Número 16 – dezembro/janeiro/fevereiro 2009 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1888

A INTERPRETAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS A PARTIR DA EMENDA 45

Prof. Nelson Camatta Moreira

Mestre e Doutorando em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS-RS). Pesquisador, bolsista modalidade I, do Centro de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Professor Universitário. Advogado.

SUMÁRIO: 1. A inserção do § 3º ao artigo 5º da Constituição; 2. O impacto da inovação constitucional; 3. Aporias de uma sistemática impensada; 4. Crise da hermenêutica dos Direitos Fundamentais; Considerações Finais; Referências Bibliográficas.

RESUMO: No texto subseqüente, intenta-se contribuir para a hermenêutica dos tratados internacionais de direitos humanos, tendo-se como enfoque privilegiado a novidade introduzida pela Emenda Constitucional nº 45, que inseriu o § 3º no artigo 5º da Constituição da República. Preliminarmente, optou-se pela análise acerca da constitucionalidade da proposta inovadora elaborada pelo legislador derivado. Em seguida, aborda-se o impacto (aspectos positivos e negativos) do novo dispositivo no ordenamento jurídico pátrio, bem como a celeuma gerada em torno dos tratados internacionais de direitos humanos já ratificados pelo Estado brasileiro. Por fim, a monografia aborda a crise da hermenêutica jurídica brasileira, com enfoque especial sobre a postura do Supremo Tribunal Federal que, por sua vez, ainda atrelado a um formalismo jurídico, interpreta os tratados de direitos humanos como se fossem tratados internacionais comuns.

PALAVRAS-CHAVE: Tratados Internacionais de Direitos Humanos – Emenda 45 – Hermenêutica Jurídica.

ABSTRACT: In the subsequent text, one intends to contribute for the hermeneutic of the internationals treaties of the human rights, one having as privileged subject the newness introduced by the Constitutional Amendment nº 45, that inserted the § 3º in the article 5º of the Federal Constitution. Preliminarily, one has opted by the analysis regarding the constitucionality of the innovative proposal elaborated by the secondary legislator. Afterwards, one approaches the impact (positives and negatives aspects) of the new disposing in the paternal legal ordainment, as well as a clamour generated around the internationals treaties of the human rights already ratified by the Brazilian State. At last, the monography approaches the crisis of the Brazilian legal hermeneutic, with special approach about the posture of Federal Tribunal Supreme, which it is, linked yet to a legal formalism, interpretes the treatments of the human rights as if were comuns internationals treaties.

KEYWORDS: Internationals Treaties of the Human Rights – Amendment 45 – Legal Hermeneutic.

1. A INSERÇÃO DO PARÁGRAFO 3º AO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

O parágrafo 3º, acrescido ao artigo 5º da Constituição Federal, pela EC 45, promulgada em 8/12/2004 e publicada em 31/12/2004, dispõe que *"os tratados e convenções sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais".* Trata-se, portanto, de inovação introduzida no texto constitucional brasileiro, que tem por intuito atribuir *status* de norma constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, desde que preenchidos os requisitos procedimentais do § 3º, ou seja, pretende "resolver" a celeuma em torno do patamar que deve ocupar esses instrumentos normativos internacionais que tratam de direitos fundamentais.

Todavia, a inovação legislativa sugerida pelo *legislador derivado*, apesar de ofertar, oficialmente, uma proposta solucionadora, possui conseqüências negativas ao campo jurídico, pois (1) acaba por gerar mais confusões que soluções, além de (2) ser, antes disso, despicienda sob o ponto de vista hermenêutico.

Sobre o primeiro problema, Morais afirma:

> *"Desde o advento da Carta Constitucional de 1988 nos deparamos no Brasil com um debate acadêmico e jurisprudencial o qual tem evidenciado uma dualidade de compreensões acerca do conteúdo a ser atribuído à Carta de Direitos Fundamentais expressa no texto constitucional e, particularmente, do sentido da norma contida no art. 5º e seus parágrafos.*
>
> *Tal debate não se finda com a promulgação da EC 45/04, ao contrário, parece-nos, outros problemas emergem e necessitam tratamento compatível com o projeto de Estado Democrático de Direito assumido pelo constituinte (...).*[1]"

[1] MORAIS, José Luis Bolzan de. Direitos Humanos, Constituição e Direito Internacional. p. 43. In: AGRA, Walber de Moura (coord.). *Comentários à reforma do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

Em relação ao segundo problema, qual seja, a hermenêutica dos tratados internacionais inseridos no ordenamento brasileiro, destinar-se-á, na seqüência deste texto, um item específico para a análise da desnecessidade de tal dispositivo, em face da presença do § 2º, do artigo 5º, que, por si só, já seria suficiente para ensejar uma leitura *constitucionalizante* dos tratados internacionais de direitos humanos.

A presença do novo parágrafo 3º, do artigo 5º, da Constituição Federal se mostrou tão destoante do discurso daqueles que defendem uma visão material aberta dos direitos humanos que se chegou a levantar a discussão doutrinária sobre a inconstitucionalidade de tal dispositivo.

De fato, a argumentação partidária da inconstitucionalidade do dispositivo da emenda que sugere o ora § 3º, do artigo 5º, da CF, parte do pressuposto de que ocorreu um *"retrocesso no alcance do § 2º, do artigo 5º, do texto constitucional que, como norma de extensão, alçava os tratados internacionais de direitos humanos ao status constitucional independentemente de qualquer quorum privilegiado."* Contudo, entende-se que, a partir da análise da jurisprudência do STF e da doutrina que o inspira, *"esse retrocesso é ilusório na medida em que o alcance estabelecido como premissa para fundamentar a inconstitucionalidade nunca foi reconhecido."*

Diante disso, constatada a ausência de um *precedente* na Corte Constitucional brasileira, bem como a *baixa cultura dos direitos fundamentais* no Brasil[2], infelizmente, há de se convir que, caso tal discussão alcançasse o STF fatalmente seria rechaçada. Tudo isso porque, conforme já consagrado, o Supremo Tribunal Federal *"negou para o referido § 2º do art. 5º qualquer efeito inovador na matéria de integração de tratados ao direito interno, mantendo o entendimento jurisprudencial até então vigorante."*[3]

Afastada a possibilidade de discussão doutrinária acerca da inconstitucionalidade do novo dispositivo (§ 3º, do art. 5º), trazido pela EC 45/04, para o texto constitucional, cuja argüição sequer foi apresentada à Corte Constitucional Brasileira, resta, assim, o enfrentamento da incidência desse novo texto inserido na Constituição. O § 3º do artigo 5º é uma realidade que carece de um olhar hermenêutico.

---

[2] Sobre a "baixa cultura dos direitos fundamentais no Brasil", v. MOREIRA, Nelson Camatta. A Superação da Metafísica Objetificante para a Efetivação dos Direitos Fundamentais: A (Necessária) Leitura Hermenêutica dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. In *Revista de Estudos Criminais*. Sapucaia do Sul (RS). Vol 20. 173-192.

[3] DALLARI, Pedro. Tratados Internacionais na Emenda Constitucional 45. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro e ARLACÓN, Pietro de Jesús Lora (orgs.). *Reforma do Judiciário*: analisada e comentada. São Paulo: Método, 2005.

2. O IMPACTO DA INOVAÇÃO CONSTITUCIONAL E AS DUAS (POSSÍVEIS) FACES DE UMA MESMA MOEDA: OS RISCOS DO *CULTO AO PROCEDIMENTO* E OS ASPECTOS POSITIVOS DO NOVO TEXTO JURÍDICO

Conforme diagnosticado no item anterior, foi estabelecido um procedimento especial no texto constitucional brasileiro capaz de atribuir aos dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos um caráter de norma constitucional. A partir de agora, intenta-se apresentar o paradoxo do estabelecimento de tal procedimento que pode ser compreendido, basicamente, em dois aspectos: um negativo, que valoriza a interpretação extremamente formalista do novo dispositivo ora debatido, fundada numa postura capaz de enxergar o procedimento como um fim em si mesmo; ou, por outro lado, um positivo, se se considerar a possibilidade de uma construção hermenêutica em prol da manutenção do sistema integrado (Constiuição/Direito Internacional dos Direitos Humanos-DIDH) de proteção dos direitos fundamentais e, para tanto, o § 3º deve ser interpretado em consonância com o § 2º, do artigo 5º da Constituição.

Quanto ao primeiro aspecto – o negativo –, antes de se tecer qualquer crítica sobre o apego formalista ao procedimento, deve se esclarecer que não se pretende aqui contestar o diagnóstico de autores como Habermas, que, em sua obra, tratou de descrever a legitimação, nas sociedades modernas, do direito por meio de procedimentos estabelecidos pelos Estados de direito.[4] Assim, registra-se, desde já, que as críticas, que se desenvolverão subsequentemente, não envolvem a discussão em torno do problema da procedimentalização do direito, mas, mais especificamente, o apego do operador do direito ao formalismo que acaba obnubilando o conteúdo do direito. E isso, levando-se para a questão dos direitos fundamentais, pode ser bem exemplificado a partir da interpretação radicalmente formalista do § 3º, do artigo 5º.

O aspecto negativo do § 3º, do artigo 5º, portanto, pode ser constatado, num primeiro momento, em relação aos potenciais prejuízos que possam vir a ser causados em relação à *"interpretação que era feita sob o manto do § 2º do art. 5º da CB, acerca da incorporação constitucional, automática e sob o critério da materialidade constitucional de tratados versando direitos humanos."*[5]

[4] Em sentido próximo, Habermas afirma que: "A validade (*Gültigkeit*) de uma norma jurídica afirma que o poder estatal garante ao mesmo tempo positivação jurídica legítima e execução judicial fática. O Estado deve garantir ambos, por um lado, a legalidade do comportamento no sentido de um seguimento satisfatório da lei, caso necessário, forçado com base em sanções, e, por outro, uma legitimidade das regras que torna a todo momento possível o cumprimento de uma norma por 'respeito diante da lei'. Com relação à legitimidade da ordem jurídica, no entanto, sobretudo uma outra característica formal é importante, a saber, a positividade (*Positivität*) do direito positivado (*gesatzt*)." Cf. HABERMAS, Jürgen. *Constelação Pós-Nacional*. Traduzido por Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

[5] TAVARES, André Ramos. *Reforma do Judiciário no Brasil pós-88*: (des)estruturando a justiça: comentários completos à EC 45/04. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 42.

A procedimentalização serviria, então, para reforçar a tese já consagrada pelo STF, no sentido contrário da incorporação automática, baseada no critério material. Nesse sentido, com base no novo § 3º, do art. 5º, Pedro Dallari alcança do dito, pelo não dito, a seguinte norma:

> *"Essa omissão não é desprovida de conseqüências, pois, além de o Congresso Nacional não atribuir expressamente dimensão constitucional aos tratados de direitos humanos anteriores à Emenda 45, a nova exigência de maior quorum na aprovação legislativa acaba aparentemente por endossar a interpretação de que as disposições do §2º do art. 5º, vigentes desde a promulgação da Constituição, em 1988, não teriam o condão, por si sós, de gerar para os tratados nessa matéria os efeitos de norma da Constituição. Tal condição só ocorreria daqui por diante e desde que atendidas as exigências do novo §3º do art. 5º. Assim, paradoxalmente, a adoção, pelo Congresso Nacional, de preceito a princípio voltado a conferir maior relevância a tratados internacionais de direitos humanos, acabou por comprometer seriamente a tese, mais favorável à promoção dos direitos humanos, de que os tratados nessa matéria já teriam status constitucional.*[6]"

Com isso, o autor conclui que esse dispositivo *"operou em sentido oposto à interpretação de que o § 2º do mesmo art. 5º, desde a sua edição em 1988, já ensejaria o nivelamento constitucional para o rol (de tratados) preexistente à EC 45"* de maneira que, *"relativamente ao passado, o texto do § 3º do art. 5º revela-se contraproducente como instrumento de promoção efetiva dos direitos humanos".*[7] Nesse mesmo sentido, Leonardo A. de Andrade Barbosa aduz que:

> *"A Reforma do Judiciário, ao prever a possibilidade de atribuição de hierarquia constitucional aos tratados e convenções sobre direitos humanos mediante procedimento específico no âmbito do Congresso Nacional, veio a reforçar a posição adotada pelo STF na questão, isto é, assentou que os tratados sobre direitos humanos não contam com a hierarquia constitucional automaticamente, como sugerido por Piovesan.*[8]"

---

[6] DALLARI, Pedro. Tratados Internacionais na Emenda Constitucional 45. p. 91 In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro e ARLACÓN, Pietro de Jesús Lora (orgs.). *Reforma do Judiciário*: analisada e comentada. São Paulo: Método, 2005.

[7] Idem, p. 95. Cf. AMARAL, Jasson Hibiner. *A incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro:* o novo parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição Federal e o redimensionamento das possibilidades hermenêuticas. 2005, p. 112-3. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, 2005.

[8] DINO, Flávio; et. al. *Reforma do Judiciário*: comentários à emenda n. 45/2004. Niterói: Impetus, 2005. p. 16.

Por fim, colocando uma última pá de terra sobre o jazigo dos direitos fundamentais, Flávio Dino afirma que a nova sistemática, trazida pelo §3º do artigo 5º, *"soluciona a polêmica anterior mantendo a hierarquia dos tratados (anteriores à EC 45/2004) equivalente às leis ordinárias."*[9]

Já em relação ao segundo aspecto - o positivo -, tudo indica que a emenda constitucional 45/04, não obstante a sua assistematicidade, veio com a intenção de fortalecer e não enfraquecer a sistemática brasileira de proteção dos direitos fundamentais, o que se depreende, por exemplo, das prescrições de celeridade dos julgamentos (art. 5º, LXXVIII) e de deslocamento de competência para a Justiça Federal para julgamento de crimes que ofendem os tratados internacionais de direitos humanos (art. 109, § 5º).

Além disso, não obstante os equívocos lingüísticos que podem ser vislumbrados no "dispositivo inovador", se se considerar apenas o fato da discussão trazida pela Emenda 45 em relação ao grau normativo que se atribui aos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro, já é, por si só, extremamente salutar para o ambiente que relaciona direitos fundamentais e a democracia que, juntos, *"contribuem para a criação ininterrupta de direitos, para a subverção contínua dos estabelecido e para a reinstituição permanente do social e do político."*[10] Ou seja, num jovem ambiente democrático – considerando-se os 18 anos de Constituição Cidadã -, em face da triste história autoritária brasileira, os direitos humanos ocupam um importante espaço simbólico para a discussão dos anseios *democráticos*, num *Estado de Direito*.

E, do ponto de vista hermenêutico, um texto normativo que cuide de direitos humanos é sempre bem vindo, na medida em que se pode, por meio de uma construção de sentido – não relativista[11] - alcançar uma fusão de sentidos, convergente em prol da dignidade humana. Nesse sentido, conforme se verá subsequentemente, já existem alguns exemplos no âmbito da decidibilidade jurídica, que vem buscando construir entendimentos para além de um *positivismo objetificante*.

[9] Idem, p.13. O autor (Dino) refuta a idéia de que o novo comando constituiria um retrocesso, não acreditando que a nova composição do STF ensejaria mudança na posição majoritária sobre a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos. Por tal motivo, o novo dispositivo seria vantajoso, na medida em que "estabelece a possibilidade de um processo legislativo qualificado conferir *status* de emenda constitucional." Cf. AMARAL, Jasson Hibiner, Op. Cit., p. 113.

[10] CHAUÍ, Marilena. In LEFORT, Claude. *A Invenção Democrática*. Traduzido por Isabel M. Loureiro. São Paulo: Brasiliense, 1983, p. 7.

[11] Contestando as acusações de relativismo da hermenêutica, conferir STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise.* 5ª ed. , p. 310-9.

3. APORIAS DE UMA SISTEMÁTICA IMPENSADA: O QUE FAZER COM OS TRATADOS QUE NÃO FORAM "LEGITIMADOS PELO (NOVO) PROCEDIMENTO"

A Emenda Constitucional 45 não trouxe qualquer esclarecimento acerca da situação dos tratados internacionais de direitos humanos que lhes são anteriores, nem especificamente no texto normativo que inseriu o § 3º, nem tampouco em qualquer outra passagem de seus dispositivos. Dito de outra forma, resumidamente, os vários e importantes tratados de direitos humanos já ratificados pelo Brasil[12] ficaram no limbo das discussões travadas por ocasião da elaboração da EC 45.

Ao contrário disso, no direito comparado, analisando-se o texto constitucional argentino, modificado pela emenda introduzida em 1994, mais especificamente em seu artigo 75, item 22, prevê que os vários pactos e tratados internacionais de direitos humanos, expressamente enunciados, possuem hierarquia constitucional, revelando ainda que os demais tratados acerca da matéria que forem aprovados por dois terços dos membros de cada uma das câmaras do parlamento nacional (*quorum* adotado para aprovação de emendas constitucionais no país) também terão hierarquia constitucional.

Como exemplo bastante elucidador, então, nota-se que a Constituição Argentina, traz, também por meio de uma emenda, a previsão que estende aos tratados anteriores à alteração, devidamente enunciados, o patamar de normas constitucionais. Houve, na verdade, *"uma espécie de 'análise em bloco' dos tratados internacionais de direitos humanos que já haviam sido ratificados pela Argentina, o que resultou em sua expressa constitucionalização."* Isso consistiu numa medida salutar que contribui na qual se pode destacar, dentre outras coisas, uma *"economia de tempo para a sua aprovação, bem como o fato de que a não aprovação pelo Congresso significaria a rejeição da constitucionalização de todos os tratados internacionais de direitos humanos até então ratificados pelo país, o que representaria sérios desgastes para o parlamento diante da opinião pública."*[13]

Retornando a discussão para o caso brasileiro reforça-se o registro de que nenhuma menção foi realizada, pela EC 45, à situação dos inúmeros tratados internacionais de direitos humanos já ratificados pelo Brasil. Portanto, a discussão que se mantém e que parece ser a grande questão sobre esses instrumentos internacionais garantidores dos direitos humanos, gravita em torno do patamar ocupado por tais instrumentos no direito brasileiro. E o ponto

[12] Alguns exemplos de Tratados Internacionais de Direitos humanos ratificados pelo Brasil: a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20/07/1989; a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 28.09.1989; a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24/09/1990; o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em 24/01/1992; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, também em 24/01/1992; a Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25/09/1992.

[13] Idem, p. 110. Para o estudo comparado de outras ordens constitucionais, como as da Venezuela, do Peru, da Nicarágua, da Guatemala, da Colômbia e do Chile, vide PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 77-80.

nevrálgico de divergências em torno dos tratados internacionais de direitos humanos é o seguinte: continuarão estes sendo concebidos como normas infra-constitucionais, conforme se depreende do entendimento do Supremo Tribunal Federal? Ou poderão assumir o *status* de leis constitucionais, mesmo não tendo sido submetidos ao procedimento qualificado, previsto pelo § 3º, do artigo 5º?

Como resposta a essa indagação, Tavares sugere, todavia sem uma fundamentação suficiente, que a tese da incorporação automática via § 2º, da Constituição seja mantida para os tratados firmados antes da publicação da EC 45/04 e, para as novas convenções ou tratados, posteriores à reforma, serviria a regrado do § 3º. Outra possibilidade, segundo, o autor seria *"a de considerar a regra do § 3º apenas uma formalização que ratifica a posição assegurada pelo § 2º, compreendida como a de assegurar o nível constitucional desses tratados.".*[14]

Além dessas, há ainda a proposta desenvolvida a partir do raciocínio ínsito à idéia de *recepção*, bastante difundida e conhecida no Direito Constitucional. Essa teoria pode ser resumidamente entendida como aquela que leva em consideração a compatibilidade material da norma com o novo ordenamento constitucional para que ocorra o fenômeno da recepção, sempre prevalecendo, para os aspectos formais a regra do *tempus regit actum*. Assim, exemplifica Amaral,

> *"se uma lei ordinária anterior à Constituição é com ela materialmente compatível, será recepcionada ainda que a matéria nela versada, pela disposição do novo ordenamento jurídico, passe a ser regulada por lei complementar. No entanto, e embora ela tenha sido editada segundo procedimentos estabelecidos pela Constituição anterior para a elaboração de lei ordinária, para alterá-la, será necessária edição de lei complementar, conforme preceitua o novo ordenamento constitucional, sob pena de não se observar a vontade do constituinte, que passou a exigir lei complementar para aquela matéria.*[15]"

Estendendo essa visão, analogicamente, à situação gerada pela EC 45/04, em relação aos tratados internacionais de direitos humanos assinados antes de sua vigência, e considerando-se que esses tratados foram submetidos ao devido procedimento formal estabelecido à época de suas ratificações, tendo assumido, devido o § 2º do artigo 5º, o *status* de normas constitucionais, manter-se-iam, esses textos, compatíveis com a Constituição, ora reformada pela referida Emenda.

---

[14] TAVARES, André Ramos. *Reforma do Judiciário no Brasil pós-88*: (des)estruturando a justiça: comentários completos à EC 45/04. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 45. Esta segunda idéia será melhor desenvolvida ao final do próximo item.

[15] AMARAL, Jasson Hibiner. *A incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro*, p. 123.

Reconhecendo-se a complexidade desse raciocínio, recorre-se aqui ao texto de José Carlos Francisco, que, apesar de um pouco extenso, merece menção devido à sua abordagem esclarecedora. Assim, Francisco afirma que:

> *"Acerca da recepção, sabemos que se trata de princípio geral de Direito Constitucional (que independe de previsão expressa), segundo o qual as normas infraconstitucionais validamente editadas (sob o ângulo formal e material) na vigência de ordenamentos constitucionais anteriores continuam vigentes e eficazes em face de novos ordenamentos constitucionais (originários ou reformadores), bastando a compatibilidade material com as regras constitucionais supervenientes. É indiscutível que os atos normativos recepcionados somente podem ser alterados pela forma normativa exigida pelo novo ordenamento constitucional (ou seja, se uma lei ordinária foi validamente editada seguindo as previsões da Constituição pretérita, essa lei ordinária somente poderá ser modificada por lei complementar caso a nova Constituição disponha que o tema correspondente deva ser objeto de lei complementar), sob pena de inobservância da vontade do constituinte que passou a exigir nova modalidade normativa para a matéria. É verdade que a recepção convencional é vista envolvendo regras infraconstitucionais anteriores diante de novas ordens constitucionais (ou seja, a norma anterior tem forma infraconstitucional, e permanecerá como norma infraconstitucional, ainda que de competência ou hierarquia diversa), mas nada impede que o fenômeno da recepção seja aplicado em casos nos quais a ordem constitucional anterior permanece com força de regra constitucional em face do novo ordenamento constitucional (fenômeno denominado recepção material), ou em casos nos quais as regras constitucionais anteriores venham assumir status de normas infraconstitucionais (chamada de desconstitucionalização em sentido estrito). Admitimos que a doutrina e a jurisprudência aceitam a recepção material e a desconstitucionalização apenas mediante previsão constitucional expressa no ordenamento superveniente, mas a controvérsia gerada pela Emenda Constitucional 45 em relação aos tratados sobre direitos humanos anteriores a 8 de dezembro de 2004 está mais próxima ou adequada à recepção convencional do que a esses dois outros instrumentos de hermenêutica constitucional, já que a recepção material e a desconstitucionalização pressupõem a ab-rogação da Constituição pretérita (...).*[16]"

Ao lado de toda essa construção, reforça-se ainda que a recepção pode funcionar como hábil instrumento de economia legislativa, na medida em que, se as normas anteriores são compatíveis com a alteração constitucional que lhes é posterior, evitam-se tormentosos, exaustivos e morosos trabalhos do legislativo em reproduzir em moldes idênticos as normas já existentes,

[16] FRANCISCO, José Carlos. Bloco de Constitucionalidade e Recepção dos Tratados Internacionais. In TAVARES, André Ramos et. al. (org). *Reforma do Judiciário*: analisada e comentada. São Paulo: Método, 2005. p. 103-4. .

apenas para lhe dar outra forma normativa imposta pela alteração constitucional superveniente.

A novidade introduzida pela EC 45/04, que ainda segue angustiando por sua estranheza, tem sido enfrentada nas diversas áreas do campo jurídico. Dentre elas, no espaço acadêmico pôde-se colher interessantes propostas como as de Jasson Hibner Amaral e José Carlos Vieira, que convergiram em torno da teoria da *recepção* conforme restou apresentado anteriormente.

Como contribuição à elucidação da celeuma, de certa forma reforçando a última postura apresentada, apresentar-se-á, finalmente, bases teóricas para uma leitura hermenêutica do § 3º, do art. 5º, considerando-se, também, algumas manifestações no âmbito da decidibilidade jurídica no período recente, *pós-Emenda 45/04*.

4. CRISE DA HERMENÊUTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL: OS PROBLEMAS DA *BAIXA COMPREENSÃO* E DO APEGO AO FORMALISMO NA DOGMÁTICA JURÍDICA BRASILEIRA

Os tratados internacionais de direitos humanos já eram considerados normas constitucionais, conforme assinalado por considerável segmento da doutrina pátria, por ocasião da análise do § 2º, do artigo 5º, que já consta do texto constitucional desde a sua publicação em 1988[17]. Todavia, a cultura jurídica brasileira apegada à forte noção positivista, em sua face mais radical, manteve-se indiferente em alguns casos ou, pior, em outros negou a possibilidade do devido tratamento aos direitos fundamentais previstos em tratados internacionais de direitos humanos.[18]

Nesse sentido, é mportante notar o quanto é difícil se alterar uma cultura historicamente forjada sob os auspícios da modernidade que ditou implacavelmente um modelo de direito liberal-individual-normativista. A "baixa noção dos direitos fundamentais", descrita alhures, parece seguir reforçada pelo discurso procedimentalista do § 3º, do artigo 5º, conforme se depreendeu de algumas manifestações doutrinárias citadas alhures e da Corte Constitucional brasileira, que segue acomodada em sua "tradicional" postura. Sobre esta última afirmação, por todos, ilustrativamente, eis o trecho do voto do Ministro-relator Carlos Veloso, que assim se manifestou por ocasião do

[17] COMPARATO, Fábio Konder. Sobre a Legitimidade das Constituições**.** In BONAVIDES, Paulo; *at al*. *Constituição e Democracia*: Estudos em Homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006. CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: SAFE, 1997; PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Internacional Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

[18] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995; MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos Fundamentais*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2000; Supremo Tribunal Federal, entendimento consagrado desde o julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004/1977 (por maioria de votos).

julgamento de um Recurso interposto perante o STF, em 22/02/2005: *"Verifica-se, assim a prevalência da Constituição Federal em relação aos tratados e convenções internacionais não aprovados segundo o procedimento descrito no § 3º do art. 5º da CF/88."*[19]

Todavia, assumindo-se a postura de uma *hermenêutica concretizadora* dos direitos fundamentais, é preciso suspender os *pré-juízos inautênticos*, que impedem o devido *des-velamento* daquilo que sempre esteve ali, aberto materialmente pelo texto constitucional para o diálogo dos direitos fundamentais previstos nos tratados. A abertura da clareira no direito deve passar, necessariamente, pela denúncia do caráter metafísico da dogmática jurídica, que, ao interpretar, objetifica as possibilidades de reconhecimento das peculiaridades de cada caso (*experiência prática*).

O senso comum teórico predominante no campo jurídico brasileiro, impregnado por uma dogmática jurídica insuficiente, marcada pelo paradigma "liberal-individualista-normativista" e pelo "cientificismo-metátísico-objetificante", acaba por impedir a consolidação do projeto de abertura do constitucionalismo pátrio para o processo de interação com o DIDH, ou, a consolidação de um *Direito Constitucional Internacional*. Isso mantém a "baixa compreensão dos direitos fundamentais".

Por outro lado, focos de *resistências hermenêuticas humanistas* (com o perdão da redundância) acenam para uma mudança paradigmática, aproveitando o (problemático) discurso do § 3º, principalmente no ambiente decisório dos tribunais estaduais, que, por sua vez, utilizam o discurso textual de tal dispositivo para a construção de (novas) normas, a fim de se tentar superar antigas discussões, como é o caso, por exemplo, do conhecido debate acerca da prisão do depositário infiel. Sobre esse assunto, eis o entendimento proferido em uma decisão da lavra do Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul:

> *"Assim, é constitucionalmente possível que um tratado internacional retire do ordenamento jurídico pátrio, as exceções ou as restrições aos direitos fundamentais, mesmo que tais exceções ou restrições estejam previstas no rol do art. 5º da Constituição Federal, pois, como antes referido, o que é vedado não é a alteração do art. 5º, mas a abolição dos direitos e garantias fundamentais, estejam eles onde estiverem (CF/88, art. 60, § 4º, IV), sendo que a sua ampliação, longe de estar vedada, está na verdade expressamente autorizada, exatamente pela redação do dispositivo que recusa a taxatividade ou o numerus clausus (CF/88, § 2º do art. 5º).*

[19] Supremo tribunal Federal. Ag. Reg. No Agravo de Instrumento 513.044-5 (São Paulo) – Relator Min. Carlos Velloso – Julgamento em 22/02/2005 – Segunda Turma. Publicado no D.J. em 08.04.2005. Ata nº 9/2005. Disponível em http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia. Acessado em 30.07.2005.

> *E assim era desde a redação original da vigente Constituição Federal, com muito mais razão será agora com a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, que acrescentou o § 3º ao art. 5º da CF/88, com o que os tratados internacionais ganharam, clara e expressamente, força de Emenda Constitucional.*[20]"

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais também interpretou o § 3º, do artigo 5º, atribuindo *status* de normas constitucionais aos tratados internacionais de direitos humanos, como se pode notar no trecho do voto da Desembargadora-relatora, que se transcreve abaixo:

> *"E, recentemente, a emenda Constitucional nº 45/04, dispôs na redação que deu ao § 3º do art. 5º da Constituição que "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais". Embora não tenha ocorrido a aprovação com o quorum mencionado, forçoso é convir que está aí sinalizada a posição mais correta na exegese a respeito da legislação em comento.*[21]"

Esses exemplos servem para se apresentar um contraponto ao "pensamento (pre)dominante" que insiste em (vide manutenção da postura do STF) obnubilar as potencialidades materiais abertas pela Carta Constitucional brasileira (art. 5º, § 2º). Os fragmentos das decisões expostos acima, juntamente com a doutrina que sustenta a necessidade do reconhecimento do Sistema Integrado de Proteção dos Direitos Humanos, comprovam o surgimento, ainda que meio tímido, de uma nova cultura dos direitos fundamentais no Brasil.

A inserção do § 3º ao artigo 5º pela EC 45, longe de enfraquecer o status constitucional dos tratados cujas ratificações a antecederam, propiciou apenas a possibilidade de uma *constitucionalização formal*, por meio de um quorum qualificado para, para os tratados internacionais de direitos humanos no âmbito interno, pois

---

[20] Tribunal de Justiça do Estado do rio Grande do Sul. Habeas Corpus nº 70011566882 – 2ª Câmara Civil. Relator Desembargador Adão Sérgio do Nascimento Cassiano. Julgamento: 25/05/2005. Disponível em http://www.tj.rs.gov.br. Acessado em 08.09.2005. Na mesma esteira de interpretação voto da Relatora Desembargadora Isabel de Borba Lucas, no seguinte julgamento: Tribunal de Justiça do Estado do rio Grande do Sul. Habeas Corpus nº 700113551624 – 14ª Câmara Civil. Julgamento: 19/05/2005. Disponível em http://www.tj.rs.gov.br. Acessado em 05.08.2005.

[21] Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal º 1.0408.02.000139-7/001 – Segunda Câmara Criminal. Relatora Desembargadora Beatriz Pinheiro Caíres. Julgamento: 12/05/2005.Disponível em http://www.tjmg.gov.br/juridico/tj/inteiro_teor. acessado em 19.08.2005.

> *"Não seria razoável sustentar que os tratados de direitos humanos já ratificados fossem recepcionados como lei federal, enquanto os demais adquirissem hierarquia constitucional exclusivamente em virtude de seu quorum de aprovação. A título de exemplo, destaque-se que o Brasil é parte da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes desde 1989, estando em vias de ratificar seu Protocolo Facultativo. Não haveria qualquer razoabilidade se a este último – um tratado complementar e subsidiário ao principal – fosse conferida hierarquia constitucional, e ao instrumento principal fosse conferida hierarquia meramente legal.[22]"*

Neste sentido, Flávia Piovesan parece ter ofertado importante contributo para a elucidação da celeuma acerca da constitucionalidade dos tratados anteriores à EC 45/2004, ao afirmar que

> *"com o advento do § 3º do art. 5º surgem duas categorias de tratados internacionais de proteção de direitos humanos: a) os materialmente constitucionais; e b) os material e formalmente constitucionais. Frise-se: todos os tratados de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força do § 2º do art. 5º. Para além de serem materialmente constitucionais, poderão, a partir do § 3º do mesmo dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se à emendas à Constituição, no âmbito formal.[23]"*

É preciso agora que essa interpretação alcance a "Corte Constitucional" brasileira que ainda mantém sua postura objetificante, qual seja a de considerar o §2º do art. 5º como uma simples porta normativa que permite a entrada de tratados internacionais que, por sua vez, devem ser considerados apenas como leis ordinárias, sejam eles quais forem "sobre direitos humanos ou sobre comércio de laranjas", para a "Corte Constitucional brasileira", todos são iguais.

E agora, com o "novo dispositivo procedimental", segundo o STF, os tratados anteriores seguem como leis ordinárias, não terem sido aprovados segundo o procedimento descrito no § 3º do art. 5º da CF/88 (conferir nota anterior). Nesse sentido, ao ocultar a peculiaridade da norma internacional de direito fundamental, tratando-a como uma norma internacional qualquer, e,

---

[22] PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 72-3.

[23] Idem, p. 74. Outra discussão importante que advém dessa classificação dos tratados internacionais de direitos humanos em *materialmente constitucionais* e *material e formalmente constitucionais* refere-se à possibilidade de *denúncia* dos primeiros e à impossibilidade deste ato para os últimos. Todavia, em face da necessária delimitação da temática ora abordada, em decorrência da limitação espacial, essa discussão não será desenvolvida neste artigo.

além disso, seguindo "cegamente" o formalismo procedimental do § 3º, do art. 5º, entende-se que há uma objetificação no processo interpretativo do direito por parte, principalmente, da Corte que deveria ser a guardiã dos direitos fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face da pesquisa desenvolvida e materializada no presente texto, pode-se perceber que, cada vez mais, a concepção do direito, nas sociedades contemporâneas, deve extrapolar o dogmatismo de um modelo positivista fechado e enraizado numa concepção "inflexível" de soberania. De fato, se um estudioso do tema olhar, retrospectivamente, principalmente, a partir de meados do século XX, não será difícil de se perceber que, desde então, a preocupação com a implementação do movimento mundial de defesa dos direitos humanos assumiu uma intensidade nunca antes registrada.

Para o Brasil, de forma inédita, esse movimento foi acolhido pela Carta Cidadã de 1988, por meio de uma explícita previsão normativa, em que se previa a abertura material do texto constitucional para a complementação do rol de direitos fundamentais pelas previsões constantes dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro (art. 5º, 2º).

Esse dispositivo, associado a outros (art. 1º, III; 4º, II, todos da CF), veio para sugerir, não só uma mera abertura formal ou uma porta normativa para a inserção de direitos fundamentais previstos em tratados internacionais, mas uma proposta de interação entre o Direito interno e o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH). Dito de outra forma, a aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pode ser entendida como instauradora de uma (nova) era do constitucionalismo brasileiro que, por sua vez, passou a ser visto como aberto para a convivência "simbiótica" com o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH). Todavia esta "simbiose" não traz vantagens para tais "ramos" do direito, como lexograficamente o termo sugeriria, mas, metaforicamente, possibilita um ganho para aquele em torno do qual ambos gravitam: o ser humano.

Longe de "enfraquecer a soberania" nacional ou de contrariar o "espírito" constitucional, o Sistema Internacional integrado pela Constituição mais Tratados Internacionais de Direitos Humanos, além de lançar o Estado brasileiro para o diálogo internacional (art. 4º, II, da CF), garante a defesa de um dos pilares do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, da CF).

Todavia, na contramão desse caminho, essa não é a posição assumida pelo STF que, no que respeita à aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos, no Brasil, ainda se encontra distanciado da cultura

democrática, garantidora de direitos fundamentais, que se instituiu no cenário jurídico pátrio, após a Constituição de 1988.

O discurso dos direitos humanos – importantes para a constante revisão do direito e reinstituição da democracia – parece não ter encontrado eco na Corte Constitucional brasileira, no que tange à interação Direito interno/DIDH. Assim, não obstante a recepção dos direitos fundamentais, cristalizados em tratados internacionais pela CF/1988, o Supremo Tribunal Federal segue interpretando-os como se fossem tratados comerciais comuns, atribuindo-lhes *status* de normas ordinárias infra-constitucionais. Tal postura se baseia em teorias que ainda consagram uma rígida soberania (que há muito já não existe) e que procuram separar, de forma estanque, o Direito Internacional do Direito interno. Não consideram a possibilidade de integração entre a Constituição e os tratados de direitos fundamentais ratificados e acabam (so)negando a proposta de abertura material trazida pelo texto constitucional de 1988.

Nessa seara, a alteração introduzida EC 45/04, que sugeriu o § 3º ao artigo 5º da Constituição que, por sua vez, poderia ser *autenticamente* interpretado com base na tradição inaugurada desde 1988, também foi restritivamente entendida como a determinação de um procedimento para que *as leis internacionais sejam consideradas normas constitucionais*. Como restou demonstrado neste texto, com a citação do voto do Ministro, Tratado que não foi submetido ao novo procedimento, *continua sendo considerado norma infraconstitucional (lei ordinária)*. Não obstante, e isso se deve ressaltar, também no âmbito da decidibilidade alguns tribunais estaduais (Minas Gerais e Rio Grande do Sul) já se manifestarem em sentido diverso, qual seja, considerando os tratados internacionais de direitos humanos normas constitucionais, de acordo com a nova Emenda.

Esse exemplo, portanto, mais centrado na questão referente aos tratados anteriores à Emenda – e esta parece ser a questão mais problemática, tendo em vista o extenso rol de tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil – reflete bem o que Streck convencionou chamar de "crise da dogmática jurídica no Brasil". Em síntese, não se atribui força normativa constitucional aos tratados e o novo § 3º, do art. 5º passa a ser interpretado como um mero procedimento que serve para reforçar a (reacionária) visão "consagrada".

A proposta hermenêutica para o caso consistiria apenas em *desocultar* aquilo que está ali desde 1988, que é a proposta de abertura material para os tratados de direitos humanos, lida hermeneuticamente como uma *clareira* capaz de possibilitar, por meio de um horizonte interpretativo, a aproximação entre o "homem" (hermeneuta) e o *ser* da Constituição (da defesa dos direitos fundamentais), pois o homem, como afirma Heidegger, é o primeiro que, aberto ao ser, deixa que este venha a ele como presença e tal chegada à presença

necessita do aberto de uma clareira[24]. Esse "acontecimento-apropriação é o âmbito em que homem e ser atingem unidos sua essência, conquistam seu caráter historial, enquanto perdem aquelas determinações que lhe emprestou a metafísica"[25].

Não obstante isso, infelizmente, a dogmática jurídica (*pré)dominante* não oferece as possibilidades para a abertura dessa clareira, ao contrário, oculta as possibilidades emancipatórias dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Jasson Hibiner. *A incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro*: o novo parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição Federal e o redimensionamento das possibilidades hermenêuticas. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, 2005.

BLANCO TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte; FERREIRA, Luis Alexandre Cruz. Reforma do Judiciário e Direitos Humanos. *In Reforma do Judiciário*: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004. ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda et. al. (orgs.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Fabris, 1997. v. 1.

CHAUÍ, Marilena. In LEFORT, Claude. *A Invenção Democrática*. Traduzido por Isabel M. Loureiro. São Paulo: Brasiliense, 1983.

COMPARATO, Fábio Konder. Sobre a Legitimidade das Constituições. In BONAVIDES, Paulo; *at al*. *Constituição e Democracia*: Estudos em Homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006.

DALLARI, Pedro. Tratados Internacionais na Emenda Constitucional 45. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro e ARLACÓN, Pietro de Jesús Lora (orgs.). *Reforma do Judiciário*: analisada e comentada. São Paulo: Método, 2005.

DINO, Flávio; et. al. *Reforma do Judiciário*: comentários à emenda n. 45/2004. Niterói/RJ: Impetus, 2005.

[24] HEIDEGGER, Martin. Identidade e diferença. Traduzido por Ernildo Stein. In *Conferências e escritos filosóficos*. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 182.
[25] Idem, p. 185.

FRANCISCO, José Carlos. Bloco de Constitucionalidade e Recepção dos Tratados Internacionais. In TAVARES, André Ramos; *et al*. (org). *Reforma do Judiciário*: analisada e comentada. São Paulo: Método, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

HABERMAS, Jürgen. *Constelação Pós-Nacional*. Traduzido por Márcio Seligmann-Silva. São paulo: Littera Mundi, 2001.

HEIDEGGER, Martin. Identidade e diferença. Traduzido por Ernildo Stein. In *Conferências e escritos filosóficos*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos Fundamentais*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Direitos Humanos, Constituição e Direito Internacional. p. 43. In: AGRA, Walber de Moura (coord.). *Comentários à reforma do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TAVARES, André Ramos. *Reforma do Judiciário no Brasil pós-88*: (des)estruturando a justiça: comentários completos à EC 45/04. São Paulo: Saraiva, 2005.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

MOREIRA, Nelson Camatta. A INTERPRETAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS A PARTIR DA EMENDA 45. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 16, dezembro, janeiro, fevereiro, 2009. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A RERE - Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: ISSN 1981-1888
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rere@direitodoestado.com.br
4) A RERE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público, economistas e administradores. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura

do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323

6) Assine o feed da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDaReformaDoEstado

Publicação Impressa:

Revista Brasileira de Direito Público – RBDP. Ano 5, n. 18, jul./set. 2007. Belo Horizonte: Fórum, 2003. Trimestral. ISSN: 1678-7072. 1 – Direito Público – I. Fórum. CDD: 342. CDU: 34.