramente de maioria simples, como são as leis ordinárias. Com isso a Emenda n. 45 procura dar equivalência dos tratados internacionais de direitos humanos às emendas constitucionais (art. 60, parágrafo 2º, CF), o que se garante através do quorum imposto para a sua internalização.

Veja-se que o tratamento é equivalente, mas não igual ao da emenda constitucional. As emendas constitucionais, assim como os tratados de direitos humanos, precisam da aprovação de três quintos, em dois turnos, em cada casa do Congresso Nacional. No entanto, a emenda constitucional passa a fazer parte do próprio texto da Constituição, ou seja, transforma-se em um direito formalmente protegido. Os tratados, por sua vez, não se incorporam ao texto da Constituição, embora recebam tratamento equivalente como direito materialmente protegido, e continuaram a ter a forma estabelecida nos tratados e, com esse formato, integram o ordenamento jurídico brasileiro como se fossem emendas constitucionais.

O parágrafo 4º do artigo 60 dispõe sobre as cláusulas pétreas, sobre aqueles direitos que não poderão ser modificados mediante emenda constitucional. Nesse rol incluem-se a forma federativa do Estado, o direito ao voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais. Assim, se os tratados versarem sobre direitos fundamentais, não poderão ser retirados do ordenamento jurídico, eis que se constituem em cláusulas pétreas. Da mesma forma, não se poderá aceitar um tratado que viole ou limite um direito fundamental já existente no texto da Constituição ou de outro tratado já internalizado.



Levando em conta que o aplicador do direito sempre deverá valer-se do instrumento que mais proteja os direitos e garantias individuais da pessoa, os tratados internacionais de direitos humanos exercem importante papel na internalização desses direitos e, dessa forma, sendo uma fonte fundamental para a proteção integral dos direitos humanos.

Considerações finais

O presente artigo teve como objetivo demonstrar como ocorreu o processo de evolução e de reconhecimento dos direitos naturais nas declarações de direitos e também de que forma esses direitos são introduzidos no Brasil. Por fim, analisa-se a recente modificação da Constituição Federal de 1988 pela Emenda Constitucional n. 45, através da introdução do parágrafo 3º do art. 5º.

Verificou-se que os direitos naturais nada mais são do que os direitos inatos ao ser humano. O seu reconhecimento, realizado através dos acordos internacionais, tem como função proteger o indivíduo do arbítrio do Estado, criando mecanismos para que esses possam vigorar nos ordenamentos internos de cada um dos países que assinam tais acordos.

No Brasil, a incorporação desses tratados tem encontrado problemas quanto à forma mais adequada para fazê-lo, uma vez que a própria Constituição confere aos tratados de direitos humanos a categoria de direitos fundamentais. No entanto, a própria doutrina nacional divide-se quando ao enfrentamento do tema, dado que uma parcela considerável dela atribui a necessidade de ratificação desses acordos e a sua internalização como lei ordinária, ou seja, um *status* não condizente com a natureza fundamental desses direitos. Essa a teoria dualista. A teoria monista prega que os tratados serão automaticamente incorporados a partir do ato sancionador do Presidente da República.

O Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição e responsável por sua última interpretação, julgou em diversas oportunidades questões relativas ao conflito entre direitos reconhecidos internamente e aqueles oriundos de tratados, adotando o critério de atribuir a estes últimos o caráter de norma inferior à



Constituição, especialmente pelo fato de não exigir um amplo quorum para a sua aprovação internamente.

Com isso houve uma significativa perda de importância dos tratados sobre direitos humanos, existindo a necessidade de reparar a fiel intenção do legislador constituinte de 87/88, qual seja, de equiparar os tratados de direitos humanos ao *status* de norma fundamental. Para isso, a Emenda Constitucional n. 45 disciplinou uma nova maneira de incorporação desses ao direito interno. Passou a dar tratamento de lei complementar aos tratados internacionais de direitos humanos assinados pelo Brasil, como forma de voltar a prestigiar a sua relevância e de manter um mecanismo vivo na Constituição Federal de incorporação de direitos fundamentais reconhecidos através dos tratados.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ARAÚJO, Nádia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 18.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 2001.

DÍEZ-PICAZO, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: Thomson Civitas, 2003

JIMÉNEZ CAMPO, Javier. *Derechos fundamentales: concepto y garantías*. Madrid: Trotta, 1999.

MESQUITA, Daniel. Disponível em: http://www.idp.org.br/caderno_virtual/

caderno_virtual12/doutrina/daniel.pdf. Acesso em: 25 ago. 2006.

NIKKEN, Pedro. *La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo*. Madrid: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1987.

PEREZ LUÑO, Antonio E.. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1986.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 2004.

ROYO, Javier Pérez. *Curso de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Adrogado, 2002.

SUPREMO Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp?s1=Tratado%20de%20San%20José%20da%20Costa%20Rica&d=SJUR>. Acesso em: 23. ago. 2006.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 360.

² SZANO, I. *apud* NIKKEN, Pedro. *La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo*. Madrid: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1987. p. 29.

³ MOLINA *apud* NIKKEN. Op. cit. p. 29.

⁴ RUSSEL *apud* NIKKEN. Op. cit. p. 30.

⁵ ROYO, Javier Pérez. *Curso de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

⁶ Idem.

⁷ *Apud* PEREZ ROYO, op. cit.

⁸ Idem.

⁹ Idem.

¹⁰ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos



y Constitucionales, 2002.

¹¹ NIKKEN, Pedro. Op. cit.

¹² PEREZ LUÑO, Antonio E.. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1986.

¹³ Idem.

¹⁴ JIMÉNEZ CAMPO, Javier. *Derechos fundamentales: concepto y garantías*. Madrid: Trotta, 1999.

¹⁵ DÍEZ-PICAZO, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: Thomson Civitas, 2003.

¹⁶ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 360.

¹⁷ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 18.

¹⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 2001. p. 7.

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

²⁰ CANÇADO TRINDADE. Op. cit.

²¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 2004.

²² Triepel, Anzilotti são os maiores representantes da teoria dualista no plano internacional, enquanto no Brasil, Amílcar de Castro é considerado seu maior expoente.

²³ A teoria monista teve sua origem com Hans Kelsen. No Brasil é Celso de Albuquerque Mello o seu maior representante.

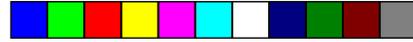
²⁴ CANÇADO TRINDADE. Op. cit.

²⁵ ARAÚJO, Nádia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 130.

²⁶ STF. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp?s1=Tratado%20de%20San%20José%20da%20Costa%20Rica&d= SJUR>. Acesso em: 23. ago. 2006.

EMENTA: “Habeas corpus”. Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil do devedor como depositário infiel. - Sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do artigo 5º, LXVII, da Constituição de 1988. - Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no § 7º do artigo 7º da Convenção de San José da Costa Rica. “Habeas corpus” indeferido, cassada a liminar concedida.

²⁷ PIOVEZAN. Op. cit.



²⁸ Esta argumentação apresentada não tem qualquer novidade, pois a lei complementar não tem hierarquia sobre leis ordinárias. O diferencial ocorre quanto ao quorum para sua aprovação no Congresso Nacional.

²⁹ MESQUITA, Daniel. Disponível em: http://www.idp.org.br/caderno_virtual/caderno_virtual12/doutrina/daniel.pdf. Acesso em: 25 ago. 2006.



