

OS TRATADOS INTERNACIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO¹

Micheli Polippo²

SUMÁRIO

Introdução. 1 Os tratados internacionais na área de direitos humanos. 2 O sistema interamericano de proteção aos direitos humanos. 3 O status dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro. Considerações finais. Referência das fontes citadas.

RESUMO

O presente artigo se baseia, precipuamente, nos pensamentos de Norberto Bobbio e Flávia Piovesan e busca demonstrar a importância dos tratados internacionais, mesmo quando em confronto com normas jurídicas de direito interno. Os tratados internacionais em direitos humanos, desde a Declaração de 1948, vêm sendo decisivos para o delineamento dos direitos e garantias fundamentais inscritos nas cartas constitucionais do pós-guerra. É de fundamental importância que as normas inscritas nos tratados subscritos pelo Brasil sejam protegidas de mudanças legislativas oportunistas que visem a suprimir direitos já conquistados, razão por que os tratados em direitos humanos devem possuir *status* de norma constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos; tratados internacionais; constituição.

ABSTRACT

This article is based in Norberto Bobbio's and Flávia Piovesan's thoughts and looks to demonstrate the importance of the international agreements, when in confrontation with internal rights. The international agreements in human rights, from the Declaration of 1948, are being very important for the development of the rights and fundamental warranties enrolled in the constitutional letters of the postwar period. The human rights norms included in the agreements subscripts by Brazil must be protected of opportunists legislative changes that seek to suppress rights already conquered. That are

¹ Artigo produzido sob orientação e revisão da Profª Drª Karine de Souza Silva, na disciplina de Direito das Relações Internacionais, do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, linha de pesquisa Produção e Aplicação do Direito, da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI.

² Juíza Federal Substituta da Vara Federal de Brusque e aluna do Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI.

the reason why agreements in human rights must have the same status of constitutional norms.

KEY WORDS: Human rights; international agreements; constitution.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por escopo o estudo da importância dos tratados internacionais e das cortes internacionais de garantia dos direitos humanos, bem como o posicionamento dos tratados em nosso ordenamento jurídico.

A proteção aos Direitos Humanos é um dos principais temas do Direito Internacional.

No âmbito do continente americano, a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos vêm buscando o cumprimento, por parte dos Estados signatários, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Para que se dê efetividade aos Direitos Humanos emanados dos Tratados Internacionais, é necessário que os países signatários os recepcionem de modo que não sejam facilmente derogados por normas internas.

Assim, mostra-se relevante verificar como o meio acadêmico/jurídico brasileiro enfrenta o tema da recepção em nosso ordenamento jurídico dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

A primeira parte demonstra a gênese e a importância dos tratados internacionais, fixando como marco a Declaração de 1948, com fundamento na doutrina de Bobbio de que a liberdade é um ideal a ser sempre perseguido pelo homem.

A segunda parte busca descrever perfunctoriamente a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, com a análise do funcionamento da

Comissão Interamericana e da Corte Interamericana, com a verificação de suas competências e das conseqüências de seus julgados.

A terceira e derradeira parte visa à análise das diversas correntes existentes no Direito brasileiro acerca do *status* dos tratados internacionais em nosso ordenamento jurídico, com a descrição e eventuais críticas a cada uma delas.

Encerra-se o artigo com as considerações finais, nas quais são traçados os principais aspectos debatidos no desenvolvimento do artigo.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que foram utilizados os Métodos Dedutivo e Cartesiano.

1 OS TRATADOS INTERNACIONAIS NA ÁREA DE DIREITOS HUMANOS

Os tratados internacionais na área de direitos humanos constituem garantias fundamentais para a sociedade dado o seu caráter supranacional, imune a eventuais desmandos da política interna, comuns em países subdesenvolvidos.

Para Norberto Bobbio, a Declaração, aprovada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, é um ponto de partida que soluciona o problema da fundamentação dos direitos do homem, pois o consenso geral acerca de sua validade representa a manifestação da única prova por meio da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado, reconhecido universalmente.

Segundo mencionado autor, há três modos de fundar os valores: (i) por dedução de um dado objetivo constante; (ii) considerá-los como verdades

evidentes em si mesmas; (iii) e a descoberta de sua aceitação em determinado período histórico.³

Refutando os dois primeiros modos, Bobbio sustenta que o terceiro modo consiste em mostrar que são apoiados no consenso, ou seja, um valor é tanto mais fundado quanto mais é aceito. Por se tratar de um fundamento histórico, não é absoluto. Entretanto, é o único que pode ser factualmente comprovado. Assim ocorre com a Declaração, pela primeira vez na história, um sistema universal de fato, pois o consenso sobre sua validade e sua capacidade de regência da humanidade foi explicitamente declarado.

Segundo o doutrinador italiano,

[...] Somente depois da Declaração Universal é que podemos ter a certeza histórica de que a humanidade – toda a humanidade – partilha alguns valores comuns; e podemos, finalmente, crer na universalidade dos valores, no único sentido em que tal crença é historicamente legítima, ou seja, no sentido em que universal significa não algo dado objetivamente, mas algo subjetivamente acolhido pelo universo dos homens.⁴

Bobbio aponta três fases na história da formação das declarações de direito. Primeiro, as declarações nascem como teorias filosóficas. A Declaração Universal, ao exarar que “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”, traz um eco da hipótese de estado de natureza⁵, de Locke. De fato os homens não nascem livres nem iguais, isto é um ideal a perseguir, um dever ser, que se enquadra nas teorias filosóficas.

Num segundo momento, a Declaração consiste na passagem da teoria à prática, do direito somente pensado para o realizado. A afirmação dos direitos do homem ganha em concretude, mas perde em universalidade, pois os direitos são protegidos apenas no âmbito dos Estados que os reconhecem.

³ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, Campus, 2004, p. 46-47.

⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, Campus, 2004, p. 48.

⁵ Estado de natureza é aquele no qual os homens coexistem segundo as regras da razão, sem uma autoridade na terra que julgue as suas disputas.

A terceira fase vem com a Declaração de 1948, onde a afirmação dos direitos é universal, no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos são todos os homens; e positiva, põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser efetivamente protegidos, até mesmo contra o próprio Estado que o tenha violado.

Destarte, a Declaração Universal contém em germe a síntese de um movimento dialético, começando pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigurando-se na particularidade concreta dos direitos positivos e terminando na universalidade concreta dos direitos positivos universais.

A Declaração é tida como o início de longo processo, cambiante, e cujo final ainda não se pode ver. Ela é mais que um sistema doutrinário, porém algo menos que um sistema de normas jurídicas – ela indica o caminho, a alternativa, mas não é capaz de realizá-la.

Representa uma síntese do passado e uma inspiração para o futuro. A comunidade internacional hoje precisa fornecer garantias válidas para os direitos já expressados na Declaração e ainda aperfeiçoar continuamente o seu conteúdo. Tal tarefa vem sendo desempenhada pelos organismos internacionais, os quais demonstram a consciência da historicidade do documento inicial e da necessidade de renová-lo a partir de si mesmo.

As novas Constituições que surgiram no pós-guerra passaram também, na esteira da Declaração, a destacar o valor da dignidade humana. Para Canotilho,

Se ontem a conquista territorial, a colonização e o interesse nacional surgiam como categorias referenciais, hoje os fins dos Estados podem e devem ser os da construção de Estados de Direito Democráticos, Sociais e Ambientais, no plano interno e Estados abertos internacionalmente amigos e cooperantes no plano externo. Estes parâmetros fortalecem as imbricações do direito constitucional com o direito internacional. (...) Os direitos humanos articulados com o relevante papel das organizações internacionais fornecem um enquadramento razoável para o constitucionalismo global. O constitucionalismo global compreende não apenas o clássico paradigma das relações horizontais entre Estados,

mas o novo paradigma centrado nas relações Estado/povo, na emergência de um Direito Internacional dos Direitos Humanos e na tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos.⁶

As modernas Constituições, a partir desse cenário, passaram a se vincular a princípios e regras de direito internacional, com observância da primazia do valor da dignidade humana, como paradigma e referencial ético.

Com a introdução, pela Declaração de 1948, da concepção contemporânea de direitos humanos, com base na universalidade e indivisibilidade desses direitos, desenvolveu-se o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), que adotou instrumentos internacionais de proteção.

Esse sistema é integrado por tratados internacionais de proteção que refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea. Destacam-se o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção contra a Tortura, a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação Racial, a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher e a Convenção sobre os Direitos da Criança.

Surgiram também sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, sendo o sistema Europeu, Interamericano e Africano os mais avançados. Para o presente artigo interessa o estudo do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos.

2 O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

Também denominada Pacto de San José da Costa Rica, a Convenção Americana de Direitos Humanos foi assinada em 1969 e entrou em vigor em 1978. Somente os Estados-membros da OEA (Organização dos Estados Americanos) possuem direito de adesão. A Convenção Americana assegura

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição. *In* PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2006, p.11.

uma gama de direitos civis e políticos similar ao previsto pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Dentre esses direitos, destacam-se: o direito à personalidade jurídica; o direito à vida; o direito a não ser submetido à escravidão; o direito à liberdade; o direito a um julgamento justo; o direito à compensação em caso de erro judiciário; o direito à privacidade; o direito à liberdade de consciência e religião; o direito à liberdade de pensamento e expressão; o direito à resposta; o direito à liberdade de associação; o direito ao nome; o direito à nacionalidade; o direito à liberdade de movimento e residência; o direito de participar do governo; o direito à igualdade perante a lei; e o direito à proteção judicial.

Embora o texto original da Convenção não enunciasse qualquer direito social, cultural ou econômico, limitando-se a determinar aos Estados-membros que adotassem, progressivamente, a realização desses direitos, um Protocolo Adicional à Convenção, que entrou em vigor em novembro de 1999, especificou esses direitos.

Cabe ao Estado-parte da Convenção respeitar e assegurar o livre e pleno exercício desses direitos e liberdades, além de adotar medidas legislativas e de outra natureza necessárias a conferir efetividade aos direitos e liberdade pactuados.

Os Estados têm, portanto, deveres positivos, de adotar as medidas necessárias para assegurar o pleno exercício dos direitos e deveres negativos de não violar os direitos garantidos pela Convenção.

Para garantir a efetivação dos direitos pactuados, a Convenção conta com dois órgãos executivos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Comissão é composta de sete membros de alta autoridade moral e reconhecido saber em matéria de direitos humanos e visa precipuamente a promover a observância e a proteção dos direitos humanos na América. Para atingir seu objetivo, pode fazer recomendações aos Estados-partes; preparar estudos e relatórios; solicitar informações aos governos relativas às medidas

adotadas com vista à efetiva aplicação da Convenção; e submeter relatório anual à Assembléia Geral da OEA.⁷

Ao se tornar parte da Convenção, o Estado aceita a competência da Comissão para a apreciação de comunicações enviadas por indivíduos, grupos de indivíduos ou entidade não governamental que contenham denúncia de violação a direito consagrado pela Convenção⁸. As condições de admissibilidade da petição são o esgotamento dos recursos internos e a inexistência de litispendência internacional.⁹ Admitida a petição, a Comissão solicita informações ao governo denunciado. Recebidas as informações, ou transcorrido o prazo, a Comissão verifica se subsistem as razões da petição. Caso não subsistam, o expediente é arquivado. Do contrário, o processo é instruído, através de exame do assunto e/ou investigação dos fatos. A Comissão também pode propor às partes uma solução amistosa do conflito. Alcançada a conciliação, é expedido à OEA um informe com os detalhes para publicação. Caso contrário, a Comissão relatará e decidirá o caso. O relatório é enviado ao Estado-parte envolvido, que terá o prazo de três meses para dar cumprimento às recomendações. Em caso de descumprimento, a Comissão decidirá se remete o caso à Corte Interamericana, órgão jurisdicional do sistema regional americano. A Comissão também pode, em casos de gravidade e urgência, recomendar ao Estado-parte a adoção de medidas cautelares para evitar danos irreparáveis.¹⁰

Composta por sete juízes de Estados-membros da OEA, a Corte Interamericana de Direitos Humanos é o órgão jurisdicional do sistema regional americano¹¹. A exemplo da Corte Européia, a Corte Interamericana apresenta competências consultiva e contenciosa.

⁷ A competência da Comissão está especificada nos artigos 34 a 51 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

⁸ Artigo 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

⁹ Artigos 44 a 47 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

¹⁰ Artigos 48 a 51 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

¹¹ Artigo 52 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Somente a Comissão Interamericana e os Estados-partes podem submeter um caso à Corte Interamericana. Os indivíduos, ou grupos de indivíduos ou mesmo ONGs, não estão legitimados a acessar diretamente a Corte¹², diversamente da Corte Européia de Direitos Humanos, em que é conferido o direito de petição a qualquer pessoa, grupo de pessoas ou organização não governamental.

No que diz respeito à competência consultiva, qualquer Estado-membro pode requerer pareceres da Corte acerca da interpretação da Convenção ou de qualquer outro tratado relativo à proteção dos direitos humanos. A Corte também pode opinar sobre a compatibilidade de preceitos da legislação doméstica em face da Convenção.¹³

Pinto refere que

a corte tem emitido opiniões consultivas que têm permitido a compreensão de aspectos substanciais da Convenção, dentre eles: o alcance de sua competência consultiva, o sistema de reservas, as restrições à adoção da pena de morte, os limites ao direito de associação, o sentido do termo 'leis' quando se trata de impor restrições ao exercício de determinados direitos, a exigibilidade do direito de retificação ou resposta, o *habeas corpus* e as garantias judiciais nos estados de exceção, a interpretação da Declaração Americana, as exceções ao esgotamento prévio dos recursos internos e a compatibilidade de leis internas em face da Convenção.¹⁴

A respeito da competência contenciosa, a Corte possui abrangência limitada às ações trazidas pelos Estados-partes da convenção e aos casos remetidos pela Comissão Interamericana. A falta de acesso dos indivíduos diretamente à Corte e a falta de cláusula de jurisdição obrigatória têm sido as questões mais criticadas pela doutrina. Para Cançado Trindade, "*sob as cláusulas da jurisdição obrigatória e do direito de petição individual se ergue todo o*

¹² Artigo 61 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

¹³ Artigo 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

¹⁴ PINTO, Mônica. Derecho internacional de los derechos humanos: breve visión de los mecanismos. In PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 101.

*mecanismo de salvaguarda internacional do ser humano, razão pela qual me permito designá-las verdadeiras cláusulas pétreas de proteção internacional dos direitos da pessoa humana.*¹⁵

As decisões da Corte possuem força jurídica vinculante, não podendo o Estado-parte se eximir do cumprimento de suas decisões.¹⁶ Como o reconhecimento da jurisdição da Corte é cláusula facultativa na Convenção, somente os Estados que a reconhecem estão sujeitos à sua jurisdição. Segundo Flávia Piovesan, até janeiro de 2005, dos 24 Estados-partes da Convenção Americana de Direitos Humanos, 21 haviam reconhecido a competência contenciosa da Corte. Somente em 1998, através do Decreto Legislativo nº 89, de 03 de dezembro, o Brasil reconheceu a competência jurisdicional da Corte.

Pasqualucci, destaca que

Os avanços da Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de reparações têm sido talvez sua maior contribuição para o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Como resultado de seus julgamentos, as reparações não são mais limitadas ao pagamento de indenizações. A Corte Interamericana tem, com sucesso, condenado Estados a adotar leis que lhes permitam o devido cumprimento das obrigações internacionais. Tem ainda condenado Estados a emendar ou revogar legislação doméstica que se mostre incompatível com a Convenção Americana.

Prossegue Pasqualucci acerca da atuação da Corte:

A Corte tem entendido que leis, como a lei de anistia do Peru não têm efeito jurídico, por violarem direitos internacionalmente protegidos, e as Cortes domésticas podem também ser objeto das decisões da Corte Interamericana no que se refere às reparações. A Corte pode condenar um Estado a anular ou a executar uma decisão proferida por uma Corte

¹⁵ TRINDADE, Caçado. A Corte Interamericana de Direitos Humanos. In PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano.** São Paulo: Saraiva, 2006, p. 103

¹⁶ Artigo 68 da convenção Americana sobre Direitos Humanos.

doméstica. (...) os Estados, em geral, cumprem as decisões da Corte em matéria de reparações.¹⁷

A Convenção Americana não possui dispositivo específico para supervisionar o cumprimento das decisões da Comissão ou da Corte, embora os Estados venham cumprindo suas decisões. A Corte, nesse cenário, representa importante avanço no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos quando instituições nacionais se mostram omissas ou falhas.

As limitações ao acesso à Corte é certamente a principal deficiência do sistema americano. No sistema europeu, mais avançado, há garantia, desde a Criação da Corte Européia de Direitos Humanos, do direito de petição também a indivíduos, grupos de indivíduos e ONGs. Essa inovação, além de significar extraordinário avanço, também constituiu um desafio em face do aumento significativo de demandas submetidas à Corte.

Flávia Piovesan apresenta sete propostas para o fortalecimento do sistema interamericano. A primeira vem a ser a democratização do sistema interamericano, permitindo o acesso direto de indivíduos e ONGs. A segunda refere-se à composição da Corte e da Comissão, sendo imprescindível assegurar a independência dos membros, que devem atuar a título pessoal e não governamental. A terceira consiste na jurisdição automática e compulsória da Corte Interamericana. A quarta diz respeito à implementação das decisões da Comissão e da Corte. A quinta proposta, de natureza logística, consiste no funcionamento permanente da Comissão e da Corte, com recursos financeiros, técnicos e administrativos. A sexta está relacionada à adoção de medidas internas visando à plena implementação das decisões internacionais no plano doméstico, devendo produzir efeitos jurídicos imediatos e obrigatórios no âmbito do ordenamento jurídico interno. Por fim, a última proposta trata do

¹⁷ PASQUALUCCI, Jô M. The Practice and Procedure of the Inter-American Court on Human Rights. In PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2006, p.114-115.

fortalecimento do regime doméstico de proteção dos direitos humanos, cujo desafio é aumentar o comprometimento dos Estados.¹⁸

3 O STATUS DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No Brasil há polêmica acerca do *status* dos tratados internacionais quando confrontados com as normas jurídicas internas.

O artigo 84, inciso VIII, da Constituição Federal de 1988 prevê que compete privativamente ao presidente da República a celebração de tratados, convenções e atos internacionais, os quais ficam sujeitos a referendo do Congresso Nacional. O artigo 49, inciso I, por sua vez, atribui ao Congresso Nacional, exclusivamente, a competência para “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”.

Assim, o Congresso Nacional, por decreto legislativo, aprova os tratados internacionais celebrados pelo Presidente da República, que em seguida os ratifica. Esta ratificação do Chefe do Executivo é ato formal que produz efeitos nas esferas nacional e internacional.

Pergunta-se: qual é o *status* deste tratado internacional, já aprovado e ratificado pelo Brasil, ante o ordenamento jurídico vigente?

Luiz Flávio Gomes relaciona quatro correntes de entendimento acerca da matéria: diante de tudo quanto foi exposto podemos afirmar que os tratados de direitos humanos podem ser (ou são) incorporados no Direito interno brasileiro: (a) como Emenda Constitucional (CF, artigo 5º, § 3º) ou (b) como Direito supralegal (voto do Min. Gilmar Mendes) ou (c) como Direito

¹⁸ PIOVESAN, Flávia. **Brasil e o Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos: impacto, desafios e perspectivas.** In: SCHÄFER, Jairo (Org.). Temas Polêmicos do Constitucionalismo Contemporâneo. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 77-83.

constitucional (posição doutrinária fundada no artigo 5º, § 2º, da CF) ou (d) como direito ordinário (antiga posição do STF).¹⁹

A primeira vem disciplinada no parágrafo 3º, do artigo 5º, da CF, inserido pela Emenda Constitucional 45, que diz: "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"²⁰.

A segunda foi sustentada no voto supracitado do Min. Gilmar Mendes (RE 466.343-SP, rel. Min. Cezar Peluso, j. 22.11.06)²¹.

A terceira emana de uma forte corrente doutrinária ((Flávia Piovesan, Valério Mazzuoli, Ada Pellegrini Grinover, L. F. Gomes etc.) que já conta com várias décadas de existência no nosso país. Em favor dessa corrente há inclusive alguns votos no STF (HC 72.131 e 82.424, rel. Min. Carlos Velloso), mas é certo que essa tese nunca foi majoritária na nossa Suprema Corte de Justiça.

Para Gomes,

O ponto comum entre as três primeiras posições citadas reside no seguinte: os tratados de direitos humanos contam com *status* supralegal, ou seja, acham-se hierarquicamente acima do Direito ordinário. Essa premissa nos parece totalmente acertada. Na atualidade, tendo em vista a nova configuração do Estado e o valor do Direito humanitário internacional, que não se confunde com o Direito internacional humanitário (Direito que cuida das guerras), impõe-se ao STF abandonar sua clássica posição paritária.²²

¹⁹ GOMES, Luiz Flávio. **Valor Jurídico dos Tratados de Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.lfg.blog.br>. Acesso em: 03.04.2007, p. 2.

²⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em: 08 ago. 2007.

²¹ Nesse Recurso Extraordinário discute-se a constitucionalidade da prisão civil nos casos de alienação fiduciária em garantia (art. 4º do Decreto-Lei nº 911/69). Em seu voto o Ministro Gilmar Mendes considerou a norma inaplicável em razão de afrontar Tratado de Direitos Humanos firmado pelo Brasil.

²² GOMES, Luiz Flávio. **Valor Jurídico dos Tratados de Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.lfg.blog.br>. Acesso em: 03.04.2007, p. 2.

A quarta corrente doutrinária tem como fundamento a regra de recepção dos tratados internacionais, contida na Constituição Federal. Para quem a sustenta, os Tratados Internacionais, por demandarem aprovação por demandarem aprovação através de quorum idêntico ao das leis ordinárias, teria o mesmo *status* destas.

Esquecem, aqueles que se filiam a esse entendimento, que a aprovação do tratado internacional demandou grandes negociações supranacionais, com a participação de organismos internacionais e diversos países, todos visando a um futuro melhor para a humanidade. Preferem se ater a critérios legislativos técnicos.

A solução trazida pela Emenda Constitucional nº 45, embora possa ser considerada um avanço, demanda vontade política do legislativo para que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos sejam alçados ao *status* constitucional, uma vez que exige votação em dois turnos, pelas duas casas legislativas, além de maioria qualificada.

Henrique Kenup Sathler²³ faz severa crítica a essa novel norma, por afrontar os parágrafos 1º e 2º do artigo 5º da CF. Para o autor, os tratados e convenções internacionais em direitos humanos já deveriam ser considerados normas constitucionais.

Já a tese do Ministro Gilmar Mendes²⁴, é no sentido de que os Tratados Internacionais seriam normas de direito supralegal e infraconstitucional, embora positiva ante ao antigo entendimento do Supremo Tribunal Federal, protege os tratados somente das normas emanadas pelo legislador ordinário.

A doutrina que melhor se amolda à importância dos tratados internacionais, principalmente daqueles que tratam de direitos humanos, é aquela fundada no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, ou seja a que reconhece que "os

²³ SATHLER, Henrique Kenup. O § 3º do artigo 5º da Constituição Federal. Retrocesso da legislação brasileira na visão das modernas teorias do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Revista de Informação Legislativa. Brasília: ano 44, nº 173. janeiro/março-2007.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 466.343-SP. Disponível em: www.stf.gov.br Acesso em: 14 ago. 2007.

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.” A opção do legislador constituinte é, inegavelmente, a de dar aos tratados internacionais sobre direitos humanos o *status* de norma constitucional.

Além disso, considerando esse entendimento, o § 1º do artigo 5º da Constituição, confere aplicabilidade imediata às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, o que significa que estas independem de qualquer medida legislativa para se encontrarem em plena vigência.

Nesse sentido é o entendimento de Piovesan:

Ora, se as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais demandam aplicação imediata e se, por sua vez, os tratados internacionais de direitos humanos têm por objeto justamente a definição de direitos e garantias, conclui-se que estas normas merecem aplicação imediata.²⁵

Os direitos e garantias trazidos por tratados internacionais em matéria de direitos humanos subscritos pelo Brasil teriam, portanto, independentemente da forma que fossem recepcionados, a mesma hierarquia das normas constitucionais.

Esta é a situação ideal, por ser a que mais aproxima nosso ordenamento jurídico de uma idéia de Estado Constitucional e Humanitário de Direito (ECHD).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Declaração de 1948 é marco inicial para a solução do problema da fundamentação dos direitos do homem. Como se viu, Bobbio sustenta que um valor é tanto mais fundado quanto mais é aceito, e somente através da universalidade conquistada a partir de 1948 é que houve um grande impulso

²⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 106-107.

para o reconhecimento dos direitos humanos por um grande número de Estados.

Esse novo modelo pregado pela Declaração refletiu nas novas Constituições que surgiram no pós-guerra, que passaram a respeitar o valor da dignidade humana e a se vincular a princípios e regras de direito internacional.

Nesse contexto, conforme se expôs, desenvolveu-se o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) que adotou instrumentos internacionais de proteção, entre eles se destacando o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e a Convenção sobre os Direitos da Criança.

Também nessa esteira, foram criados sistemas regionais de proteção, como a Convenção Americana de Direitos Humanos, cuja abrangência integra o Brasil e que assegura diversos direitos civis e políticos. A partir de 1999 adicionou-se um protocolo à convenção especificando também direitos sociais, culturais e econômicos.

Aos Estados signatários, cabe respeitar e assegurar esses direitos e garantias, além de adotar medidas que viabilizem a implementação de direitos ainda não garantidos pelo ordenamento jurídico interno.

Para fazer valer as suas disposições, a Convenção conta com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Verificou-se, também, que existe controvérsia sobre a posição dos tratados internacionais ante as normas jurídicas de direito interno brasileiras. Há quatro correntes distintas, a saber: (a) como Emenda Constitucional (CF, artigo 5º, § 3º) ou (b) como Direito supra legal (voto do Min. Gilmar Mendes) ou (c) como Direito constitucional (posição doutrinária fundada no artigo 5º, § 2º, da CF) ou (d) como direito ordinário (antiga posição do STF).

A primeira, conforme se demonstrou, emana da norma jurídica inscrita no § 3º do artigo 5º da CF/88 pela Emenda Constitucional nº 45. Sua desvantagem é que depende de vontade política do Congresso Nacional, pois demanda quorum privilegiado para atingir *status* de emenda constitucional.

A segunda, como se viu, provém de recente decisão do Ministro Gilmar Mendes e, embora represente grande passo, principalmente diante do antigo entendimento do STF, também não atende aos anseios sociais, pois não garante rigidez aos direitos que protege.

Conclui-se, finalmente, que os direitos humanos protegidos por tratados internacionais firmados pelo Brasil possuem *status* de norma constitucional e aplicabilidade imediata, independentemente de decreto legislativo, por força das disposições contidas nos §§ 1º e 2º do artigo 5º da Constituição Federal.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em: 08 ago. 2007

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 466.343-SP. Disponível em: www.stf.gov.br Acesso em: 14 ago. 2007.

GOMES, Luiz Flávio. **Valor Jurídico dos Tratados de Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.lfg.blog.br>. Acesso em: 03.04.2007.

PASQUALUCCI, Jô M. **The Practice and Procedure of the Inter-American Court on Human Rights**. In PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2006,

PINTO, Mônica. **Derecho internacional de los derechos humanos: breve visión de los mecanismos**. In PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano.** São Paulo: Saraiva, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Brasil e o Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos: impacto, desafios e perspectivas.** In: SCHÄFER, Jairo (Org.). Temas Polêmicos do Constitucionalismo Contemporâneo. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

SATHLER, Henrique Kenup. **O § 3º do artigo 5º da Constituição Federal. Retrocesso da legislação brasileira na visão das modernas teorias do Direito Internacional dos Direitos Humanos.** Revista de Informação Legislativa. Brasília: ano 44, nº 173. janeiro/março-2007.

SILVA, Karine de Souza. **Direito da Comunidade européia. Fontes, princípios e procedimentos.** Ijuí: Editora Unijuí, 2005. p. 165-178.

TRINDADE, Cançado. **A Corte Interamericana de Direitos Humanos.** In PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2006.