

A REFORMA DO JUDICIÁRIO E OS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS

FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA

Presidente do Tribunal de Justiça do Ceará; Mestre em Direito Público e Professor de Direito Constitucional da Universidade Federal do Ceará.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Cumpre-nos, inicialmente, fazer uma breve incursão em torno das expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, as quais, não obstante sejam usadas comumente como sinônimas, reportam-se a significados distintos, sendo o termo “direitos fundamentais” empregado para aqueles direitos do homem reconhecidos e positivados no Estatuto Político de um determinado Estado, enquanto que a expressão “direitos humanos” diz respeito àqueles direitos constantes de documentos internacionais, por referir-se, como bem esclarece Ingo Wolfgang Sarlet, “àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)”¹. Admitir essa diferença não significa desconhecer a íntima relação existente entre os direitos fundamentais e os direitos humanos, até mesmo porque as Constituições promulgadas no segundo pós-guerra buscaram inspiração na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e em outros instrumentos de Direito Internacional para elaborarem seus catálogos de direitos fundamentais. Aliás, o que se tem observado, modernamente, é uma aproximação e harmonização cada vez maior entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional, gerando o fenômeno da internacionalização do Direito Constitucional ou da constitucionalização do Direito Internacional, rumo ao que já está sendo denominado (notadamente no campo dos direitos humanos e fundamentais) de Direito Constitucional Internacional.²

Efetivamente, quer-nos parecer que a melhor terminologia é a expressão “direitos humanos fundamentais”, que vem sendo utilizada por alguns autores³, porquanto, embora não tenha esta o condão de eliminar a distinção que se faz entre direitos humanos e direitos fundamentais, ressalta a fundamentalidade material dos direitos humanos, de matriz internacional, direitos estes que, graças ao mencionado fenômeno da internacionalização do Direito Constitucional ou vice-versa, estão com muita frequência sendo formalmente acolhidos pelas Constituições contemporâneas, que os vêm incorporando em seus textos, no reconhecimento da necessidade de proteger certos valores e reivindicações essenciais a todos os seres humanos⁴, razão pela qual achamos por bem adotar tal nomenclatura neste nosso estudo.

Feitas essas breves considerações, impende recordar que as idéias que deram origem à noção de direitos fundamentais são bem mais antigas do que o surgimento do constitucionalismo, que veio consagrar nos textos das Cartas Políticas um rol mínimo desses direitos, objetivando limitar os abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas. Entretanto, a proclamação dos direitos fundamentais do homem, de maneira explícita nas declarações de direitos e sua inserção nas Constituições, é algo recente, tendo assentado-se após a Segunda Grande Guerra Mundial, com o despertar da comunidade internacional para o sentimento de que a proteção dos direitos da pessoa humana há de ser objeto de preocupação internacional. É que as atrocidades perpetradas pelos regimes fascista, stalinista e nazista foram reconhecidas não só como uma violência moral a escandalizar a consciência humana, mas, acima de tudo, representaram uma ameaça à paz mundial, comprometendo a estabilidade das relações internacionais. Todavia, dita proclamação está longe de esgotar as possibilidades de surgimento de novos direitos. Isto porque, à proporção em que a sociedade evolui, ante os avanços tecnológicos, surgem novos

interesses para a humanidade. Infere-se, pois, não serem estáticos os direitos do homem diante das contingências históricas de uma determinada civilização.

A esse respeito, assevera Norberto Bobbio que *“o elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para realização dos mesmos, das transformações técnicas etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade sacre et inviolable, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações”*.⁵

Conclui, por fim, o ilustre filósofo, não ser difícil que, no futuro, possam emergir novas pretensões impossíveis de ser, no momento, cogitadas.

Em verdade, os direitos fundamentais foram, inicialmente, concebidos como direitos da liberdade, diziam respeito aos direitos civis e políticos do indivíduo, oponíveis ao Estado. A preocupação era resguardar a liberdade do cidadão perante o poder estatal absoluto, ao mesmo tempo em que o fazia partícipe do poder político.

Em seguida, com a chamada revolução industrial, o homem passa a se desenraizar de sua terra e a enfrentar a agitação das cidades afetadas pelo progresso tecnológico, onde lhe é assegurada participação em outros espaços do espectro social, que vão desde as fábricas aos partidos políticos. Nesse novo ritmo de vida, o homem começa a visualizar o horizonte de bem-estar material desenhado pela sociedade moderna. É nessa quadra que nascem os denominados direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os chamados direitos coletivos, introduzidos nas distintas formas de Estado social.

Esses direitos, ao contrário dos direitos da liberdade, que se contrapõem ao super-poder do Estado, requerem, para sua efetivação, uma maior amplitude do poder estatal. Os direitos individuais passam a ser encarados não mais como valores absolutos, no momento em que se lhes reconhece, de forma geral, uma função social.

Já no crepúsculo do século XX surgem os chamados direitos fundamentais de terceira e até mesmo de quarta geração, não mais com o escopo de proteger interesses individuais ou sociais, porém com intuito de preservar o próprio gênero humano, como valor supremo de sua existência terrena,

garantindo-lhe, dentre outros, o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente sadio, à comunicação, à autodeterminação dos povos. Esses direitos, como ensina Celso Lafer, *“têm como titular não o indivíduo na sua singularidade, mas sim grupos humanos como a família, o povo, a nação, coletividades regionais ou étnicas e a própria humanidade”*.⁶

Os direitos fundamentais tornam-se, com o transcorrer dos tempos, cada vez mais uma universalidade presente em inúmeros tratados internacionais, que, aos poucos, vão-se incorporando ao direito interno dos Estados, que se obrigam perante a comunidade internacional a melhorar as condições de vida de seu povo, respeitando aqueles direitos essenciais ao homem, não importando sua nacionalidade, raça, sexo, cor ou idade, pois o que o faz titular de tais direitos é única e exclusivamente a sua condição de pertinência ao gênero humano. Daí afirmar Fábio Konder Comparato, com muita propriedade, que *“todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza. É o reconhecimento universal de que, em razão dessa radical igualdade, ninguém – nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação – pode afirmar-se superior aos demais”*.⁷

2. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

No Brasil, o processo de redemocratização iniciado em 1985, após 21 anos de regime de exceção, instaurado com o golpe militar de 1964, culminou com refazimento do pacto político-social, resultando na promulgação da Constituição de 1988, que serve de marco jurídico do reencontro da nação com a democracia. A partir daí, verifica-se o desabrochar de um processo cada vez mais intenso de ratificação, pelo Brasil, de inúmeros tratados internacionais globais e regionais visando à proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Dessa forma, a atual Carta da República não só instituiu um regime político democrático, como promoveu um inegável avanço no campo dos direitos e garantias fundamentais, de tal sorte que os direitos humanos assumem extraordinário relevo na nova ordem constitucional, sem precedentes na história do constitucionalismo brasileiro.

A começar de seu preâmbulo, a Constituição deixa de logo estampado o compromisso ideológico e doutrinário com os direitos humanos

fundamentais como alicerce básico do Estado democrático de direito, ao anunciar que este se destina “a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos...”.

No seu art. 1º, a Carta de 1988 anuncia como princípios fundamentais do Estado democrático de direito da República Federativa do Brasil, entre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana (incisos II e III). Esses dois princípios irmanados revelam que não há Estado democrático de direito sem direitos fundamentais, assim como não existem direitos fundamentais sem democracia; em que sejam assegurados não só os direitos civis e políticos guiados pelo princípio básico da liberdade, mas também os chamados direitos sociais, fundados no postulado da igualdade, sem os quais a dignidade da pessoa humana não passaria de mera retórica.

A cidadania, como princípio básico do Estado brasileiro, deve ser compreendida, segundo José Afonso da Silva, “num sentido mais amplo do que o de titular de direitos políticos. Qualifica os participantes da vida do Estado, o reconhecimento dos indivíduos como pessoa integrada na sociedade estatal (art. 5º, LXXXVII). Significa aí, também, que o funcionamento do Estado estará submetido à vontade popular. E aí o termo conexas-se com o conceito de soberania popular (parágrafo único do art. 1º), com os direitos políticos (art. 14) e com o conceito de dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), com os objetivos da educação (art. 205), como base e meta essencial do regime democrático”.⁸

Por outro lado, a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado democrático de direito deve ser tomada, consoante observa Flávia Piovesan, “como núcleo básico e informador de todo ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional”.⁹

De igual modo, leciona Jorge Miranda “que a Constituição, a despeito de seu carácter compromissório, confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado”. E diz mais o ilustre constitucionalista lusitano: “Pelo menos, de modo directo e evidente, os direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos económicos, sociais e culturais comuns têm a sua fonte ética na dignidade da pessoa, de todas as pessoas. Mas quase todos os outros direitos, ainda quando projectados em instituições, remontam

também à ideia de protecção e desenvolvimento das pessoas. A copiosa extensão do elenco não deve perder de vista esse referencial”.¹⁰

De fato, os valores constitucionais que compõem o arcabouço axiológico destinado a embasar a interpretação de todo o ordenamento jurídico, inclusive servindo de orientação para as demais normas legislativas, hão de repousar no princípio do respeito à dignidade humana, porquanto o homem é, em última análise, o verdadeiro titular e destinatário de todas as manifestações do poder.

A Constituição de 1988, igualmente, em seu art. 3º, pela vez primeira, consigna os objetivos do Estado brasileiro, consistentes na construção de uma sociedade livre, justa e solidária; na garantia do desenvolvimento nacional; na erradicação da pobreza e da marginalização e na redução das desigualdades sociais e regionais; e na promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Como ressalta José Afonso da Silva, “é a primeira vez que uma Constituição assinala, especificamente, objetivos do Estado brasileiro, não todos, que seria despropositado, mas os fundamentais, e entre eles, uns que valem como base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social e cultural, a fim de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana”.¹¹

Examinando os fundamentos e os objetivos da República Federativa do Brasil, consignados nos arts. 1º e 3º de nossa Carta Política, fácil é concluir que o constituinte de 1988 elegeu a dignidade da pessoa humana como um valor essencial, o qual confere unidade e sentido ao texto constitucional vigente, de modo a imprimir-lhe feição particular e inconfundível, que há de perpassar todo o sistema constitucional vigente, servindo de norte para a interpretação das demais normas que o compõem.

No afã de resguardar o princípio da dignidade da pessoa humana, o texto constitucional estabelece o primado dos direitos fundamentais, ao consagrar, em seus primeiros capítulos, um avançado elenco de direitos e garantias individuais, antecipando-os à estruturação do Estado, numa intenção clara de demonstrar a preeminência de tais direitos, ao mesmo tempo em que os alça ao patamar de cláusula pétrea, nos termos de seu art. 60, § 4º, inciso IV. Fica, pois, evidente a vontade constituinte de priorizar os direitos humanos fundamentais como traço peculiar da Lei Suprema em vigor, o que não pode ser menosprezado pelo intérprete, sob pena de este jamais alcançar o autêntico espírito da Constituição.

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". E continua: "O disposto no artigo 5º (2) da Constituição Brasileira de 1988 vem dar testemunho disso, além de inserir-se na nova tendência de recentes Constituições latino-americanas de conceder um tratamento especial e diferenciado também no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados. A especificidade e o caráter especial dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos encontram-se, com efeito, reconhecidos e sancionados pela Constituição Brasileira de 1988: se, para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar a suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é Parte os direitos neles garantidos passam, consoante os artigos 5º(2) e 5º(1) da Constituição Brasileira de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno".¹⁷

Todavia, esse entendimento não tem sido pacífico nem na doutrina nem na jurisprudência. Alexandre de Moraes, apoiado em reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal – que, num primeiro momento, chegou a conceber a primazia dos tratados internacionais sobre o direito interno ordinário, para assentar depois, por ocasião de outros julgamentos, tendo como *leading case* o Recurso Extraordinário n. 80.004, que eles são paritários à legislação comum, prevalecendo o entendimento de que a norma posterior revoga a anterior, seja esta interna ou internacional – entende que os tratados internacionais de direitos humanos ingressam na ordem jurídica interna brasileira como atos normativos infraconstitucionais, de hierarquia idêntica às leis ordinárias, sendo os eventuais conflitos entre essas normas resolvidos pelo critério cronológico ou pelo princípio da especialidade.¹⁸ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, igualmente, adota esse posicionamento, argumentando que o dispositivo constitucional em questão significa simplesmente que a Constituição brasileira, ao enumerar os direitos fundamentais, não pretende ser exaustiva, porém a norma proveniente de tratados continua a ter hierarquia de lei ordinária e não de regra constitucional.¹⁹

José Afonso da Silva, seguindo os passos de Flávia Piovesan, Antônio Augusto Cançado Trindade e outros doutrinadores, ao analisar a matéria, conclui que a incorporação automática dos tratados internacionais de direitos humanos na Constituição brasileira tem amplas conseqüências, dentre as quais, destaca o alargamento do campo constitucional desses direitos, a concepção monista no que tange aos direitos humanos e o fato do desrespeito a uma norma internacional de direito humano corresponder a uma violação de Direito Constitucional, podendo ser objeto direto de conhecimento judicial. Diz mais que, *"no caso dos tratados de direitos humanos, têm estes vigência interna imediata, sem intermediação legislativa; ingressam na ordem jurídica nacional no nível das normas constitucionais e, diretamente, criam situações jurídicas subjetivas em favor de brasileiros e estrangeiros residentes no país".²⁰*

Celso Ribeiro Bastos, palmilhando a mesma trilha, assevera não ser mais possível, à luz do preceptivo em apreço, sustentar a tese dualista de que *"os tratados obrigam diretamente aos Estados, mas não geram direitos para os particulares, que ficariam na dependência da referida intermediação legislativa. Doravante será, pois, possível a invocação de tratados e convenções, dos quais o Brasil seja signatário, sem a necessidade da edição pelo Legislativo de ato com força de lei voltado à outorga de vigência interna aos acordos internacionais".²¹*

É importante salientar que a matéria, mesmo no âmbito do Supremo Tribunal Federal, não se encontra pacificada, uma vez que, não obstante a corrente majoritária defenda a paridade hierárquica entre o tratado e a lei ordinária²², existem posições favoráveis ao *status* constitucional dos tratados de direitos humanos²³, bem como em favor da hierarquia supralegal, embora infraconstitucional destes tratados²⁴.

A respeito deste debate, de há muito temo-nos filiado àqueles que consagram a tese da hierarquia constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos²⁵, por entender que ela é mais consentânea com o princípio basilar da prevalência dos direitos humanos que rege a República Federativa do Brasil em suas relações internacionais, nos termos do art. 4º, inciso II, de nossa Carta Política, ao mesmo tempo em que consagra a interpretação que mais se ajusta ao princípio da máxima efetividade, segundo o qual a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que lhe dê maior eficácia. Dito princípio, como adverte Gomes Canotilho, *"é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que*

reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)".²⁶

Deveras, não se pode perder de vista que, ao se interpretar a Constituição, deve-se dar o máximo de eficiência às suas normas, porquanto isto significa realizá-la concretamente. Conforme observa Konrad Hesse, "*a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação*".²⁷

Ademais, essa posição é a que mais se coaduna com um dos fundamentos do Estado brasileiro, que é a dignidade humana (art. 1º, III), e com o fenômeno da globalização surgido no final do século XX, que traz reflexos imediatos no conceito tradicional de soberania, o qual não pode mais ser concebido de forma absoluta, necessitando sofrer um processo de relativização, não para fazer prosperar o neoliberalismo, mas para combatê-lo com a afirmação da ideologia dos direitos humanos no seu sentido global, impedindo que a globalização econômica continue a se expandir sem obedecer a qualquer parâmetro ético ou jurídico, contribuindo para agravar as desigualdades sociais, mantendo privilégios, fruto da riqueza mal distribuída.

Na realidade, a globalização que se almeja prevalecer é a da solidariedade entre os povos, é a do respeito à pessoa humana, é a que coloca o homem como centro da modernidade e razão última da sociedade e do Estado. Essa é a única globalização que verdadeiramente interessa aos povos da periferia, sobre a qual, no dizer de Paulo Bonavides, "*não tem jurisdição a ideologia neoliberal*".²⁸

É preciso, portanto, que o Direito Internacional e o Direito Constitucional se adaptem a essa nova realidade, pois se deixarmos o neoliberalismo sem controle, estaremos fadados a assistir, como proclama Celso de Albuquerque Mello, os direitos humanos econômicos e sociais serem maciçamente violados, com milhões de indivíduos vivendo abaixo da linha de pobreza, enquanto alguns milhares viverão de forma nababesca.²⁹

4. A REFORMA DO JUDICIÁRIO E OS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS

Com esse sentimento de conferir maior realce à proteção dos direitos humanos e de por fim às discussões travadas na doutrina e na jurisprudência relativas ao *status* dos tratados e convenções

internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro, a Emenda Constitucional n. 45, promulgada em 8 de dezembro de 2004 e publicada no dia 31 daquele mesmo mês e ano, por meio da qual se promoveu a denominada "Reforma do Poder Judiciário", cuidou de acrescentar um § 3º ao art. 5º da Constituição Federal, cuja redação é a seguinte:

"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."

A alteração procedida, a pretexto de pôr cabo às contendas reportadas acerca da hierarquia normativa dos tratados e convenções de direitos humanos, parece-nos longe de alcançar seu desiderato, visto que já começam a surgir, no âmbito da doutrina, vários questionamentos interpretativos concernentes ao novo tratamento constitucional dispensado aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos incorporados ao nosso direito interno.

A grande questão que emerge diz respeito à posição dos tratados e convenções sobre direitos humanos já ratificados pelo Governo brasileiro. Seriam estes recepcionados como lei federal, já que não foram aprovados pelo *quorum* qualificado? Poderiam tais tratados ser submetidos a novo *referendum* congressional, objetivando obter o *quorum* especial?

Em verdade, a redação do dispositivo em apreço poderá induzir à conclusão de que somente os tratados aprovados com *quorum* especial teriam valor hierárquico de norma constitucional, o que significaria que os ratificados antes da promulgação da Emenda n. 45/2004 seriam recepcionados como lei ordinária. Essa parece ser a compreensão de Carmem Tibúrcio, ao proclamar que o texto introduzido pela reforma não deixa dúvidas de que unicamente os atos normativos internacionais submetidos ao *quorum* privilegiado teriam a hierarquia das emendas constitucionais, enquanto os aprovados por maioria simples adquiririam apenas o *status* de lei ordinária, assim como aqueles chancelados anteriormente, os quais permaneceriam tendo paridade com a lei comum.³⁰

Analisando a matéria, Pedro Bohomoletz de Abreu Dallari destaca a fórmula argentina adotada por ocasião da reforma de 1994, a qual não só estabeleceu mecanismo para a constitucionalização dos tratados vindouros, como equacionou a situação dos anteriores, conferindo-lhes a condição de norma

constitucional, o que não ocorre com a Emenda n. 45/2004, que é omissa quanto a atribuir dimensão constitucional aos tratados de direitos humanos que lhe são anteriores. Dita omissão e a exigência de *quorum* maior acabam por aparentar, na visão do citado autor, um endosso à “*interpretação de que as disposições do § 2º do art. 5º, vigentes desde a promulgação da Constituição, 1988, não teriam o condão, por si sós, de gerar para os tratados nessa matéria os efeitos de norma da Constituição.*” Assim, conclui que a decisão do Congresso Nacional voltada, em princípio, para conferir maior relevância às normas internacionais de direitos humanos, findou por comprometer seriamente a tese mais favorável à promoção dos direitos da pessoa humana.³¹

Ainda sobre o assunto, José Carlos Francisco, embora admita ser sustentável a alteração daqueles que negam a recepção dos tratados anteriores à Emenda n. 45/2004 como normas constitucionais, receia que essa não seja a melhor conclusão diante do princípio da máxima efetividade, pelo qual o operador do direito deve primar por dar maior aplicabilidade concreta aos comandos constitucionais, principalmente, aqueles atinentes aos direitos humanos. Neste contexto, entende que negar hierarquia constitucional aos atos internacionais incorporados ao direito interno brasileiro (atribuindo-lhes força normativa de lei ordinária) significa violentar a própria lógica que impulsionou o constituinte reformador a introduzir o § 3º no art. 5º da Lei Fundamental, vale dizer, os imperativos que exigem a concreção dos direitos humanos, afastando suas previsões normativas do alcance do legislador ordinário, conferindo nível constitucional aos diplomas internacionais já ratificados pela ordem jurídica brasileira, como imperativo de um dos princípios que orientam as nossas relações internacionais, conforme dispõe o art. 4º, inciso II, da Carta da República, ou seja, a prevalência dos direitos humanos.³²

A polêmica, porém, não para por aí. Há autores que proclamam, inclusive, a inconstitucionalidade do § 3º acrescentado ao art. 5º, como é o caso de Luiz Alexandre Cruz Ferreira e Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega, os quais, alinhados à corrente doutrinária que entende possuírem os tratados e convenções internacionais de direitos humanos, ratificados antes da edição da Emenda n. 45, *status* de normas constitucionais, por força do § 2º do art. 5º, sustentam que a reforma trouxe um verdadeiro revés para essa tese, uma vez que vozes retrógradas certamente se levantarão para defender que esses diplomas não podem ter força constitucional pelo fato de não haverem sido submetidos ao *quorum* exigido pela emenda, o que

corresponderia a uma violência contra o constituinte originário, que manifestou explicitamente sua opção pela preservação dos direitos humanos, independentemente de sua fonte, mormente, levando-se em conta a inexistência de previsão legal para que um tratado em vigor seja novamente colocado em votação no Congresso Nacional, única e exclusivamente para aumento do *quorum*. Relembrem que os direitos humanos pertencem ao núcleo fundamental da Constituição, portanto, são cláusulas pétreas, não podendo ser suprimidos por emendas constitucionais, consoante dispõe o art. 60, § 4º, inciso IV, da Carta Federal, o que torna a reforma procedida flagrantemente inconstitucional, por haver imposto gravames ao sistema de proteção dos direitos humanos.³³

No que se refere à possibilidade de os tratados em vigor antes da reforma virem a ser submetidos a novo *referendum* do Parlamento, visando à obtenção do *quorum* qualificado, Valério de Oliveira Mazzuoli admite que, em tese, o mencionado § 3º seja aplicado aos tratados ratificados anteriormente à edição da Emenda 45, haja vista que a disposição em causa não faz nenhuma ressalva quantos aos compromissos antecedentemente assumidos pelo Brasil em sede de direitos humanos, bem como não induz em oportunidade alguma o entendimento de que estará regendo situações pretéritas, o que o preceptivo aparentemente faz, segundo citado autor, “*é tão-somente permitir que o Congresso Nacional, a qualquer momento (antes de sua ratificação ou mesmo depois desta), atribua aos tratados de direitos humanos o caráter de emenda constitucional.*”³⁴

Cremos ser pouco provável e até mesmo despropositado que esses tratados sejam novamente submetidos ao crivo do Congresso Nacional tão-somente para efeito de alcançar o *quorum* especial e se equipararem às emendas constitucionais. O que se observa, de fato, é que o constituinte reformador não foi bem sucedido em seu intuito de resolver de uma vez por todas a querela jurisprudencial e doutrinária pertinente à incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no direito interno brasileiro. Teria agido melhor se tivesse seguido o exemplo de outras Constituições latino-americanas e do mundo, determinando expressamente, como sugere Valério de Oliveira Mazzuoli, “*que todos os tratados de direitos humanos pelo Brasil ratificados têm hierarquia constitucional, aplicação imediata, e ainda prevalência sobre as normas constitucionais no caso de serem suas disposições mais benéficas ao ser humano.*”³⁵

Realmente, não havendo o legislador constitucional derivado sido explícito no reconhecimento do *status* constitucional dos

prol da lei mais recente, embora se saiba que isto não afasta a responsabilidade do Estado brasileiro perante a comunidade externa, podendo sofrer sanções na órbita internacional.

Por tudo isso, urge reiterar o nosso posicionamento de que a única interpretação razoável que se pode emprestar ao preceptivo em tela é aquela que isola, de logo, a possibilidade de que, em face do § 3º acrescido ao art. 5º, os tratados ratificados anteriormente pelo Estado brasileiro sejam recepcionados como lei ordinária, parecendo-nos indiscutível que esses diplomas internacionais, por força do disposto no art. 5º, § 2º, já são materialmente constitucionais, pois é a própria Carta Magna que os inclui em seu catálogo de direitos fundamentais, outorgando-lhes hierarquia de norma constitucional, independente do *quorum* de sua aprovação. Esse *quorum* qualificado serve exclusivamente para atribuir-lhes eficácia formal, com as conseqüências já apresentadas.

Essa, realmente, é a exegese aceitável para o dispositivo introduzido pela Emenda n. 45 ora em

estudo, pois se amolda, entre outros, ao princípio da prevalência dos direitos humanos, ao princípio hermenêutico da máxima efetividade e ao fenômeno da globalização, que exige cada vez mais eficácia na proteção dos direitos humanos, como único meio de defender o homem do avanço descontrolado da economia globalizada, tal qual vem sendo praticada até o presente momento, configurando nada mais do que, no dizer do saudoso Josaphat Marinho, "*outra forma de colonização, que o espírito de independência e igualdade dos povos não pode aceitar*".⁴⁴

Enfim, é a interpretação mais alinhada ao valor fundamental da dignidade humana, acolhedor da máxima kantiana de que "*o homem não pode ser empregado como um meio para a realização de um fim, pois é fim em si mesmo, uma vez que apesar do caráter profano de cada indivíduo, ele é sagrado, já que na sua pessoa pulsa a humanidade*".⁴⁵

BIBLIOGRAFIA

- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à constituição do Brasil*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2º vol., 2001.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*, 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. "Tratados internacionais na emenda constitucional 45". In TAVARES, André Ramos, et alii. *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Editora Método, 2005, pp. 83-98.
- FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. *Comentários à constituição brasileira de 1988*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, vol. 1, 1997.
- FERREIRA, Luiz Alexandre Cruz & TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. "Reforma do Poder Judiciário e direitos humanos". In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, et alii. *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 447-466.
- FRANCISCO, José Carlos. "Bloco de constitucionalidade e recepção dos tratados internacionais". In TAVARES, André Ramos, et alii. *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Editora Método, 2005, pp. 99-105.
- HESSE, Konrad. *A Força normativa da constituição*, trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- LAFER, Celso. *A Reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- MARINHO, Josaphat. "Constituição, desenvolvimento e modernidade". *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 34, n. 135, jul./set. 1997, pp. 83-89.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. "O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia". In SILVA, Bruno Freire & MAZZEI, Rodrigo. *Reforma do Judiciário*. Curitiba: Juruá, 2006, pp. 37-63.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. "O § 2º do art. 5º da Constituição Federal". In TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 1-33.
- _____. *Curso de direito internacional público*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, vol. 1, 1976.
- _____. *Direito constitucional internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, tomo IV, 1993.
- MORAES, Alexandre. *Direitos humanos fundamentais*, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2000.
- PINHEIRO, Carla. *Direito internacional e direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2001.
- PIOVESAN, Flávia. "Reforma do Judiciário e direitos humanos". In TAVARES, André Ramos, et alii. *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Editora Método, 2005, pp. 67-81.
- _____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 2ª ed., São Paulo: Max Limonad, 1997.
- ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. "A Incorporação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no direito brasileiro". *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, ano 33, n. 130, abr./jun. 1996, pp. 77-81.
- _____. "Os Direitos Fundamentais na Constituição de 88". In MORAES, Alexandre de. *Os 10 Anos da Constituição Federal*. São Paulo, Ed. Atlas, 1999, pp. 267-280.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 24ª ed., São Paulo: RT, 2005.
- _____. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2000.

TIBÚRCIO, Carmem. "A EC n. 45 e temas de direito internacional". In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, et alii. *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 121-139.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. "A Evolução da Proteção dos Direitos Humanos e o Papel do Brasil". *A Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Nacional e Internacional: Perspectivas Brasileiras*, IIBH, 1992, pp. 25-40.

_____. *A Proteção internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. "Os tratados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal", *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, ano 41, n. 162, abr./jun. 2004, pp. 35-45.

NOTAS

1. In *A Eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 31.
2. Cf. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 2ª ed., São Paulo: Max Limonad, 1997; MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito constitucional internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.
3. Cf. FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005; MORAES, Alexandre. *Direitos humanos fundamentais*, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2000.
4. A esse respeito, vede SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 33.
5. In *A Era dos direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992, p.18.
6. Cf. *A Reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 131.
7. In *A Afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 1.
8. DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*, 24ª ed., São Paulo: RT, 2005, pp. 104-105.
9. Cf. *Op. cit.*, p. 59.
10. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1993, Tomo IV, pp. 166-167.
11. *Op. cit.*, pp. 105-106.
12. Sobre o assunto, cf. PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, pp. 61-62.
13. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 594-595.
14. Sobre a matéria, cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*, 5ª ed., Coimbra: Almedina, 1992, pp. 590 e segs.
15. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, pp. 256-257.
16. *Op. cit.*, p.85.
17. Cf. *A Proteção internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1991, pp. 631-632. Vede, também, PINHEIRO, Carla. *Direito Internacional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2001, pp. 52-56.
18. *Op. cit.*, pp. 304-309.
19. Cf. *Comentários à constituição brasileira de 1988*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997, vol. 1, pp. 84-85.
20. Cf. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 195-196.
21. Cf. *Comentários à constituição do Brasil*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, 2º vol., pp. 423-424.
22. Cf. HC n. 72.131- RJ, tendo como Relator o Ministro Celso de Mello, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence.
23. Vede posição do Ministro Carlos Velloso, no julgamento do HC n. 82.424-RS; confira, igualmente, seu entendimento doutrinário: "Os tratados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal". In *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 41, n. 162, p. 39, abr./jun. 2004.
24. Vede posição do Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento do RHC n. 79.785-RJ.
25. ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. "Os Direitos Fundamentais na Constituição de 88". In MORAES, Alexandre de. *Os 10 Anos da Constituição Federal*. São Paulo: Ed. Atlas, 1999, pp. 267-269. ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. "A Incorporação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no direito brasileiro". In *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, ano 33, n. 130, pp. 77-81, abr./jun. 1996.
26. *Op. cit.*, p. 233.
27. Cf. *A Força normativa da constituição*, trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, pp. 22-23.
28. *Op. cit.*, p. 524.
29. MELLO, Celso de Albuquerque. "O § 2º do art. 5º da Constituição Federal". In TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 3.
30. Cf. "A EC n. 45 e temas de direito internacional". In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, et alii. *Reforma do Judiciário*. São Paulo: RT, 2005, p. 126.
31. Vede "Tratados internacionais na emenda constitucional 45". In TAVARES, André Ramos, et alii. *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Editora Método, 2005, p. 91.

32. Cf. "Bloco de constitucionalidade e recepção dos tratados internacionais". In TAVARES, André Ramos, et alii, Op. cit., p. 103.
33. Cf. "Reforma do Poder Judiciário e direitos humanos". In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, et alii. Op. cit., pp. 456-457.
34. "O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia". In SILVA, Bruno Freire & MAZZEI, Rodrigo. *Reforma do Judiciário*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 54.
35. Op. cit., p. 48.
36. Cf. COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., pp. 48-49.
37. "A Evolução da Proteção dos Direitos Humanos e o Papel do Brasil". In *"A Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Nacional e Internacional: Perspectivas Brasileiras"*, IIBH, 1992, p. 34.
38. Cf. Op. cit., p. 94.
39. A esse respeito, vede PIOVESAN, Flávia. "Reforma do Judiciário e direitos humanos". In TAVARES, André Ramos, et alii. Op. cit., p. 72.
40. Cf. PIOVESAN, Flávia. Op. cit., pp. 98-99.
41. A esse respeito, vede PIOVESAN, Flávia. Op. cit., pp. 73-75; e MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Op. cit., p. 57.
42. Cf. *Curso de direito internacional público*, 4ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976, vol. 1, p. 416.
43. Cf. Op. cit., p. 46.
44. Cf. "Constituição, desenvolvimento e modernidade". *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 34, n. 135, jul./set., 1997, p. 88.
45. Apud LAFER, Celso. Op. cit., pp. 117-118.