

## BREVE ANÁLISE SOBRE OS DEZ ANOS DO §3º DO ART. 5º, CF/88

Autor: FELAMINGO, Fabrício. Doutorando e Mestre em Direito das Relações Econômicas Internacionais pela PUC/SP. Professor de Direito Internacional e coordenador acadêmico do curso de especialização em Direito Internacional da COGEAE-PUC/SP.

### RESUMO:

O presente estudo analisa a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, considerando-se a mudança na Constituição havida com a emenda nº 45, de dezembro de 2004. A reforma introduziu um § 3º ao art. 5º, admitindo expressamente que tratados de direitos humanos tenham *status* de norma constitucional.

A justificativa do estudo realizado é a existência, desde a promulgação da Constituição em 1988, de doutrina que *já considerava* que tratados internacionais de direitos humanos têm *status* constitucional, ao mesmo tempo em que a jurisprudência do STF reserva a tais normas hierarquia de lei ordinária federal. Uma década após a nova redação constitucional, analisam-se quais impactos surgiram na doutrina e na jurisprudência do STF, esta última representada pelo RE 466.343/SP.

A conclusão, fundamentada na prevalência dos direitos humanos, é a de que possuem *status* de norma materialmente constitucional todos os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, garantindo-se hierarquia material e formalmente constitucional aos futuros tratados aprovados na forma prevista pelo art. 5º, § 3º da Constituição.

**PALAVRAS-CHAVE:** direitos humanos; tratados internacionais; hierarquia; incorporação; EC 45; art. 5º, §§ 2º e 3º, CF/88.

## BRIEF ANALYSIS ON THE 10-YEAR OF THE § 3<sup>RD</sup>, ARTICLE 5<sup>TH</sup>, CF/88

### ABSTRACT

The present study analyzes the hierarchy of human rights international treaties ratified by Brazil, considering the change in the Constitution occurred with amendment no. 45 of December 2004. The reform introduced a § 3<sup>rd</sup> to Article 5<sup>th</sup>, expressly admitting that human rights treaties have *status* of constitutional norms.

The justification of the study carried out is the existence, since the Constitution enactment in 1988, of a doctrine that *already considered* that human rights international treaties have constitutional *status*, at the same time at which the STF (Federal Supreme Court) caselaw reserves to such norms a hierarchy of ordinary federal law. After ten years of the new constitutional text, there are analyzed which impacts arise in doctrine and in the STF caselaw, the latter represented by RE 466.343/SP.

The conclusion, fundamented by the human rights prevalence, is that all human rights treaties ratified by Brazil have *status* of materially constitution norm, ensuring material and formally constitutional hierarchy to future treaties approved pursuant to Article 5<sup>th</sup>, § 3<sup>rd</sup>, of the Constitution.

**KEY-WORDS:** human rights; international treaties; hierarchy; incorporation; EC 45; Article 5<sup>th</sup>, §§ 2<sup>nd</sup> and 3<sup>rd</sup>, CF/88.

## 1. O advento do §3º do art. 5º da Constituição Federal.

O passar do tempo é importante para a análise de boa parte das modificações legislativas, especialmente no Brasil, onde são tão comuns. O assentar da norma com os anos permite que a doutrina e jurisprudência firmem seu entendimento e igualmente permite que a sociedade passe a entender melhor a norma e, mesmo, perceber a evolução social que a eventual inovação legislativa apresentou.

Há pouco mais de dez anos foi promulgada a emenda constitucional 45/2004 (EC 45), que introduziu no artigo 5º da Constituição Federal (CF/88) os parágrafos 3º e 4º, dentre diversas outras modificações. O presente trabalho se propõe a traçar breve análise sobre o § 3º, cuja redação dispõe:

*§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.*

Trata-se de introdução de regra que busca, claramente, dar aos tratados internacionais de direitos humanos uma hierarquia diferenciada em relação ao restante do ordenamento jurídico nacional. Surgiu a dúvida à época, todavia: tal regra facilitou ou dificultou a incorporação de tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico nacional? E a hierarquia de tais normas, até então compreendidas como de nível constitucional (por parte da doutrina) ou de nível de lei federal (pelo STF), ficou prejudicada?

Afinal, em uma primeira análise, seria possível entender-se que *apenas* os tratados que viessem a ser aprovados com a nova sistemática teriam *status* – ou hierarquia – de norma constitucional. Veremos adiante, entretanto, que tal interpretação não é possível.

Antes, porém, outra análise se faz pertinente. Do ponto de vista da redação do § 3º, quando da discussão da EC 45, parece-nos claro que a *intenção* do poder constituinte na reforma constitucional foi atender a um reclamo, colocando fim na discussão jurisprudencial e doutrinária

acerca do *status* normativo dos tratados internacionais de direitos humanos. Assim, buscaria o poder constituinte derivado esclarecer a real interpretação que deveria ser dada, aparentemente, nesse sentido, de forma favorável a considerar-se a possibilidade de conceder-se aos tratados internacionais de direitos humanos a hierarquia de norma constitucional.

Celso Lafer observa que foi por conta dessa controvérsia que a EC 45 adicionou o § 3º ao art. 5º, completando que:

*“O novo parágrafo 3º do art. 5º pode ser considerado como uma lei interpretativa destinada a encerrar as controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias suscitadas pelo parágrafo 2º do art. 5º. De acordo com a opinião doutrinária tradicional, uma lei interpretativa nada mais faz do que declarar o que pré-existe, ao clarificar a lei existente. Ensina, no entanto, Paul Roubier:*

*Une loi qui résout une question controversée n’est pas nécessairement une loi interprétative; elle peut en quelque sorte, supprimer le controverse en déplaçant le problème sur un nouveau terrain.*

*Este me parece ser o caso do novo § 3º do art. 5º”i (LAFER, 2005)*

Ademais, a redação em si, com inclusão expressa do quórum a ser alcançado no Congresso Nacional, parece ser uma resposta a uma interpretação do STF na ADIn nº 1.480-3/DF, quando foi discutida a Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho. Na ocasião, entendeu-se pela impossibilidade de tratado internacional atuar como sucedâneo de lei complementar também, dentre outros argumentos, pela diferença de quórum exigido para aprovação de lei complementar em relação à ordinária – como se sabe, a Convenção 158 dispõe sobre a despedida sem justa causa de empregados, matéria que, conforme o art. 7º, I, CF/88, deve ser regulada mediante lei complementar.

No julgamento da ADIn nº 1.480-3/DF, o Min. Carlos Velloso, em voto vencido, entendeu que uma vez aprovado pelo Congresso Nacional e ratificado pelo Presidente da República, a incorporação da norma internacional no ordenamento interno se dá com *status* de lei, gênero do

qual são espécies a complementar e a ordinária (dentre outras). O tratado será recepcionado, portanto, como lei complementar ou ordinária, não apenas como lei ordinária, dependendo, assim, apenas e tão somente da demanda por uma ou outra espécie dentro do ordenamento jurídico.

Todavia, o entendimento majoritário foi mantido conforme a tradição do STF, isto é, o tratado como equivalente a lei ordinária federal. Nesse sentido, o Min. Nelson Jobim, em posicionamento em que foi acompanhado por outros ministros (dentre os quais o Min. Marco Aurélio Mello), explica seu entendimento baseando-se justamente na necessidade de quórum de maioria absoluta, mais alto do que o de maioria simples, para a aprovação de lei complementar.

Aqui, portanto, a motivação para a redação do § 3º, tal qual se apresenta. Há no seu texto menção expressa a quórum de aprovação. E, não por coincidência, tal quórum é o de emenda constitucional. Ou seja, também essa discussão estaria “resolvida”, em consonância com o art. 60, § 2º da CF.

Portanto, embora pareça inequívoca a *intenção* do poder constituinte derivado na redação do § 3º do art. 5º, no sentido de realmente criar norma interpretativa, como alguns poderiam entender, concordamos com a objeção de Lafer e pensamos que a lei que resolve uma questão controversa não é necessariamente uma lei interpretativa. E mais, tal lei pode acabar com a controvérsia, mas criar (ou transferir) o problema para uma nova área.

Com efeito, se parece correto que a discussão da matéria foi baseada no interesse de encerrar controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias a respeito do assunto, por outro lado a redação final, aprovada e finalmente incorporada à Constituição dá margens a outras interpretações, inclusive no sentido de que apenas os futuros tratados internacionais ratificados pelo Brasil, aprovados pelo Congresso com o quórum específico de emenda constitucional teriam este *status*. Mais ainda, gerou discussões a respeito da eventual criação de uma nova espécie legislativa, eis que teríamos, nos dizeres do § 3º, uma norma *equivalente* à emenda constitucional, mas não

*formalmente* emenda constitucional. Nesse sentido, alguns doutrinadores sustentam que os novos tratados de direitos humanos seriam apenas *materialmente* constitucionais, não integrando formalmente o texto da Constituição, como a seguir exemplificado:

*“Seria inconcebível que, por exemplo, cada Tratado Internacional incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pela sistemática do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição, recebesse a numeração de uma nova “Emenda Constitucional”. Dessa forma, conclui-se no sentido de que a espécie normativa referida no artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição, não é a Emenda Constitucional a que se refere o artigo 59, I, da Constituição. (...)*

*Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal entende que para um Tratado Internacional adquirir executoriedade no plano interno, ele precisa necessariamente passar por 3 etapas distintas, a saber: (1) celebração pelo Presidente da República; (2) aprovação de um Decreto Legislativo pelo Congresso Nacional; (3) edição de um decreto do Presidente da República, promulgando o Tratado Internacional anteriormente ratificado pelo Congresso Nacional.*

*Contudo, essa sistemática (...) não pode ser adotada para os atos normativos aprovados pela nova sistemática do artigo 5º, parágrafo 3º (...). (F)ará sentido submeter sua eficácia – após terem sido aprovados em dois turnos nas duas casas do Congresso Nacional por quorum de três quintos – à edição de um decreto do Presidente da República? (...) (D)eve-se entender que a eficácia desse ato normativo não pode ficar submetida à expedição de um decreto do Presidente da República” (...). [como no original] (LOULA, 2006)*

Em resumo: nem mesmo os futuros tratados internacionais de direitos humanos seriam, por esse entendimento, *formalmente constitucionais*. Por outro lado, a mera aprovação legislativa seria condição suficiente para a entrada em vigor da norma internacional, ao arrepio claro do art. 84, VIII, CF/88, que determina a competência privativa do Presidente da República para celebrar tratados internacionais.

Não podemos concordar com tal posicionamento. Ademais, não será feito aqui um rol de argumentos doutrinários, sendo o trecho acima mera exemplificação de como há, ainda, divergências a serem vencidas. A inclusão do §3º ao art. 5º, redigido aparentemente de forma tão literal, não foi suficiente para harmonizar interpretações. Embora não seja intenção aqui um estudo sobre hermenêutica constitucional, não é demais lembrar da lição de José Afonso da Silva:

*“A compreensão não pode ser entendida como mera reprodução do processo de criação da Constituição, pois isso levaria ao originalismo – modo de interpretação constitucional que entende que o sentido da Constituição se extrai dos antecedentes históricos, especialmente dos debates constituintes. (...) Diga-se, desde logo, que não é esse o modo correto de se chegar ao sentido da Constituição. Pois não é aceitável a idéia de que a hermenêutica tem por objetivo captar o pensamento dos autores da Constituição. (...) A interpretação é diálogo sim; mas é diálogo não com os autores da Constituição, mas diálogo com o texto criado e vigente, na busca da sua intencionalidade normativa.”*

Mais adiante, segue o jurista, defendendo uma *hermenêutica contextual*:

*(...) [É o] “contexto que define o sentido das normas constitucionais, em particular em função do sentido do texto constitucional na sua totalidade. É esse contexto que dá fundamento e operatividade à interpretação sistemática, porque é dele que decorrem os dois grandes princípios da hermenêutica constitucional, o princípio da unidade da Constituição e o princípio da coerência das normas da Constituição (...). E esse princípio da unidade impõe ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre normas, e deverá fazê-lo guiado pelos princípios fundamentais, gerais e setoriais inscritos ou decorrentes da própria Constituição”.* (SILVA, 2007.)

Surge pois um caminho para o entendimento do que a Constituição determina com os §§ 2º e 3º do art. 5º, em relação aos tratados internacionais de direitos humanos. Assim, no nosso entendimento, a interpretação deve ir além de considerar fatores como o momento histórico da promulgação da Constituição de 1988, o retorno à democracia após mais de duas décadas e a busca pela ampliação e efetiva garantia dos direitos fundamentais do indivíduo. Deve, feita a ressalva de

Afonso da Silva, também levar em conta o fato de que, originalmente, o projeto do § 2º do art. 5º previa justamente uma forma de tornar aberto o rol de direitos e garantias expressos na Constituição. Uma abertura restrita, no entanto, a três entradas, se assim podemos dizer: o regime, os princípios ou os tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

Finalmente, essa interpretação proposta ainda deve levar em consideração os próprios dispositivos constitucionais, sistematicamente considerados, em especial o fundamento na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais (art. 4º, II, CF).

É o que mostramos a seguir.

## **2. A hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos frente à nova redação constitucional dada pela introdução do § 3º do art. 5º.**

A ideia de que a Constituição amplia seu rol de direitos e garantias fundamentais ao incluir aqueles decorrentes do regime, dos princípios e dos tratados internacionais está inserida no contexto da Constituinte de 1987 e no processo de redemocratização do Brasil, após um longo período de regime ditatorial militar. A ampliação e consolidação das liberdades democráticas são a tônica da Constituição de 1988, e a ideia de assegurar direitos e garantias fundamentais no corpo do texto constitucional, permitindo a ampliação desse rol conforme haja a evolução dos direitos, está amparada e vai ao encontro dos mais modernos sistemas jurídicos das mais diversas nações.

Nesse sentido, a lição de Bobbio, para quem “*os direitos do homem constituem uma classe variável*”, afirmando ainda que o “*elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas (...). Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar (...)*”. (BOBBIO, 1992.)



Tampouco o poder constituinte originário seria capaz de imaginar esses novos direitos e garantias do futuro. Mas foi capaz de incluí-los no rol constitucional. Aí a ideia – e a grandeza – do disposto no art. 5º, § 2º da Constituição de 1988.

Dada, porém, a resistência do Estado, através do Poder Judiciário, a reconhecer esse dispositivo constitucional, justificada estaria a inclusão do § 3º no art. 5º.

Como frisado por Celso Lafer, não significa que a inclusão realizada seja uma mera *norma explicativa*, isto é, uma lei interpretativa do § 2º, mas, a partir de uma interpretação sistemática da Constituição, levando-se em consideração não apenas o disposto no art. 5º, §§ 2º e 3º, mas também a prevalência dos direitos humanos como fundamento das relações internacionais do Brasil (art. 4º, II, CF), fica claro que os tratados internacionais de direitos humanos vêm, sim, merecer por parte do texto constitucional um *status* diferenciado.

Para Lafer, assim como Flávia Piovesan, baseado nessas premissas o tratado internacional de direitos humanos *sempre* será, uma vez ratificado pelo Brasil, norma *materialmente constitucional*. As normas de tais tratados integram o bloco de constitucionalidade, isto é:

*“um conjunto normativo que contém disposições, princípios e valores que, no caso, em consonância com a Constituição de 1988, são materialmente constitucionais, ainda que estejam fora do texto da Constituição documental. O bloco de constitucionalidade é, assim, a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados. O bloco de constitucionalidade imprime vigor à força normativa da Constituição e é por isso padrão hermenêutico, de hierarquia superior, de integração, complementação e ampliação do universo dos direitos constitucionais previstos, além de critério de preenchimento de eventuais lacunas.” (LAFER, 2005.)*

A existência desse bloco de constitucionalidade pode ser verificada em outros ordenamentos jurídicos. Na França, por exemplo, conforme a anotação de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, integram o chamado *“bloc de constitutionnalité”* da Constituição de 1958 a Declaração Francesa de 1789, o preâmbulo da Constituição de 1946 e os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República. Observa o autor que *“a doutrina francesa contemporânea usa*

*da expressão para designar o conjunto de regras de ‘valor constitucional’ aplicadas pelo Conselho Constitucional no controle dos projetos de lei a ele submetidos”.* (FERREIRA FILHO, 2007.)

Se na Constituição francesa o bloco de constitucionalidade está previsto no preâmbulo, em nossa Constituição de 1988 tal dispositivo encontra-se no art. 5º, § 2º. Também têm valor constitucional os direitos decorrentes do regime e princípios constitucionais e dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte.

Se, como visto, os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil são sempre *materialmente* constitucionais, e o § 3º do art. 5º não é mera lei interpretativa, qual a inovação apresentada? A resposta é dada pela própria norma: os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil mediante aprovação de três quintos dos votos dos membros do Congresso Nacional, em dois turnos de votação, serão equivalentes às emendas constitucionais. Vale dizer, mais do que apenas *materialmente*, serão *formalmente* constitucionais.

Nem poderíamos entender de outra forma. A EC 45 não retirou ou modificou o § 2º do art. 5º, mas *adicionou* o § 3º. Ou seja, a Constituição permanece incluindo no rol de direitos e garantias fundamentais aqueles decorrentes do regime, dos princípios ou dos tratados internacionais que o Brasil faça parte.

Assim, temos que todos os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil são sempre materialmente constitucionais, o que significa dizer, seus direitos passam a integrar o bloco de constitucionalidade. São normas que protegem a pessoa humana e têm *status* de norma constitucional.

Pelo mesmo raciocínio, e tendo em vista que o § 3º não vedou a aprovação de tratados internacionais de direitos humanos pelo rito ordinário de aprovação no Congresso, todos aqueles

que ainda vierem a ser ratificados pelo Brasil por tal rito serão também materialmente constitucionais.

Finalmente, os tratados internacionais de direitos humanos que vierem a ser aprovados no Congresso Nacional pelo rito previsto no § 3º do art. 5º serão sempre *material e formalmente* constitucionais, por força da aplicação conjunta dos §§ 2º e 3º do art. 5º.

Esta é a nossa posição. Cumpre observar que nossa interpretação partiu de premissas comuns às manifestadas por Celso Lafer e Flávia Piovesan, acima citados, mas as conclusões a que chegamos aqui diferem um pouco tanto de um quanto de outro.

Em primeiro lugar, as coincidências: tanto Lafer quanto Piovesan defendem a constitucional materialidade de todos os tratados internacionais de direitos humanos, independentemente de também serem ou não formalmente constitucionais.

Em segundo lugar, concluímos aqui pela formalidade constitucional *apenas* dos tratados de direitos humanos que vierem a ser ratificados pelo Brasil após aprovação legislativa pelo rito especial incluído pelo § 3º do art. 5º. Diferentemente para Lafer, são formalmente constitucionais, além destes, também os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil *antes* da promulgação da Constituição de 1988:

*“pois foram como tais formalmente recepcionados pelo § 2º do art. 5º não só pela referência nele contida aos tratados como também pelo dispositivo que afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados. Neste sentido, aponto que a referência aos princípios pressupõe, como foi visto, a expansão axiológica do Direito na perspectiva ex parte civium dos direitos humanos.”* (LAFER, 2005)

Para Lafer, portanto, apenas e tão somente os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil no lapso entre a promulgação da Constituição de 1988 e a edição da EC 45/2004 – além dos

que futuramente venham a ser aprovados meramente pelo rito ordinário – são materialmente constitucionais (e não formal e materialmente constitucionais).

Flávia Piovesan, por seu turno, vai além. Para ela, são material e formalmente constitucionais *todos* os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil antes da EC 45/2004, mesmo os ratificados entre a promulgação da Constituição e a emenda constitucional:

*“Uma vez mais, corrobora-se o entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente ao mencionado parágrafo, ou seja, anteriormente à Emenda Constitucional n. 45/2004, têm hierarquia constitucional, situando-se como normas material e formalmente constitucionais. Esse entendimento decorre de quatro argumentos: a) a interpretação sistemática da Constituição, de forma a dialogar os §§ 2º e 3º do art. 5º, já que o último não revogou o primeiro, mas deve, ao revés, ser interpretado à luz do sistema constitucional; b) a lógica e racionalidade material que devem orientar a hermenêutica dos direitos humanos; c) a necessidade de evitar interpretações que apontem agudos anacronismos da ordem jurídica; e d) a teoria geral da recepção do Direito brasileiro.” (PIOVESAN, 2007)*

Serão apenas materialmente constitucionais os tratados aprovados pelo rito ordinário, a partir da EC 45, na visão de Flávia Piovesan – jurista que, relembramos, juntamente com Cançado Trindade tem municiado toda a doutrina pátria a respeito da constitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos.

Como dito acima, partilhamos aqui do entendimento de que *todos* os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil – antes ou depois do advento do § 3º do art. 5º da Constituição – são normas com hierarquia *materialmente* constitucional. Isto é, são normas cujos direitos e garantias são recebidos pela Constituição, nos termos do art. 5º, § 2º, e ampliam o rol dos direitos e garantias expressos na própria Constituição, conforme vimos acima.

Porém, em que pesem os argumentos de Flávia Piovesan e Celso Lafer, não entendemos que os tratados aprovados antes da reforma constitucional (todos, para Piovesan, os anteriores a 1988, para Lafer) sejam, também eles, além de material, *formalmente* constitucionais<sup>ii</sup>.

Acreditamos sim que essa era a intenção do legislador e, mais firmemente ainda, que seria mais apropriado que a redação do § 3º do art. 5º fosse não apenas de melhor técnica, como deixasse claro, definitivamente, o *status* de todos os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, no passado e no futuro.

Sua redação, porém, não é das mais felizes, talvez em homenagem ao que o então ministro do STF Nelson Jobim expôs, em seu citado voto na ADIn nº 1.480-3/DF, para quem “(v)árias vezes os textos legislativos brasileiros são confusos e mal redigidos, na perspectiva da técnica, exatamente porque é a única forma pelo qual se possibilita a formação das maiorias necessárias para aprovar aquele texto”. E completa ainda, em uma frase: “o voto universal reduziu a hegemonia nos parlamentos”, como que a justificar a dificuldade de acordos para as redações legislativas.

Se for esse o efeito do voto universal, felizes ficamos com o fim da hegemonia nos parlamentos. Mas não podemos entender como interpretação válida apenas e tão somente a intenção – ou suposta intenção – do legislador ao redigir a norma. Nem tampouco ficar sujeitos a imaginar quais (des)caminhos políticos foram seguidos até a aprovação de determinado dispositivo constitucional.

Ao dispor que os tratados 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”, não está o § 3º apenas interpretando o ainda existente § 2º do art. 5º, nem tampouco – como entendemos deveria – apenas inovando a forma de aprovação dos tratados pelo Congresso, na fase de aprovação legislativa dos tratados. Está verdadeiramente criando nova categoria de tratados internacionais, equivalentes às emendas constitucionais.

Não diminuiu o *status* dos tratados até então firmados pelo Brasil, nem poderia, pois é vedada a emenda constitucional *tendente* a abolir direitos e garantias fundamentais (art. 60, § 4º, IV, CF). Estes têm a hierarquia de norma *materialmente constitucional* dada, como visto, pelo art. 5º,

§ 2º. Porém, fosse o § 3º do art. 5º norma criada para interpretar os tratados internacionais de direitos humanos e meramente pacificar a jurisprudência, não teríamos a partir de então *duas* categorias de tratados internacionais – os materialmente constitucionais e os material e formalmente constitucionais.

Os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil – salvo os futuros, a serem aprovados pela forma do § 3º do art. 5º – não *emendam* a Constituição, mas seus direitos e garantias *integram* o rol constitucional de direitos e garantias fundamentais. São, pois, tais direitos e garantias, cláusula pétrea, não podendo ser excluídos da Constituição.

Entender-se o art. 5º, § 3º, como norma de interpretação (do § 2º) e recepção – o que realmente tornaria todos os tratados já ratificados pelo Brasil como formalmente constitucionais, pois recepcionados pela nova diretriz, sem que se possa exigir deles a aprovação por quórum especial, eis que antes inexistente a previsão – abre a possibilidade de termos, na nossa visão, futuros tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil considerados com *status* infraconstitucional.

Analisada a questão desta forma, mantém-se intocado o *status* dos tratados internacionais de direitos humanos aprovados até agora pelo Brasil, ao mesmo tempo em que se evita a interpretação de que somente os tratados internacionais ratificados a partir da EC 45 e, adicionalmente, aprovados pelo Congresso Nacional por três quintos dos votos em dois turnos de votação teriam hierarquia constitucional, reservando-se aos demais tratados de direitos humanos – inclusa a quase totalidade dos já ratificados pelo Brasil até a presente data, eis que até agora apenas um foi ratificado a partir da nova sistemática<sup>iii</sup> – hierarquia de mera lei ordinária federal.

Na prática, poucas são as distinções entre os tratados aprovados por um ou outro esquema legislativo, uma vez que, independente da forma, sempre a matéria – direitos e garantias – serão normas constitucionais. Dentre as distinções entre uns e outros tratados, a mais significativa diz respeito à possibilidade de denúncia, assunto que abordamos ao final do presente trabalho.

### **3. A posição do STF em relação à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos.**

Como visto anteriormente, o posicionamento predominante no STF após a promulgação da Constituição Federal de 1988, não obstante a doutrina contrária, foi no sentido de entender-se as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais advindas de tratados internacionais ratificados pelo Brasil como tendo uma hierarquia equivalente à de lei ordinária. Com efeito, salvo votos dissonantes em votações não unânimes, observou-se o STF dar guarida ao ordenamento pátrio sempre que possível, conferindo-lhe prevalência no conflito com os tratados internacionais de direitos humanos.

A grande novidade na última década –se assim podemos defini-la– foi mesmo a introdução em 2004 dos §§ 3º e 4º ao art. 5º, dentro da chamada *reforma do Judiciário*, pela EC 45. A redação do § 3º, por um lado, deixa claro que há, sim, a possibilidade de tratados internacionais de direitos humanos alcançarem a hierarquia constitucional. Por outro, entretanto, lançou em um relativo limbo jurídico todos os tratados internacionais de direitos humanos até então ratificados pelo Brasil – o que significa a maioria das principais convenções internacionais existentes sobre direitos humanos.

As dúvidas avolumaram-se, ao contrário do que poderia parecer. Algumas interpretações surgiram no sentido de que somente através do procedimento previsto pelo novo § 3º (votação com quórum e turnos de emenda constitucional pelo Congresso Nacional) poderiam os tratados internacionais de direitos humanos serem alçados à hierarquia de normas constitucionais.

Essa interpretação é feita, por exemplo, pelo Min. Gilmar Mendes, no recurso extraordinário (RE) 466.343, em voto vencedor no acórdão que modificou o entendimento do STF sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos em relação às demais normas do ordenamento brasileiro:

*“parece que a discussão em torno do status constitucional dos tratados de direitos humanos foi, de certa forma, esvaziada pela promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, (...) a qual trouxe como um de seus estandartes a incorporação do § 3º ao art. 5º (...). Em termos práticos, trata-se de uma declaração eloqüente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais.”* [grifado no original]

O Min. Gilmar Mendes ao menos faz a ressalva:

*“Não se pode negar, por outro lado, que a reforma também acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico.”*

Veremos adiante qual seria esse *lugar privilegiado* no ordenamento jurídico. Por ora, apenas destacamos que a interpretação tem fundamentos lógicos, mas deixa escapar no mínimo dois graves problemas; (i) absolutamente toda a rede de proteção internacional de direitos e garantias fundamentais ratificada pelo Brasil na forma de tratados internacionais ocorreu, quanto à aprovação legislativa, mediante votação simples, em turno único, o que equivaleria a rasgar todo um rol de direitos e garantias até então defendido como de nível constitucional e (ii) o recém adicionado § 3º *não é o novo* § 2º, isto é, convivem no texto constitucional ambas as determinações. O que significaria, a partir da EC 45, dizer que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil? Isto é, como harmonizar a interpretação constitucional, a partir de então?

Como dito, o STF modificou sua posição. O Min. Gilmar Mendes apresentou em 2006 longo voto no RE 466.343 no qual passa a conferir aos tratados internacionais de direitos humanos, ratificados pelo Brasil após aprovação legislativa pelo rito *antigo*, hierarquia ainda infraconstitucional, mas *supralegal*. É o primeiro reflexo jurisprudencial da mudança promovida



pela EC 45. É que em seu voto o Min. Gilmar Mendes entende que o § 3º é demonstração inequívoca de que o texto constitucional dá alguma prevalência aos tratados internacionais quando versem sobre direitos humanos:

*“(S)olucionando a questão para o futuro (...), a mudança constitucional ao menos acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados e convenções já ratificados pelo Brasil, a qual tem sido preconizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde o remoto julgamento do RE 80.004/SE (...) e ainda encontra respaldo em um largo repertório de casos julgados após o advento da Constituição de 1988.*

*Após a reforma, ficou ainda mais difícil defender (...) a ideia de que os tratados de direitos humanos, como quaisquer outros instrumentos convencionais de caráter internacional, poderiam ser concebidos como equivalentes às leis ordinárias.<sup>iv</sup>*

A conclusão a que chegou então o STF é a de que os tratados de direitos humanos são supralegais, não podendo ter hierarquia constitucional pois, agora, seria possibilitado o alcance de tal *status* somente aos tratados aprovados pelo Congresso Nacional mediante quórum e turnos específicos de emenda constitucional, nos termos do § 3º.

Como vimos acima, não concordamos com tal interpretação. Inequivocamente, entretanto, há o dever de reconhecer que a mesma tem o condão de, na prática, solucionar parte significativa dos casos de violação dos direitos humanos no Brasil. Afinal, todo o ordenamento jurídico, à exceção apenas da Carta Maior, estaria hierarquicamente abaixo dos tratados internacionais de direitos humanos. Os conflitos mais recorrentes (como o do depositário infiel em contratos com alienação fiduciária em garantia, caso concreto discutido no RE 466.343) estariam solucionados, eis que a Convenção Americana de Direitos Humanos estaria agora em patamar superior ao decreto nº 911/69, bem como ao Código Civil.

Assim, ainda que por vias tortuosas, tem-se uma ampliação da proteção dos direitos humanos, comparando-se com a interpretação vigente até poucos anos atrás no STF.

É interessante observar, entretanto, que o STF poderia ter ido mais longe. Em longo voto no qual faz a consideração da importância do valor ético fundamental da pessoa humana, o Min. Celso de Mello revê seus posicionamentos anteriores sobre o tema da hierarquia das normas internacionais de direitos humanos e, reconhecendo a imperiosa necessidade de modificação no posicionamento jurisprudencial do STF, apresentou voto no sentido de considerar todos os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil como normas com *status* constitucional. Um corajoso voto, ainda que vencido.

Celso de Mello inicia sua exposição destacando alguns dos principais tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, para depois observar:

*“(...) o Supremo Tribunal Federal se defronta com um grande desafio, consistente em extrair, dessas mesmas declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, a sua máxima eficácia, em ordem a tornar possível o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs.*

(...)

*“É dever dos órgãos do Poder Público – e notadamente dos juízes e Tribunais – respeitar e promover a efetivação dos direitos garantidos pelas Constituições dos Estados nacionais e assegurados pelas declarações internacionais, em ordem a permitir a prática de um constitucionalismo democrático aberto ao processo de crescente internacionalização dos direitos básicos da pessoa humana.”*

Segue o Min. Celso de Mello em diversas considerações sobre a importância da internacionalização dos direitos humanos para, finalmente, posicionar-se:

*“Após longa reflexão sobre o tema em causa (...) – notadamente a partir da decisão plenária desta Corte na ADI 1.480-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello (...) – julguei necessário reavaliar certas formulações e premissas teóricas que me conduziram, então,*

*naquela oportunidade, a conferir, aos tratados internacionais em geral (qualquer que fosse a matéria neles veiculada), posição juridicamente equivalente à das leis ordinárias.*

*As razões invocadas neste julgamento, no entanto, (...) convencem-me da necessidade de se distinguir, para efeito de definição de sua posição hierárquica em face do ordenamento positivo interno, entre convenções internacionais sobre direitos humanos (revestidas de “supralegalidade”, como sustenta o eminente Ministro Gilmar Mendes, ou impregnadas de natureza constitucional, como me inclino a reconhecer), e tratados internacionais sobre as demais matérias (compreendidos estes numa estrita perspectiva de paridade normativa com as leis ordinárias).*

Após reconhecer a doutrina que sustenta a hierarquia constitucional de tratados internacionais de direitos humanos, fazendo menção específica à posição de Celso Lafer, observa o Min. Celso de Mello:

*“Após muita reflexão sobre esse tema, e não obstante anteriores julgamentos desta Corte de que participei como Relator (...), inclino-me a acolher essa orientação, que atribui natureza constitucional às convenções internacionais de direitos humanos, reconhecendo, para efeito de outorga dessa especial qualificação jurídica, tal como observa Celso Lafer, a existência de três distintas situações concernentes a referidos tratados internacionais:*

*(1) tratados internacionais de direitos humanos (...) regularmente incorporados à ordem interna, em momento anterior ao da promulgação da Constituição de 1988 (tais convenções internacionais revestem-se de índole constitucional, porque formalmente recebidas nessa condição, pelo § 2º do art. 5º da Constituição);*

*(2) tratados (...) celebrados pelo Brasil (...) em data posterior à da promulgação da EC nº 45/2004 (essas convenções internacionais, para se impregnarem de natureza constitucional, deverão observar o “iter” procedimental estabelecido pelo § 3º do art. 5º da Constituição; e*

*(3) tratados (...) celebrados pelo Brasil entre a promulgação da Constituição de 1988 e a superveniência da EC nº 45/2004 (referidos tratados assumem caráter materialmente constitucional, porque essa qualificada hierarquia jurídica lhes é transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade (...).”*

Assim, em voto histórico, tanto pela importância do tema como pela coragem – que deve ser reconhecida – em mudar sua posição, o Min. Celso de Mello buscou introduzir no STF nova possibilidade de interpretação acerca dos tratados internacionais de direitos humanos.

#### **4. A ampliação da proteção constitucional dos direitos humanos no Brasil representada pelo §3º.**

O voto do Min. Gilmar Mendes talvez fosse diferente não houvesse a inclusão do § 3º no art. 5º pela EC 45, mas parece claro que sua tendência, pelo exposto por ele, e conforme observamos anteriormente, já seria por conferir aos tratados de direitos humanos uma hierarquia diferenciada em relação às demais normas do ordenamento jurídico. Uma mostra disso é essa sua análise:

*“No Direito Tributário, ressalto a vigência do princípio da prevalência do direito internacional sobre o direito interno infraconstitucional, previsto pelo art. 98 do Código Tributário Nacional. Há, aqui, uma visível incongruência, pois admite-se o caráter especial e superior (hierarquicamente) dos tratados sobre matéria tributária em relação à legislação infraconstitucional, mas quando se trata de tratados sobre direitos humanos, reconhece-se a possibilidade de que seus efeitos sejam suspensos por simples lei ordinária.”*

Essa incongruência, realmente, é indevida. Levando-se em consideração apenas duas passagens da Constituição – arts. 4º, II e 5º, § 2º – poderíamos concluir pela hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

A inclusão do § 3º ao art. 5º não pode, portanto, significar uma *redução* no nível de proteção constitucional aos direitos humanos. Se é vedada emenda constitucional *tendente a abolir* direitos e garantias fundamentais, a inclusão do § 3º, na interpretação de que, agora, somente após sua edição seriam possíveis tratados com hierarquia constitucional, significaria a retirada do rol de

direitos e garantias fundamentais constitucionais de uma série de normas protetoras, antes incluídas no corpo constitucional por força do § 2º.

Assim, sem alegar inconstitucionalidade de emenda constitucional, no caso a EC 45, e mesmo sem entrar no mérito de tal questão, eminentemente de direito constitucional, a interpretação que resta a ser feita é a da mera distinção entre *forma*, pois na *matéria*, sempre teremos como de nível constitucional os direitos decorrentes dos tratados internacionais de direitos humanos.

E com uma vantagem significativa. A partir da EC 45 extingue-se praticamente por completo a defesa, doutrinária ou jurisprudencial, sobre a impossibilidade de mudanças constitucionais pela via de tratado internacional. Mesmo os mais ferrenhos opositores à ideia de tal forma de inovação constitucional terão ao menos que reconhecer a via prevista no art. 5º, § 3º, ainda que até o presente momento não tenha sido aplicada.

Ora, com isso, a generalidade dos argumentos utilizados até então para desqualificar a possibilidade de tratados internacionais terem hierarquia constitucional perde força. Com efeito, argumentos como o do Min. Nelson Jobim, apresentados em seu voto na ADIn n. 1.480 já referida neste trabalho, perdem totalmente o sentido. Argumenta em seu voto:

*“Além dos argumentos aduzidos pelo Ministro Moreira Alves, no sentido de que obteríamos emenda constitucional pela via do tratado, teríamos situações curiosas se ele fosse bilateral e outro país o denunciasse.*

*Se o considerássemos integrado à Constituição, observaríamos uma situação no mínimo estranha: formulado o tratado multilateral, se todos os países o denunciassem, só o Brasil não poderia fazê-lo porque ele haveria adquirido a condição de cláusula pétrea!*

*A consequência mostra o absurdo, ou melhor, o equívoco da premissa.”*

Com a devida vênia, não há “situação curiosa” ou “estranha”. É exatamente esse o espírito da Constituição: a proteção máxima aos direitos humanos. Se ingressam estes pela via de tratados internacionais, ou por qualquer outra forma, não é relevante. Para a Carta Maior, relevante é a perenidade de tais direitos.

Não significa que o tratado internacional não pode, eventualmente, ser denunciado por outros Estados-partes – e frise-se que tratados de direitos humanos são em sua generalidade tratados multilaterais. A Constituição brasileira não pode evitar tais denúncias, nem tem interesse em regular essa situação.

Mesmo na situação expressada pelo Min. Jobim, teríamos a perenidade dos direitos. Ao serem considerados cláusula pétrea, permaneceriam no *bloco de constitucionalidade*, protegendo a pessoa humana, passíveis de aplicação pelo Poder Judiciário brasileiro.

Quanto à denúncia, mais relevante é indagar: pode o Estado brasileiro denunciar um tratado internacional de direitos humanos? Isto é, pode unilateralmente apresentar um instrumento de denúncia, a partir do qual deixa de ser internacionalmente responsável pelo cumprimento das disposições daquele tratado?

Eis aqui, fundamentalmente, a diferença existente entre tratados internacionais *materialmente constitucionais*, frente àqueles considerados *material e formalmente constitucionais*, tal como expusemos anteriormente.

Sendo o tratado internacional, ratificado após aprovação legislativa obtida mediante a forma do § 3º do art. 5º, *equivalente à emenda constitucional*, fica claro que ao Presidente da República é vedada a apresentação de denúncia. Com efeito, não poderia o Presidente, unilateralmente, efetuar mudança constitucional, pela via da *supressão*, se pudermos dizer assim, de emenda constitucional.

Ademais, mesmo que houvesse aprovação do Congresso Nacional – e para a denúncia, pelo sistema atual no Brasil, não é exigida aprovação prévia do Poder Legislativo autorizando o Presidente a tanto – há que se lembrar que estaríamos falando, sim, de cláusula pétrea da Constituição, motivo pelo qual a denúncia, novamente, não poderia ser operada.

Diferentemente ocorre com os tratados internacionais de direitos humanos já ratificados pelo Brasil – aqui considerados *material* mas não *formalmente* constitucionais. Para estes, ainda

seria possível a denúncia, hipótese em que o Brasil deixaria de ser internacionalmente responsável pelo cumprimento do tratado. Isto é, deixaríamos de lado a obrigatoriedade internacional – o que significa que não poderíamos sofrer uma sanção internacional – mas ainda assim, no bloco de constitucionalidade, estariam presentes tais direitos, passíveis de observância pelo Estado em suas políticas públicas e imposição por parte do Poder Judiciário, por força do *status* constitucional conferido pelo § 2 do art. 5 aos direitos decorrentes de tais normas.

Observe-se que os efeitos internacionais da denúncia podem ser restringidos pelo próprio tratado. Não raro, para evitar a apresentação *casuística* de denúncia, em uma tentativa do Estado-parte de fugir à responsabilização internacional, os tratados estabelecem momentos específicos para sua apresentação, ou prazo para que venham a gerar efeitos. O comum, em parte significativa dos tratados internacionais de direitos humanos, é que a apresentação da denúncia somente gere efeitos um ano após sua apresentação.

De toda forma, em boa parte desses tratados é permitida expressamente a apresentação de denúncia por parte do Estado. Na nova sistemática brasileira, entretanto, embora internacionalmente fosse possível tal denúncia, internamente há agora vedação, por significar na prática uma reforma constitucional que implica na retirada de direitos e garantias fundamentais, cláusulas pétreas conforme o art. 60, § 4º, IV, CF.

## **5. Conclusão**

Em resumo, uma década após o advento do §3º do art. 5º, CF/88, o saldo é positivo para a proteção dos direitos humanos no Brasil, quando se observa que o STF passou a conferir aos tratados de direitos humanos, indistintamente, uma posição no ordenamento superior à qual vinha aceitando nas décadas precedentes.

No entanto, do ponto de vista jurídico, é lamentável que norma redigida com finalidade tão clara quanto o §2º do art. 5º tenha sua aplicação praticamente esvaziada. Pior, tendo o Brasil ratificado boa parte dos principais instrumentos internacionais de direitos humanos antes do advento da EC 45, de 2004, tem-se que não há possibilidade de tais importantes dispositivos passarem, mantendo-se nos próximos anos a atual posição do STF, a constituir o bloco de constitucionalidade dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana no Brasil, tal qual desejava o legislador constituinte originário. Nos dez anos passados desde a EC 45 o único momento de discussão mais significativa a esse respeito foi no RE 466.343, que consagrou a *supralegalidade* mas *infraconstitucionalidade* dos tratados de direitos humanos já ratificados até então pelo Brasil.

## NOTAS

---

<sup>i</sup> LAFER, 2005, p. 16. Uma tradução livre do trecho citado poderia ser: *Uma lei que resolva uma questão controversa não é necessariamente uma lei interpretativa; ela em certa medida pode suprimir a controvérsia transferindo o problema para uma nova área.*

<sup>ii</sup> “Dá-se na interpretação de textos normativos algo análogo ao que se passa na interpretação musical. Não há uma única interpretação correta (...). Nego peremptoriamente a existência de uma única resposta correta (verdadeira, portanto) para o caso jurídico – ainda que o intérprete esteja, através dos princípios, vinculado pelo sistema jurídico. Nem mesmo o juiz Hércules [Dworkin] estará em condições de encontrar para cada caso uma resposta verdadeira, pois aquela que seria a única resposta correta simplesmente não existe” – GRAU, 2003, p. 36. Citamos como uma forma de justificarmos para nós mesmos a ousadia de interpretarmos de forma diversa – ainda que apenas em pequenina parte – daqueles que trazem há tantos anos a base para a discussão do tema acerca da constitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, em especial Flávia Piovesan.

<sup>iii</sup> A Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência, aprovada na ONU por ocasião da 61ª Assembleia Geral em dezembro de 2006, foi ratificada pelo Brasil em 31 de agosto de 2008 e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 6949 de 25 de agosto de 2009, tendo sido o primeiro tratado de direitos humanos a ser aprovado após a introdução do § 3º no art. 5, CF/88.

<sup>iv</sup> Levado ao plenário do STF em 03/09/1975 pelo Min. relator Xavier de Albuquerque, o julgamento do RE 80.004/SE estendeu-se até 01/06/1977, após sucessivos pedidos de vista (cinco no total) conforme os autos eram reapresentados nas sessões plenárias.