

A ANÁLISE DO §3º DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA A PARTIR DO DIREITO ARGENTINO

THE ANALYSIS OF § 3 OF ARTICLE 5 OF BRAZILIAN FEDERAL CONSTITUTION FROM ARGENTINE LAW

Kátia Stanski¹

Fabiane Stanski²

João Irineu de Resende Miranda³

SUMÁRIO: Introdução; 1. A promulgação da Constituição Federal brasileira de 1988 e a reforma da Constituição argentina em 1994 para a recepção dos tratados internacionais de direitos humanos; 1.1 A promulgação da Emenda Constitucional nº 45 de 2004 e as discussões acarretadas pela introdução do §3 no artigo 5º da Constituição Federal brasileira; 1.2. A hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos à luz das jurisprudências argentina e brasileira; 2. A análise do §3º do artigo 5º da Constituição Federal brasileira sob a perspectiva do inciso 22 do artigo 75 da Constituição argentina; Considerações Finais; Referências das Fontes Citadas.

RESUMO

O §3º do artigo 5º da Emenda Constitucional nº 45/04 confere hierarquia constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos aprovados através de seu *quórum* qualificado. Entretanto, não se especificou qual hierarquia será atribuída aos tratados adotados outrora à Emenda ou que não forem recepcionados pelo seu *quórum* de aprovação. A hierarquia definida do tratado determina a efetividade de sua atuação frente ao conflito normativo com o ordenamento jurídico interno. Este trabalho destina-se a esclarecer a hierarquia

¹ Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Estadual de Ponta Grossa. Bolsista de

Iniciação Científica do CNPQ vinculada à linha de pesquisa "A cooperação internacional na garantia dos direitos fundamentais". E-mail: katia_stanski@hotmail.com

² Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Estadual de Ponta Grossa. Bolsista de

Iniciação Científica do CNPQ vinculada à linha de pesquisa "A cooperação internacional na garantia dos direitos fundamentais". E-mail: Fabiane.stanski@gmail.com

³ Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da USP, coordenador do Grupo de Pesquisa em Direito Internacional Penal da UEPG. E-mail: joaoirineu@uepg.br

dos tratados internacionais de direitos humanos não compreendidos pela Emenda nº 45. Para tanto, far-se-á um estudo na técnica do direito comparado, considerando as Constituições brasileira e argentina. Foram identificadas várias correntes doutrinárias que tentam definir a hierarquia dos tratados não compreendidos pela Emenda nº 45, tais como a tese constitucional, infraconstitucional, supralegal e supraconstitucional. Concluiu-se que a hierarquia constitucional dos tratados é a corrente com mais adeptos no Brasil, estando resguardada pelo ordenamento jurídico argentino.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição argentina; Constituição brasileira; hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos.

ABSTRACT

The third paragraph of article 5 of the constitutional Amendment No. 4504 gives constitutional status to human rights treaties adopted through its qualified quorum. However, it was not specified which hierarchy will be assigned to treaties adopted once the Amendment is approved or not by the quorum of approval. The hierarchy defined on the treaty establishes the effectiveness of its performance against the normative conflict with domestic law. This work is intended to clarify the hierarchy of international treaties on human rights is not understood by Amendment No. 45. For that, a study of comparative law on the hierarchical position of international treaties on human rights will be made, considering the Brazilian and Argentina Constitutions. Several doctrinal currents in the Brazilian legal system were identified that attempt to define the rank of treaties not included by Amendment No. 45, such as the constitutional, infraconstitucional, and supralegal, supraconstitucional theses. It was concluded that the constitutional hierarchy of international human rights treaties, is the current with the most followers in Brazil, also being sheltered by Argentine law in its constitution.

KEYWORDS: Argentine Constitution; Brazilian Constitution; status to human rights treatie.

INTRODUÇÃO

Tendo em vista as graves violações aos direitos humanos ocorridas no Brasil e na Argentina durante os seus regimes militares, viu-se a necessidade de instituir Constituições comprometidas com os preceitos democráticos e com a proteção dos direitos humanos.

A reforma da Constituição argentina de 1853 em 1994, conferiu primazia aos direitos humanos ao atribuir hierarquia constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos aprovados pelo *quórum* qualificado disposto no inciso 22 do

STANSKI, Kátia; STANSKI, Fabiane; MIRANDA, João Irineu de Resende. A análise do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal brasileira a partir do Direito argentino. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.2, 2º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

artigo 75 da Constituição argentina⁴. Ao passo que a Constituição brasileira, promulgada em 1988, revelou-se lacunosa em relação à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos⁵. A posição hierárquica definida do tratado perante a ordem jurídica interna determinaria a norma a ser aplicada na ocorrência de conflito normativo entre Constituição e tratado.

As crescentes discussões e dúvidas concernentes à indefinição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro impulsionaram o legislador a instituir o §3º no artigo 5º da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, o qual dispõe que “os tratados internacionais de direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às Emendas Constitucionais”⁶. Entretanto, o legislador não especificou a posição hierárquica dos tratados recepcionados anteriormente à Emenda ou que não fossem aprovados pelo *quórum* disposto no §3º do artigo 5º da Constituição Federal. As teses constitucional, infraconstitucional, supralegal e supraconstitucional tentam definir a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos perante o ordenamento jurídico brasileiro⁷.

Tendo em vista as diferentes perspectivas adotadas pelas Constituições brasileira e argentina como adaptar o problema da hierarquia normativa dos tratados de direitos humanos no Brasil a partir da ótica do direito internacional? Este trabalho acredita que é possível valer-se da experiência argentina como precedente interpretativo na adaptação das disposições constitucionais brasileiras aos parâmetros mínimos do direito internacional dos direitos humanos.

Deste modo, o objetivo geral deste trabalho é demonstrar como uma Constituição Latino Americana culturalmente estabelecida sobre bases

⁴ ARGENTINA. **Constitución Nacional**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/cuerpo1.php>> Acesso em: 14 mar. 2012;

⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** [promulgada em 5 de Outubro de 1988]. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁶ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 24 out. 2010.

⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11 ed. rev. e atual – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 26-45.

STANSKI, Kátia; STANSKI, Fabiane; MIRANDA, João Irineu de Resende. A análise do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal brasileira a partir do Direito argentino. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.2, 2º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

semelhantes à Constituição de 1988 foi reformada de modo a garantir os compromissos internacionais de um Estado no tocante aos direitos humanos.

Assim o primeiro item fará uma análise da gênese legislativa das Constituições brasileira e argentina considerando seu contexto histórico e político. No segundo item, será descrita a evolução doutrinária e jurisprudencial que culminou, paralelamente, no §3º do artigo 5º da Constituição brasileira e no inciso 22 do artigo 75 da Constituição argentina. Finalmente, a partir dos dados obtidos buscar-se-á a determinação dos argumentos jurídicos preponderantes nas decisões jurisprudenciais brasileira e argentina.

A pesquisa se dará através de uma técnica comparada entre as legislações brasileira e argentina. As fontes utilizadas, além de pesquisa documental, em artigos, leis e jurisprudência, será empregada a pesquisa bibliográfica em livros e artigos acadêmicos, com fins de solucionar da problemática abrangência da Emenda nº 45 no direito argentino, identificando, por meio da análise do inciso 22 do artigo 75 da Constituição argentina, o desenvolvimento dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro⁸.

1. A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988 E A REFORMA DA CONSTITUIÇÃO ARGENTINA EM 1994 PARA A RECEPÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

As ditaduras militares ocorridas no Brasil e na Argentina desencadearam um dos períodos mais autoritários e conturbados da história da América Latina, culminando em gravíssimas violações aos direitos humanos.

A Comissão Nacional sobre o desaparecimento de pessoas, instituída na Argentina, em 1983, pelo governo constitucional de Raúl Alfonsín, atribuiu ao regime militar a morte e o desaparecimento de aproximadamente 09 mil pessoas⁹. Ao passo que, a Comissão Especial sobre mortos e desaparecidos

⁸ SGARBOSSA, Luís Fernando; JESEN, Geziela. **Elementos de Direito Comparado**. Ciência, política legislativa, integração judiciária e prática judiciária. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 197.

⁹ SOLEDAD CATOGGIO, Maria. **La última dictadura militar argentina [1976-1983]: la ingeniería del terrorismo de Estado**. Disponível em: <http://www.massviolence.org/PdfVersion?id_article=485>. Acesso em: 22 dez. 2011.

STANSKI, Kátia; STANSKI, Fabiane; MIRANDA, João Irineu de Resende. A análise do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal brasileira a partir do Direito argentino. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.2, 2º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

políticos, instituída no Brasil em 1995, através da Lei nº 9.140, estimou que a ditadura militar brasileira deixou um lastro de aproximadamente 354 pessoas entre mortos e desaparecidos¹⁰.

As restrições aos direitos fundamentais, cuja finalidade era garantir os interesses das ditaduras, somadas às suas graves consequências fizeram crescer o anseio de dotarem no Brasil e na Argentina novas Constituições corroboradas com a proteção dos direitos humanos.

Assim sendo, a Constituição argentina de 1853 foi reformada em 10 de abril de 1994, que com o intuito de atender os anseios da redemocratização pós-ditadura, elencou em seu texto uma série de princípios, direitos e garantias fundamentais¹¹. Neste mesmo sentido, a Constituição Federal Brasileira foi promulgada em 05 de outubro de 1988, considerada “[...] o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil”¹², alargou a dimensão dos direitos e garantias, ao incluir no catálogo de princípios e direitos fundamentais, o princípio da prevalência dos direitos humanos, por meio do qual o Estado brasileiro deverá reger-se em suas relações internacionais¹³.

O paradigma da prevalência dos direitos humanos na ordem interna impulsionou o constituinte originário a criar várias inovações constitucionais no tocante à proteção dos direitos humanos e à recepção dos tratados internacionais de direitos humanos, especialmente o artigo 5º, §1º da Constituição, o qual dispõe “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata” e o §2º do artigo 5º da Constituição, o qual dispõe “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do

¹⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund y otros [Guerrilha do Araguaia] Vs Brasil**. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em: 11 mai. 2011, p. 95.

¹¹ BARBOSA, Salomão Almeida. As Relações Internacionais na Constituição da Argentina. **Rev. Jur.**, Brasília, v. 7, n. 74, p.01-14, ago/set, 2005, p. 01-14.

¹² PIOVESAN, Flavia. A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. **Revista Jurídica da Faculdade de Direito / Faculdade Dom Bosco**. Núcleo de Pesquisa do Curso de Direito. — v. 2, n. 1 [jan./ jun. 2008] — Curitiba: Dom Bosco, 2008.

¹³ “Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:
[...]

II - prevalência dos direitos humanos”. [BRASIL, 1988].

STANSKI, Kátia; STANSKI, Fabiane; MIRANDA, João Irineu de Resende. A análise do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal brasileira a partir do Direito argentino. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.2, 2º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitopolitica - ISSN 1980-7791

regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”¹⁴.

As conquistas em favor da proteção dos direitos humanos no direito internacional, concretizados através de tratados internacionais de direitos humanos projetam-se na Carta Magna. Contudo, a efetividade dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico interno encontra-se limitada quando há conflito normativo entre dispositivo constitucional e o tratado. Esta limitação de efetividade dos tratados ocorre devido à controvérsia sobre o *status* dos tratados internacionais de direitos humanos recepcionados pela ordem jurídica brasileira.

Não obstante os aspectos históricos análogos que contribuíram para a instituição dos preceitos fundamentais das Constituições brasileira e argentina, esta reconhece em seu inciso 22 do artigo 75, que os tratados internacionais de direitos humanos recepcionados pelo ordenamento jurídico argentino apresentam *status* constitucional¹⁵. Assim sendo, os tratados internacionais de direitos humanos, recepcionados pelo ordenamento jurídico argentino, estão em paridade hierárquica com a Constituição, devendo ser aplicada, na ocorrência de conflito normativo, a lei mais benéfica ao indivíduo, titular de direito ¹⁶.

No Brasil, a hierarquia indefinida dos tratados internacionais de direitos humanos não resolvida pela Constituição de 1988, suscitou várias dúvidas e discussões, as quais resultaram na formação de quatro correntes doutrinárias: a hierarquia supralegal; supraconstitucional; constitucional e infraconstitucional¹⁷.

A hierarquia supralegal atribui aos tratados *status* inferior à Constituição e superior à legislação ordinária¹⁸. De acordo com Piovesan, este posicionamento

¹⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** [promulgada em 5 de Outubro de 1988]. 2010.

¹⁵ GOMES, Eduardo Biachi. O artigo 5º, §3º, da Constituição Federal: uma análise a partir do direito comparado Argentino. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UNIBRASIL**, n. 4, jan./dez. 2004, p. 66.

¹⁶ PIOVESAN, Flavia. **A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos**. p. 60.

¹⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. p. 25-40.

¹⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE nº 466.343-1**. Banco Bradesco S/A e Vera Lucia B de Albuquerque. Relator: Ministro. Julg. Dez. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444&pgI=1&pgF=100000>>. Acesso em: 23 ago. 2010.

STANSKI, Kátia; STANSKI, Fabiane; MIRANDA, João Irineu de Resende. A análise do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal brasileira a partir do Direito argentino. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.2, 2º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

se coaduna com o princípio da boa-fé vigente no direito internacional e tem como reflexo o artigo 27 da Convenção de Viena¹⁹, segundo o qual não cabe ao Estado invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não cumprimento de tratado²⁰. Em razão disso, os tratados internacionais de direitos humanos ocupam um nível intermediário entre o *status* constitucional e o *status* ordinário²¹.

A hierarquia supraconstitucional atribui aos tratados internacionais *status* superior à Constituição²². Conforme sustenta Marotta Rangel, "A superioridade do tratado em relação às normas do direito interno é consagrada pela jurisprudência internacional e tem por fundamento a noção de unidade e solidariedade do gênero humano"²³. Em vista disso, a tese hierárquica supraconstitucional decorre principalmente de princípios fundamentais, tal como o *pacta sunt servanda*, ou seja, o contrato pactuado deve ser cumprido.

Na hierarquia infraconstitucional, os tratados internacionais de direitos humanos estão em paridade hierárquica com a lei federal, sendo, portanto aplicável o princípio "lei posterior revoga lei anterior que seja com ela incompatível"²⁴. Neste contexto, Mazzuoli assevera que a justificativa de que os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos apresentam hierarquia infraconstitucional não prospera, pois se a própria Constituição estabelece que "[...] os direitos e garantias nela elencados podem ser complementados por outros provenientes de tratados, não se poderia pretender que esses *outros* direitos e garantias

¹⁹ "Art. 27º. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado." [BRASIL, 2009].

²⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. p. 60.

²¹ BRASIL. **Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009**. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/dtrat.htm>> Acesso em: 08 de jul. 2011.

²² MELLO, Celso Albuquerque. O §2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobos [org.]. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 25.

²³ RANGEL, Vicente Marotta. **Os conflitos entre o direito interno e os tratados internacionais**. p. 54-55.

²⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. p. 60.

STANSKI, Kátia; STANSKI, Fabiane; MIRANDA, João Irineu de Resende. A análise do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal brasileira a partir do Direito argentino. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.2, 2º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

tivessem um grau hierárquico diferente do das normas constitucionais em vigor”²⁵.

Com relação à tese hierárquica constitucional, os tratados internacionais de direitos humanos apresentam *status* constitucional. Este entendimento baseia-se na interpretação do § 2º do artigo 5º da Constituição, o qual dispõe: “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”²⁶. Como leciona Piovesan, o referente parágrafo é uma espécie de cláusula aberta de recepção dos tratados internacionais de direitos humanos que contenham direitos e garantias fundamentais pela Constituição da República²⁷.

No sentido de responder à polêmica doutrinária e jurídica concernente a indefinição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos, a Emenda Constitucional nº 45 de 30 de dezembro de 2004, introduziu um §3º no artigo 5º, dispondo: “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”²⁸.

Ao exposto, conclui-se a princípio que o §3º do artigo 5º, introduzido à Constituição através da EC nº 45, confere hierarquia constitucional aos tratados, representando um avanço do ordenamento jurídico brasileiro frente às graves violações dos direitos humanos desencadeadas no auge do regime militar e à crescente internacionalização dos direitos humanos.

²⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Hierarquia constitucional e incorporação automática dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro**. Revista de Informação Legislativa, v. 37, n. 148, p. 231-250, out./dez. de 2000.

²⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** [promulgada em 5 de Outubro de 1988]. 2010

²⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. p. 62

²⁸ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 24 out. 2010

1.1 A promulgação da Emenda Constitucional nº 45 de 2004 e as discussões acarretadas pela introdução do §3 no artigo 5º da Constituição Federal brasileira

A Emenda Constitucional nº 45/2004, doravante EC nº 45, acarretou profundas alterações em vários dispositivos constitucionais, especialmente no que se refere ao *status* normativo dos tratados internacionais sobre direitos humanos recepcionados pela República Federativa do Brasil²⁹.

A Emenda percorreu um longo caminho até ser aprovada em 30 de dezembro de 2004. Apresentada na Câmara dos Deputados pelo parlamentar Hélio Bicudo, em 26 de março de 1992, a proposta de Emenda à Constituição, doravante PEC, recebeu o número 96, de 1992³⁰.

Após vários anos de tramitação, a PEC nº 96/92 teve como relatores

[...] o Deputado Luiz Carlos Santos, na Comissão de Constituição, Justiça e de Cidadania em 1992; e o deputado Jairo Carneiro, na Comissão Especial em 1996. Em 2 de fevereiro de 1999, a proposta de Emenda à Constituição [PEC] foi arquivada, nos termos do art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, sendo desarquivada em 22 de fevereiro do mesmo ano.

Por despacho do Presidente da Câmara dos Deputados de 30 de março de 1999, foi deferido requerimento do deputado Ricardo Barros, que solicitou a apensação das PECs nº 127/1995; PEC nº 215/1995; PEC nº 368/1996; e PEC nº 500-A/1997 à PEC nº 96/1992. Em 7 de abril de 1999 foi criada a Comissão Especial, tendo sido designado como relator o deputado Aloysio Nunes Ferreira, que em 14 de abril do mesmo ano, solicitou a apensação da PEC nº 393/1996; em 26 de abril de 1999 o deputado João Coser, solicitou a apensação da PEC nº 355/1996.

Na Comissão Especial foram apresentadas 45 Emendas, tendo sido o parecer do relator, Deputado João Coser, pela aprovação das PECs 96/1992 e das PECs, apensadas de nºs 500-A/1997; 368-A/1996. A matéria foi aprovada e em 11 de agosto de 1999, sendo redistribuída para a Deputada

²⁹ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004.**

³⁰ FARIA, Elaine Marinho. **Os efeitos da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, nos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos.** 2008, 79 f. Monografia [especialização] – Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento [Cefor], da Câmara dos Deputados, Curso de Especialização em Instituições e Processos Políticos do Legislativo, Brasília, 2008.

STANSKI, Kátia; STANSKI, Fabiane; MIRANDA, João Irineu de Resende. A análise do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal brasileira a partir do Direito argentino. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.2, 2º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Zulaiê Cobra [PSDB/SP]. Na Câmara dos Deputados a PEC nº 96/1992 foi aprovada em dois turnos, tendo sido encaminhada para o Senado Federal em 8 de junho de 2000.

No Senado Federal passou a ter o número 29/2000. Teve como primeiro relator, o Senador Bernardo Cabral, que emitiu os pareceres, nº 538 e 1.035/2002, ambos aprovados pela Comissão de Constituição Justiça e Cidadania. Naquele mesmo ano a legislatura se encerrou sem a apreciação da matéria em 2º turno³¹.

Iniciada a nova legislatura, foram detectados vários problemas referentes à PEC, quais sejam: o número expressivo de Emendas apresentadas quando da votação em 1º turno durante a legislatura anterior e a grande renovação da Casa, os quais contribuíram para³²

[...] que o presidente do Senado, senador José Sarney, com o aval do Plenário, determinasse o retorno da matéria à Comissão de Constituição, Justiça e de Cidadania do Senado Federal para um novo parecer, tendo sido designado então, em 26 de junho de 2003, o senador José Jorge, com o novo relator da reforma do Judiciário.

No Senado Federal, a partir do ano 2000, dezessete PECs sobre o Judiciário tramitaram em conjunto. Foram realizadas quatorze audiências públicas com a participação de ministros do Supremo Tribunal Federal, Tribunais Superiores, membros da Ordem dos Advogados do Brasil, do Ministério Público, de institutos e entidades da sociedade civil. O Senado, diante dessa multiplicidade de projetos, transformou as dezessete PECs em outras quatro, nos termos do Parecer nº 451 [...]. A Proposta de Emenda à Constituição nº 29, de 2000, foi aprovada, transformando-se na EC nº 45, de 2004 [...]³³.

Após aproximadamente 08 anos de tramitação, a EC nº 45 foi aprovada no dia 30 de dezembro de 2004, que sob a denominação de "Reforma do Judiciário

³¹ FARIA, Elaine Marinho. **Os efeitos da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, nos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos.** p. 47-48.

³² FARIA, Elaine Marinho. **Os efeitos da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, nos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos.** p. 47-48.

³³ FARIA, Elaine Marinho. **Os efeitos da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, nos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos.** p. 47-48.

STANSKI, Kátia; STANSKI, Fabiane; MIRANDA, João Irineu de Resende. A análise do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal brasileira a partir do Direito argentino. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.2, 2º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

brasileiro” objetivou, através de reformas judiciais e processuais, pacificar os conflitos sociais de forma célere e com a máxima efetivação da justiça³⁴.

A referida Emenda buscou a retomada da credibilidade do Poder Judiciário, assegurando a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Além disso, prevê o real cumprimento do princípio de acesso à ordem jurídica justa, estabelecendo a Justiça Itinerante e a sua descentralização. Estabelece ainda, a possibilidade de se criar varas especializadas para a solução das questões agrárias. Ademais fixa novas regras para a Justiça Militar e para a Justiça Trabalhista estabelecendo a distribuição imediata dos processos³⁵.

A Emenda Constitucional de 2004, efetiva o princípio da prevalência dos direitos humanos, quando dispõem em seu §3º 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 constitucionais³⁶.

Neste sentido, o §3º da EC nº 45 atribui aos tratados internacionais de direitos humanos, aprovados em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros hierarquia constitucional. A respeito deste assunto, esclarece a então deputada Zulaiê Cobra, em seu Parecer sobre a Reforma do Judiciário, que:

[...] buscando efetividade da prestação jurisdicional, acolhemos sugestão do Ministro Celso de Mello [...] no sentido da outorga explícita de hierarquia constitucional aos tratados celebrados pelo Brasil em matéria de direitos humanos, à semelhança do que estabelece a Constituição

³⁴ LENZA, Pedro. **Reforma do Judiciário. Emenda Constitucional nº 45/2004. Esquematização das principais novidades.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 618, 18 mar. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6463>>. Acesso em: 27 mar. 2012

³⁵ LENZA, Pedro. **Reforma do Judiciário. Emenda Constitucional nº 45/2004. Esquematização das principais novidades.**

³⁶ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004.**

STANSKI, Kátia; STANSKI, Fabiane; MIRANDA, João Irineu de Resende. A análise do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal brasileira a partir do Direito argentino. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.2, 2º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

argentina [...], possibilitando afastar a discussão em torno do alcance do art. 5º, § 2º³⁷.

Por tais razões, o §3º da Emenda Constitucional nº 45/04 teve como objetivo principal afastar a discussão em torno do alcance do §2º do artigo 5º da Constituição Federal, o qual dispõe "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem [...] tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte"³⁸, atribuindo hierarquia constitucional a eles. Entretanto, não especificou qual hierarquia será atribuída aos tratados internacionais sobre direitos humanos adotados anteriormente à EC nº 45/04 ou que não forem recepcionados pelo *quórum* de aprovação disposto no §3º do artigo 5º da Constituição, ampliando ainda mais as dúvidas concernentes à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos não aprovados pela referida Emenda.

1.2. A hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos à luz das jurisprudências argentina e brasileira

O Supremo Tribunal Federal e a Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina são órgãos de cúpula do Poder Judiciário brasileiro e argentino, competindo a eles em última instância decidir sobre questões constitucionais³⁹. Desta forma, os conflitos normativos e a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos são julgados pela Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina e pelo Supremo Tribunal Federal.

No Recurso Extraordinário nº. 80.004-1, julgado em 1º de junho de 1977, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que os tratados internacionais

³⁷ BRASÍLIA. Câmara dos Deputados. **PEC 09692**. Parecer da relatora Dep. Zulaiê Cobra. Acesso em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesweb/fichadetramitacao?idproposicao=124932>> Acesso em: 13 mar. 2012.

³⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** [promulgada em 5 de Outubro de 1988]. 2010

³⁹ **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. Disponível em: <[HTTP://www.STF.jus.br/portal/cmsvertexto.ask?servico=sobrestfconhecastfinstitucional](http://www.STF.jus.br/portal/cmsvertexto.ask?servico=sobrestfconhecastfinstitucional)>. Acesso em: 03 mar. 2011.

STANSKI, Kátia; STANSKI, Fabiane; MIRANDA, João Irineu de Resende. A análise do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal brasileira a partir do Direito argentino. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.2, 2º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

de direitos humanos estão em paridade hierárquica com a lei federal, apresentando *status* infraconstitucional⁴⁰.

O Recurso versou sobre o conflito entre o Decreto-lei n.º 427/69 e a Lei Uniforme de Genebra. Para a validade das letras de câmbio e das notas promissórias, o Decreto-lei exigia o registro na repartição fiscal competente, o que não era exigido pela Lei Uniforme de Genebra⁴¹.

No julgamento do RE n.º 80.004-1, ficou assentado a tese de que ante a realidade do conflito entre tratado e lei posterior, esta por expressão de última vontade do legislador republicano deve ter sua prevalência garantida pela justiça⁴².

Desta forma, entendeu-se que a Lei uniforme de Genebra não se sobrepõe sobre o Decreto-lei n.º. 427/69 que instituiu o registro obrigatório da nota promissória em repartição fazendária sobre pena de nulidade do título.

Em 2008, a decisão do Recurso Extraordinário n.º 466.343-1 modificou o entendimento do STF sobre a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos⁴³.

Foi adotada a tese da supralegalidade pelo Ministro Gilmar Mendes na questão do depositário infiel. Segundo o artigo 5º, inciso LXVII da Constituição, "não haverá prisão civil por dívida, salvo a do [...] depositário infiel", em contraposição o artigo 7º, §7 da Convenção Americana de Direitos Humanos [Pacto de San José da Costa Rica], dispõe que não haverá nenhum tipo de prisão por dívidas⁴⁴.

O Recurso Extraordinário 466.343-1 foi:

⁴⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE n.º 80.004-SE**. Pleno. Decisão por maioria. Relator: Min. Cunha Peixoto. Recorrente: Belmiro da Silveira Góes. Recorrido: Sebastião Leão Trindade. Brasília, 1º de junho de 1977. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/frame.asp?SEQ=175365&PROCESS=80004&CLSE=RE&cod_classe=437&ORIGEM=IT&RECURSO=0&TIP_JULGAENTO=M&EMENTA=1083> Acesso em: 08 dez. 2006.

⁴¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE n.º 80.004-SE**. 1977.

⁴² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE n.º 80.004-SE**. 1977.

⁴³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE n.º 466.343-1**. Banco Bradesco S/A e Vera Lucia B de Albuquerque. Relator: Ministro. Julg. Dez. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444&pgI=1&pgF=100000>>. Acesso em: 23 ago. 2010.

⁴⁴ "Pacto de San José da Costa Rica, Art. 7º [BRASIL, 1992]

[...] interposto pelo Banco Bradesco S/A, contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que, no julgamento de apelação, confirmou sentença de procedência de ação depositária, fundada em alienação fiduciária em garantia, deixando de impor cominação de prisão civil ao devedor fiduciante, em caso de descumprimento de obrigação da entrega de bem, tal como o postulara o autor fiduciário, por entendê-la inconstitucional [...]⁴⁵.

Conforme elucidado anteriormente, o Tribunal de Justiça de São Paulo não decretou a prisão civil do depositário infiel. O apelante interpôs o Recurso com o objetivo de aplicação da prisão civil ao depositário infiel, disposto no artigo 5º, inciso LXVII da Constituição. Porém, ao término do Recurso Extraordinário o artigo 5º, inciso LXVII foi paralisado devido à aplicação do artigo 7º, §7º do Pacto de San José da Costa Rica, o qual dispõe que não haverá prisão civil por dívidas, prevalecendo, portanto, a liberdade.

O Ministro Gilmar Mendes declarou que não se pode, no estágio avançado em que estamos privilegiar a propriedade ao invés da liberdade. Defende a tese de que, os tratados de direitos humanos apresentam uma hierarquia especial, pois apresentam *status* superior às leis infraconstitucionais, tais como, leis ordinárias e outros tratados internacionais comuns, e *status* inferior a Constituição Federal⁴⁶. Em outros termos, segundo Mazzuoli os tratados sobre direitos humanos não podem afrontar a supremacia da Constituição, mas tem lugar especial reservado no ordenamento jurídico brasileiro. "Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção da pessoa humana".⁴⁷

Ao passo que, no Recurso Extraordinário sobre o caso "Esso S.A. Petrolera Argentina c. Gobierno Nacional", julgado em 05 de julho de 1968, a Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina firmou o entendimento de que os

⁴⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE nº 466.343-1**.

⁴⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE nº 466.343-1**.

⁴⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro**. Revista Direito e Justiça – Reflexões Sociojurídicas – Ano IX – Nº 12- Março. 2009. p. 246.

STANSKI, Kátia; STANSKI, Fabiane; MIRANDA, João Irineu de Resende. A análise do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal brasileira a partir do Direito argentino. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.2, 2º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

tratados internacionais recepcionados pela Argentina estão em paridade hierárquica com as leis federais⁴⁸.

O Recurso versou sobre o conflito entre o Decreto n.º 5.153/55 e o Acordo Comercial existente entre a Argentina e os Estados Unidos de 14 de outubro de 1941. O Decreto argentino impôs o pagamento de taxas para a entrada de veículos importados no mercado nacional, medida que não estava estipulada no Acordo Comercial entre Argentina e Estados Unidos⁴⁹.

Ao julgar o Recurso, a Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina considerou que o acordo foi modificado pelas regras internas, assentando a tese de que ante a realidade do conflito entre tratado e lei posterior, esta por expressão de última vontade do legislador deve ter sua prevalência garantida pela justiça. Desta forma, entendeu-se que o Acordo Comercial firmado entre a Argentina e os Estados Unidos não se sobrepõe ao Decreto n.º 5.153/55, que instituiu o pagamento de taxas para a introdução de veículos importados no mercado nacional⁵⁰.

Em 1992, o julgamento do caso "Ekmekdjian, c Miguel / Sofovich, Gerardo e outros" modificou o entendimento da Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina sobre a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos⁵¹.

Conferiu hierarquia constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos nos termos do artigo 27 da Convenção de Viena, o qual dispõe que "uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado"⁵².

⁴⁸ CORTE SUPREMA DA JUSTIÇA DA NAÇÃO ARGENTINA. **Esso S.A. Petrolera Argentina c. Gobierno Nacional**. Disponível em: <<http://www.dipublico.com.ar/juris/esso.pdf>> Acesso em: 16 mar. 2012.

⁴⁹ CORTE SUPREMA DA JUSTIÇA DA NAÇÃO ARGENTINA. **Esso S.A. Petrolera Argentina c. Gobierno Nacional**.

⁵⁰ CORTE SUPREMA DA JUSTIÇA DA NAÇÃO ARGENTINA. **Esso S.A. Petrolera Argentina c. Gobierno Nacional**.

⁵¹ CORTE SUPREMA DA JUSTIÇA DA NAÇÃO ARGENTINA. **Ekmekdjian, Miguel Á. v.Sofovich, Gerardo y otros**. Disponível em: <<http://www.dipublico.com.ar/juris/Ekmekdjian.pdf>> Acesso em: 16 mar. 2012.

⁵² BRASIL. **Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009**. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/dtrat.htm>> Acesso em: 08 de jul. 2011.

O recorrente Miguel A. Ekmekdjian moveu Recurso pedindo direito de resposta em face de Gerardo Sofovich, nos termos do artigo 14 do Pacto de San José da Costa Rica, válido na Argentina desde 1984⁵³. O recorrente Miguel A. Ekmekdjian sentiu que seus sentimentos religiosos foram profundamente lesionados pelas palavras de Dalmiro Saenz, que no programa de TV, apresentado por Gerardo Sofovich, em 11 de junho de 1988, expressou frases desrespeitosas sobre Jesus Cristo e a Virgem Maria⁵⁴.

A Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina entendeu que o artigo 14 do Pacto de San José da Costa Rica, que dispõe sobre o direito de resposta, apresenta hierarquia constitucional, visto que foi aprovado pela Lei nº 23.054 em 1984. Neste sentido, o apresentador do programa Gerardo Sofovich foi condenado a fazer a leitura da Carta redigida por Miguel A. Ekmekdjian, na qual ele contesta as palavras expressas por Dalmiro Saenz⁵⁵.

Assim sendo, percebe-se que outrora à reforma da Constituição Federal argentina, que confere hierarquia constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, através do inciso 22 do artigo 75 da Constituição, a jurisprudência argentina já havia firmado o entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos apresentam hierarquia constitucional. Ao passo que, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal modificou sua interpretação em relação à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos não alcançados pela Emenda Constitucional nº 45/04, atribuindo-lhes hierarquia suprallegal.

⁵³ "Artigo 14. Direito de retificação ou resposta

1. Toda pessoa, atingida por informações inexatas ou ofensivas emitidas em seu prejuízo por meios de difusão legalmente regulamentados e que se dirijam ao público em geral, tem direito a fazer, pelo mesmo órgão de difusão, sua retificação ou resposta, nas condições que estabeleça a lei.

2. Em nenhum caso a retificação ou a resposta eximirão das outras responsabilidades legais em que se houver incorrido.

3. Para a efetiva proteção da honra e da reputação, toda publicação ou empresa jornalística, cinematográfica, de rádio ou televisão, deve ter uma pessoa responsável, que não seja protegida por imunidades, nem goze de foro especial". [SECRETARIA DE CULTO REPÚBLICA ARGENTINA, 2012].

⁵⁴ CORTE SUPREMA DA JUSTIÇA DA NAÇÃO ARGENTINA. **Ekmekdjian, Miguel Á. v.Sofovich, Gerardo y otros.**

⁵⁵ CORTE SUPREMA DA JUSTIÇA DA NAÇÃO ARGENTINA. **Ekmekdjian, Miguel Á. v.Sofovich, Gerardo y otros.**

STANSKI, Kátia; STANSKI, Fabiane; MIRANDA, João Irineu de Resende. A análise do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal brasileira a partir do Direito argentino. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.2, 2º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Cabe agora ao Supremo Tribunal Federal, a exemplo da Argentina, romper em definitivo com a jurisprudência anterior sobre a hierarquia supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos e, “[...] a partir de uma interpretação evolutiva, avançar na defesa da força normativa constitucional destes tratados, conferindo máxima efetividade à dimensão material mais preciosa da Constituição - os direitos fundamentais”⁵⁶.

2. A ANÁLISE DO §3º DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA SOB A PERSPECTIVA DO INCISO 22 ARTIGO 75 DA CONSTITUIÇÃO ARGENTINA

As graves violações aos direitos humanos ocorridos durante a ditadura militar argentina somadas à internacionalização dos direitos humanos impulsionaram o constituinte derivado reformador argentino a instituir o inciso 22 do artigo 75 na Reforma Constitucional argentina de 1994, a qual dispõe que os tratados internacionais de direitos humanos aprovados pelo congresso, por dois terços do total dos membros de cada Casa, apresentam hierarquia constitucional⁵⁷.

Ao passo que, no ordenamento jurídico brasileiro, foi instituído o §3º da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, o qual dispõe “[...] tratados internacionais de direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros serão equivalentes a Emendas Constitucionais”⁵⁸.

Em suma, será atribuído *status* constitucional para os tratados internacionais de direitos humanos recepcionados através do procedimento formal disposto no §3º

⁵⁶ PIOVESAN, Flavia. **A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos**. p. 60.

⁵⁷ “Constituição Argentina [...]”

Art. 75. Corresponde al Congreso

[...]

22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. [...]. [ARGENTINA. **Constitución Nacional**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/cuerpo1.php>> Acesso em: 14 mar. 2012)”.]

⁵⁸ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**.

STANSKI, Kátia; STANSKI, Fabiane; MIRANDA, João Irineu de Resende. A análise do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal brasileira a partir do Direito argentino. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.2, 2º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

da EC nº 45/04. Entretanto, não se especificou qual hierarquia será atribuída aos tratados que não forem recepcionados pelo *quórum* de aprovação disposto no §3º do artigo 5º da Constituição ou que foram adotados anteriormente à EC nº 45/04 através do decreto-legislativo⁵⁹.

Em contraste a omissão do legislador brasileiro no §3º da EC nº 45, o constituinte derivado reformador argentino, elencou os tratados internacionais de direitos humanos recepcionados anteriormente à reforma de 1994, no inciso 22 do artigo 75 da Constituição Argentina, atribuindo hierarquia constitucional, nomeadamente:

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos; o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e seu Protocolo Facultativo, a Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, o Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Punição, a Convenção sobre os Direitos da Criança [...] ⁶⁰.

Ao exposto, o ordenamento jurídico argentino reconhece que os tratados recepcionados anteriormente à reforma apresentam hierarquia constitucional. Ao passo que, a Emenda Constitucional nº 45 mostra-se confusa e lacunosa em relação à abrangência de seu §3º, visto que não faz nenhuma menção acerca dos tratados ratificados anteriormente a referida Emenda, especialmente em relação à Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes; à Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura; à Convenção sobre os Direitos da Criança; ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; à Convenção Americana de Direitos Humanos; à Convenção Interamericana para

⁵⁹ MIRANDA, João Irineu de Resende. O Tribunal Penal Internacional e a ordem jurídica brasileira após a Emenda Constitucional N. 45/04. **Publicatio UEPG**: Ciências Humanas, Ciências Sociais Aplicadas, Linguística, Letras e Artes. v.14, n. 2, dez. 2006.

⁶⁰ ARGENTINA. **Constitución Nacional**. Disponível em: <http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/cuerpo1.php> Acesso em: 14 mar. 2012.

STANSKI, Kátia; STANSKI, Fabiane; MIRANDA, João Irineu de Resende. A análise do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal brasileira a partir do Direito argentino. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.2, 2º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; à Convenção Interamericana para Eliminação de todas as formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiência e ao Estatuto de Roma, que instituiu o Tribunal Penal Internacional⁶¹.

Vários fatores estimularam proteção dos direitos humanos na Argentina, principalmente: as ações reivindicatórias das organizações de direitos humanos surgidas na Argentina durante o regime militar⁶²; a atuação do advogado argentino e primeiro procurador do Tribunal Penal Internacional Luis Moreno Ocampo, que enquanto Promotor-Assistente no chamado Julgamento das Juntas, lutou em favor da punição dos violadores dos direitos humanos após a ditadura argentina⁶³; e por fim, a consolidação da hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos na jurisprudência argentina em 1992, ou seja, outrora à instituição do dispositivo constitucional que atribui hierarquia constitucional aos tratados sobre direitos humanos⁶⁴.

Por tais razões, entende-se que toda a sociedade civil argentina, especialmente vítimas da ditadura e juristas, influenciaram na instituição do inciso 22 do artigo 75 da Constituição argentina, fortalecendo e ampliando a proteção dos direitos humanos.

Seguindo os passos do ordenamento jurídico argentino em relação à primazia dos direitos humanos, foi recepcionada recentemente pelo Brasil, em 14 de dezembro de 2009, através do Decreto nº 7.030, a Convenção de Viena de 1969,

⁶¹ MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **Atos Multilaterais em Vigor para o Brasil no Âmbito dos Direitos Humanos**. Acesso em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/dhumanos.htm>> Disponível em: 10 março 2012.

⁶² MEDICI, Alejandro. **Em Movimiento de Derechos Humanos en la Argentina y la lucha contra la impunidad: La estratégia del "Escrache"**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/lex/a_pdf/medice_escrache.pdf> Acesso em: 20 dez. 2011.

⁶³ OCAMPO, L. M. **El mundo necesita jueces como Garzón, que se enfrenten al poder**. Disponível em: <<http://documentarch-amf.blogspot.com.br/2010/04/entrevista-luis-moreno-ocampo-fiscal-de.html>> Acesso em: 12 mar. 2012. Entrevista concedida à Natalia Junquera.

⁶⁴ CORTE SUPREMA DA JUSTIÇA DA NAÇÃO ARGENTINA. **Ekmekdjian, Miguel Á. v.Sofovich, Gerardo y otros**. Disponível em: <<http://www.dipublico.com.ar/juris/Ekmekdjian.pdf>> Acesso em: 16 mar. 2012.

STANSKI, Kátia; STANSKI, Fabiane; MIRANDA, João Irineu de Resende. A análise do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal brasileira a partir do Direito argentino. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.2, 2º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

a qual dispõe em seu artigo 27 que “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”⁶⁵.

Diante do exposto, o ordenamento jurídico brasileiro confere implicitamente hierarquia constitucional aos tratados não compreendidos pela Emenda Constitucional 45 de 2004, visto que não pode descumprir os tratados sobre direitos humanos motivados por normas constitucionais contrárias dispostas no direito interno, devendo primar pelas normas de proteção aos direitos humanos assentadas no tratado.

Neste mesmo sentido, Piovesan reforça a tese constitucional assinalando que a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos advém de uma interpretação sistemática e teleológica dos §§1º e 2º do artigo 5º da Constituição, que dispõe respectivamente:

Art. 5º, §1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata.

§2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte⁶⁶.

O princípio da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais, disposto no artigo 5º, §1º da Constituição, estende-se as normas oriundas de todos os tratados e convenções de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro, independentemente do procedimento pelo qual tenha sido aprovado⁶⁷. Com relação ao art. 5º, §2º da Constituição, Proner⁶⁸ leciona que o Texto Constitucional inclui ao rol dos direitos constitucionais protegidos, os direitos previstos em tratados internacionais nos quais o Brasil seja parte, constituindo-

⁶⁵ BRASIL. **Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009.**

⁶⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** 2010.

⁶⁷ SIMÕES NETO, Áureo. A recepção constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia.** V. 5, 2009. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/issue/view/8/showToc>> Acesso em: 25 jan. 2011.

⁶⁸ PRONER, Carol. **Os direitos humanos e seus paradoxos: análise do sistema americano de proteção.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

se cláusulas pétreas que não podem ser suprimidas nem mesmo por meio de Emenda constitucional⁶⁹.

Diante do exposto, os tratados internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente à EC nº 45/04 ou que não forem aprovados pelo quórum de aprovação disposto no §3º do artigo 5º da EC nº 45/04, serão materialmente constitucionais por força do §2º do artigo 5º da Constituição. Desta forma, os tratados não recepcionados pela EC nº 45/04 diferenciam-se dos tratados aprovados pela referida Emenda apenas pelo fato de que aqueles serão materialmente constitucionais sendo suscetíveis de denúncia, ou seja, ato unilateral pelo qual o Estado se retira de um tratado. E estes, enquanto tratados formalmente e materialmente constitucionais não podem ser denunciados⁷⁰.

Deste modo, os tratados internacionais de direitos humanos apresentam implicitamente hierarquia constitucional. Entretanto é necessária a instituição de um dispositivo, a exemplo a Argentina, que confira explicitamente hierarquia constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, culminando numa maior segurança jurídica para a aplicação dos tratados e para a proteção dos direitos humanos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora, sob a perspectiva do Direito Comparado, a evolução do pensamento jurídico em torno da interpretação dos tratados de direitos humanos no Brasil e na Argentina seja semelhante, nota-se que a ditadura argentina foi muito mais violenta, considerando os números da repressão, que a ditadura brasileira.

Deste modo, não seria leviano apontar a correlação entre o exposto acima e o fato dos direitos humanos nunca terem se constituído em prioridade para o regime democrático do Estado brasileiro, após 1988. É sintomático, aliás, que a jurisprudência mais relevante para a interpretação de tratados no Brasil tenha

⁶⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.**

⁷⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** p. 73-76.

origem na regularização de títulos de crédito e em uma execução com garantia real movida por um banco.

Enquanto a Argentina, após o término da ditadura militar, primou pela proteção aos direitos humanos ao interpretar o Pacto de San José da Costa Rica com o julgamento do caso "Ekmekdjian, c Miguel / Sofovich, Gerardo e outros" em 1992 e, posteriormente, ao reformar a Constituição de 1853 em 1994; o constituinte originário brasileiro não mencionou, ao promulgar a Constituição de 1988, a posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos adotados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A instituição da Emenda Constitucional nº 45 em 2004, a qual dispõe que os tratados aprovados, através de um procedimento qualificado, teriam hierarquia constitucional propiciou insegurança jurídica, ao omitir-se em relação aos tratados adotados outrora à sua instituição, suscitando discussões doutrinárias e jurídicas que resultaram várias teses doutrinárias.

No decorrer do presente estudo, evidenciou-se que os tratados internacionais de direitos humanos recepcionados anteriormente à Emenda Constitucional nº 45 de 2004 ou que não forem recepcionados pelo *quórum* qualificado apresentam hierarquia constitucional. Este entendimento adveio da doutrina, que majoritariamente defende a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos; do contexto histórico atual, em que há uma internacionalização dos direitos humanos em vários países, especialmente na Argentina, objeto do estudo; da jurisprudência brasileira, na qual verificou-se uma evolução jurisprudencial, visto que o STF findou o entendimento de que os tratados apresentam hierarquia infraconstitucional e adotou a tese supralegal. E, por fim, o entendimento de que os tratados internacionais apresentam hierarquia constitucional, adveio da interpretação de fontes normativas, quais sejam, parágrafos 1º, 2º e 3º do artigo 5º da Constituição brasileira e o artigo 27 da Convenção de Viena que implicitamente esclarecem, através de uma interpretação teleológica, a hierarquia constitucional aos tratados.

Por tais razões, os tratados internacionais de direitos humanos não compreendidos pela EC nº 45 de 2004 apresentam implicitamente hierarquia

STANSKI, Kátia; STANSKI, Fabiane; MIRANDA, João Irineu de Resende. A análise do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal brasileira a partir do Direito argentino. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.2, 2º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

constitucional. Entretanto, é necessário a exemplo da Argentina, a instituição de um dispositivo que confirme expressamente este entendimento, prevenindo e garantindo que os direitos humanos não serão novamente violados em um Estado de Exceção, como ocorreu durante as ditaduras brasileira e argentina.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ARGENTINA. **Constitución Nacional**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/cuerpo1.php>> Acesso em: 14 mar. 2012.

ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. **Brasil Nunca Mais**. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1985.

BARBOSA, Salomão Almeida. As Relações Internacionais na Constituição da Argentina. **Rev. Jur.**, Brasília, v. 7, n. 74, p.01-14, ago/set, 2005.

BONAVIDES, P.; ANDRADE, P.; **História Constitucional do Brasil**. 9. Ed. Brasília: OAB: Universidade Portucalense Infante D. Henrique, V. 1, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** [promulgada em 5 de Outubro de 1988]. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009**. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/dtrat.htm>> Acesso em: 08 de jul. 2011.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 24 out. 2010.

BRASIL. **Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979**. Concede anistia e dá outras providências. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm>. Acesso em: 27 mar. 2012

STANSKI, Kátia; STANSKI, Fabiane; MIRANDA, João Irineu de Resende. A análise do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal brasileira a partir do Direito argentino. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.2, 2º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

BRASÍLIA. Câmara dos Deputados. **PEC 09692**. Parecer da relatora Dep. Zulaiê Cobra. Acesso em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesweb/fichadetramitacao?idproposicao=124932>> Acesso em: 13 mar. 2012.

CORTE SUPREMA DA JUSTIÇA DA NAÇÃO ARGENTINA. **Esso S.A. Petrolera Argentina c. Gobierno Nacional**. Disponível em: <<http://www.dipublico.com.ar/juris/esso.pdf>> Acesso em: 16 mar. 2012.

CORTE SUPREMA DA JUSTIÇA DA NAÇÃO ARGENTINA. **Ekmekdjian, Miguel Á. v.Sofovich, Gerardo y otros**. Disponível em: <<http://www.dipublico.com.ar/juris/Ekmekdjian.pdf>> Acesso em: 16 mar. 2012.

DELIZOICOV, Eremias. **Quem Somos**. Disponível em: <http://www.desaparecidospoliticos.org.br/quem_somos.php?m=2> Acesso em: 12 mar. 2012.

FARIA, Elaine Marinho. **Os efeitos da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, nos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos**. 2008, 79 f. Monografia [especialização] – Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento [Cefor], da Câmara dos Deputados, Curso de Especialização em Instituições e Processos Políticos do Legislativo, Brasília, 2008.

GOMES, Eduardo Biachi. O artigo 5º, §3º, da Constituição Federal: uma análise a partir do direito comçparado Argentino. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UNIBRASIL**, n. 4, jan./dez. 2004,.

LENZA, Pedro. **Reforma do Judiciário. Emenda Constitucional nº 45/2004. Esquematização das principais novidades**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 618, 18 mar. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6463>>. Acesso em: 27 mar. 2012.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Hierarquia constitucional e incorporação automática dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 37, n. 148, p. 231-250, out./dez. de 2000.

STANSKI, Kátia; STANSKI, Fabiane; MIRANDA, João Irineu de Resende. A análise do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal brasileira a partir do Direito argentino. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.2, 2º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista Direito e Justiça** – Reflexões Sociojurídicas – Ano IX – Nº 12- Março. 2009.

MEDICI, Alejandro. **Em Movimiento de Derechos Humanos en la Argentina y la lucha contra la impunidad: La estratégia del “Escrache”**. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/dados/lex/a_pdf/medice_escrache.pdf Acesso em: 20 dez. 2011.

MELLO, Celso Albuquerque. O §2º do art. 5º da Constituição Federal. *In: TORRES, Ricardo Lobos [org.]. Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **Atos Multilaterais em Vigor para o Brasil no Âmbito dos Direitos Humanos**. Acesso em: <http://www2.mre.gov.br/dai/dhumanos.htm> Disponível em: 10 março 2012.

MIRANDA, João Irineu de Resende. O Tribunal Penal Internacional e a ordem jurídica brasileira após a Emenda Constitucional N. 45/04. **Publicatio UEPG: Ciências Humanas, Ciências Sociais Aplicadas, Linguística, Letras e Artes**. v.14, n. 2, dez. 2006.

OCAMPO, L. M. **El mundo necesita jueces como Garzón, que se enfrenten al poder**. Disponível em: <http://documenttarch-amf.blogspot.com.br/2010/04/entrevista-luis-moreno-ocampo-fiscal-de.html> Acesso em: 12 mar. 2012. Entrevista concedida à Natalia Junquera.

PIOVESAN, Flavia. A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. **Revista Jurídica da Faculdade de Direito / Faculdade Dom Bosco**. Núcleo de Pesquisa do Curso de Direito. — v. 2, n. 1 [jan./ jun. 2008] — Curitiba: Dom Bosco, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11 ed. rev. e atual – São Paulo: Saraiva, 2010.

PRONER, Carol. **Os direitos humanos e seus paradoxos: análise do sistema americano de proteção**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

STANSKI, Kátia; STANSKI, Fabiane; MIRANDA, João Irineu de Resende. A análise do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal brasileira a partir do Direito argentino. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.2, 2º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

RANGEL, Vicente Marotta. **Os conflitos entre o direito interno e os tratados internacionais**. Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, Rio de Janeiro, 1967.

SECRETARIA DE CULTO REPÚBLICA ARGENTINA. **Instrumentos jurídicos Internacionales com Jerarquía Constitucional vinculados a la Libertad Religiosa**. Acesso em: <<http://www.culto.gov.ar/instrumentos.php>> Acesso em: 15 fev 2012.

SGARBOSSA, Luís Fernando; JESEN, Geziela. **Elementos de Direito Comparado**. Ciência, política legislativa, integração judiciária e prática judiciária. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

SIMÕES NETO, Áureo. A recepção constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**. V. 5, 2009. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/issue/view/8/showToc>> Acesso em: 25 jan. 2011.

SOLEDAD CATOGGIO, Maria. **La última dictadura militar argentina [1976-1983]: la ingeniería del terrorismo de Estado**. Disponível em: <http://www.massviolence.org/PdfVersion?id_article=485>. Acesso em: 22 dez. 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <[HTTP://www.STF.jus.br/portal/cmsvertexto.ask?serviço=sobrestfconhecastfintitucional](http://www.STF.jus.br/portal/cmsvertexto.ask?serviço=sobrestfconhecastfintitucional)>. Acesso em: 03 mar. 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE nº 466.343-1**. Banco Bradesco S/A e Vera Lucia B de Albuquerque. Relator: Ministro. Julg. Dez. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444&pgI=1&pgF=100000>>. Acesso em: 23 ago. 2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE nº 80.004-SE**. Pleno. Decisão por maioria. Relator: Min. Cunha Peixoto. Recorrente: Belmiro da Silveira Góes. Recorrido: Sebastião Leão Trindade. Brasília, 1º de junho de 1977. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/frame.asp?SEQ=175365&PROCESS=8>>

STANSKI, Kátia; STANSKI, Fabiane; MIRANDA, João Irineu de Resende. A análise do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal brasileira a partir do Direito argentino. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.2, 2º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

0004&CLSE=RE&cod_classe=437&ORIGEM=IT&RECURSO=0&TIP_JULGAENTO=M&EMENTA=1083> Acesso em: 08 dez. 2006.