

Os direitos humanos desconhecem barreiras nacionais

14/08/2006

Com as recentes alterações introduzidas pela Emenda Constitucional 45, especificamente no que se refere ao acréscimo do parágrafo 3º ao artigo 5º, passaram a ressurgir questionamentos no meio jurídico quanto à hierarquia das normas internacionais sobre direitos humanos.

Dentre as questões relacionadas ao tema que merecem estudo, propõe-se a analisar as seguintes:

- a) Antes da EC 45, qual era a hierarquia normativa dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos? Seriam equivalentes às normas constitucionais — e por isso “cláusulas pétreas” — ou seriam normas infraconstitucionais, irrevogáveis ante a matéria nelas versada?
- b) O parágrafo 3º foi acrescido ao artigo 5º da Constituição para explicitar que as normas internacionais sobre direitos humanos anteriores à EC 45 têm caráter infraconstitucional, criando um procedimento para que tais normas sejam elevadas à hierarquia constitucional? Ou seria o dispositivo direcionado apenas para os tratados a serem ratificados após a vigência da EC 45?
- c) Como fica a problemática do conflito de tratados ou convenções internacionais sobre direitos humanos com a Constituição?

A solução destas questões é de grande valia para o enriquecimento da ciência jurídica, sobretudo aquela especializada no estudo dos direitos humanos, pois é sabido que estes direitos são comuns a toda humanidade, mas encontram nas constituições dos países, no mais das vezes, empecilhos à sua plena efetivação.

Assim, espera-se contribuir para a eliminação — ou ao menos diminuição — das incertezas geradas pela inovação constitucional mencionada, vez que há um quadro nebuloso de insegurança jurídica frente aos casos concretos que certamente hão de surgir e às diversas convenções sobre direitos humanos já internalizadas pelo Estado brasileiro. E a solução que se propuser deve, efetivamente, dar primazia ao valor do ser humano e à sua dignidade.

Hierarquia dos tratados, antes da EC 45

Andou bem a Assembléia Constituinte ao inserir em seu texto o parágrafo 2º do artigo 5º, graças à influência exercida por Cançado Trindade na Subcomissão de Direitos e Garantias Individuais, sobretudo na 5ª Audiência Pública. O então Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores, na oportunidade, assim discursou sobre a inclusão do mencionado dispositivo, inédito até então nos textos constitucionais pátrios:

(...) É alentador que as conquistas do direito internacional em favor da proteção do ser humano venham a projetar-se no direito constitucional, enriquecendo-o, e demonstrando que a busca de

proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista.¹

Tal inovação seguiu a mais moderna tendência mundial em termos de proteção aos direitos humanos nas constituições. Assim é que os textos constitucionais de países como Alemanha, Holanda, Itália, Portugal, Argentina, Guatemala, Chile, Nicarágua e Venezuela dão às normas internacionais sobre direitos humanos senão supremacia, ao menos nível de igualdade com relação à constituição, conforme noticiado por Patrícia Cobianchi Figueiredo².

O Supremo Tribunal Federal já havia se posicionado sobre o tema antes da inovação trazida pela Emenda Constitucional 45/04. A orientação da Suprema Corte foi no sentido de considerar os tratados internalizados pelo país, inclusive aqueles versando sobre direitos humanos, como normas infraconstitucionais, o que desagradou sobremaneira diversos jurisconsultos, que consideraram muito tímida e conservadora a interpretação. Isto porque grande parcela da doutrina, encabeçada por Cançado Trindade, sustentava o caráter constitucional das normas internacionais sobre direitos do homem.

Nesse passo, surge relevante para a presente discussão investigar por que o Supremo firmou o citado entendimento conservador sobre o tema. Teria a Corte se norteado pelo valor do ser humano, pela dignidade? Ou se deixou convencer pelas conhecidas questões relativas à soberania e à supremacia da Constituição? As razões de tal orientação jurisprudencial são referidas com maestria por Anselmo Henrique Cordeiro Lopes³:

A linha de entendimento do STF tem o aval dos autores mais restritivos que atribuem status de lei ordinária a qualquer tratado internacional, seja relativo a direitos humanos ou não. Firma-se esse posicionamento, principalmente, na interpretação de forte tendência literal do artigo 102, III, b, CR. Deduzem que, se é cabível recurso extraordinário em caso de decisão que “declarar a inconstitucionalidade de tratado”, não especificando o Constituinte que tipo de tratado seria, é porque “quis” ele — o Constituinte — afirmar a superioridade da Constituição em face de todas fontes internacionais de direito. É o conhecido entendimento do Min. MOREIRA ALVES: “Assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b)” (RHC 79785 / RJ, julgado em 29.03.2000, publicado em 22.11.2002, Rel. Min. Moreira Alves, Pleno)

A nova composição da Suprema Corte, que conta hoje com todos integrantes nomeados após o advento da Carta de 1988, faz crer na insustentabilidade da orientação outrora firmada, cujo maior precursor era o combativo ministro Moreira Alves, hoje aposentado. Os resultados dessa composição mais moderna já são sentidos pelas recentes decisões, notoriamente mais liberais, como nos casos de progressão de regime nos crimes hediondos e da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos bancos.

E acredita-se que logo o Supremo será chamado a reexaminar a tese da hierarquia das normas internacionais sobre direitos humanos, vez que a questão da prisão civil do depositário infiel na

alienação fiduciária será reapreciada no RE 349.703, em pauta no Pleno.

Na doutrina, o que não faltam são argumentos a favor da revisão do entendimento, e argumentos fortes, muito mais expressivos que os determinantes da orientação atual.

Nesse sentido é que o artigo 102, III, “b” da Constituição efetivamente prevê a figura da declaração de inconstitucionalidade de tratados, pressupondo uma superioridade da Carta em relação aos textos pactícios. No entanto, interpretando a norma de forma sistemática, considerado o parágrafo 2º do artigo 5º, percebe-se que o comando do artigo 102 não inclui os tratados sobre direitos humanos, até porque o objeto da norma é a recorribilidade extraordinária, sendo impróprio, tanto pela topografia quanto pela técnica legislativa, entrar em minúcias quanto à matéria da convenção internacional objeto de declaração de inconstitucionalidade, distinguindo o que já estava sendo regulado no campo próprio, que é o artigo 5º, parágrafo 2º.

Logo, o dispositivo trata da declaração de inconstitucionalidade de tratados que, por óbvio, não se refiram a direitos humanos, pois estes teriam a mesma hierarquia que o texto constitucional. Trata-se da modalidade de interpretação que, na seara constitucional, é infinitamente mais construtiva que a literal. Nesse sentido:

De fato, a melhor solução parecia ser, ainda antes da EC 45/2004, a da maior abrangência possível dos direitos humanos, devendo-se, assim, ter como hierarquicamente superior qualquer norma que tutelasse o homem em seus direitos basilares. Não se pode atribuir à interpretação literal força hermenêutica maior que à leitura valorativa e principiológica, principalmente em sede de construção de sentido normativo constitucional⁴.

Outra argumentação que não merece guarida é aquela referente à exigência de processo legislativo mais rigoroso para a inserção de texto constitucional. Isso por haver autores que sustentam ter a Carta de 1988 criado uma “forma anômala de introdução de normas constitucionais acerca deste tema, independentemente do processo tradicional de emendas constitucionais previsto no art. 60”⁵. E o principal fundamento para esta tese, que afasta qualquer contra-argumentação seria o seguinte: “O poder constituinte originário é livre para criar um modo diferenciado de introdução de norma constitucional, e assim o fez no parágrafo 2º do artigo 5º no que concerne aos direitos humanos inseridos no sistema por meio de tratados e com estatura constitucional⁶. “Ora, como bem questionou Patrícia Cobianchi Figueiredo, “a rigidez constitucional também não é para proteger os direitos humanos?”⁷

No que tange à preocupação com a intangibilidade da soberania, também aí não há fundamento para se restringir a conquista de direitos para o desenvolvimento e a dignidade do homem. Não se desconhece a importância da soberania no plano internacional, nem que esta é elemento imprescindível em um Estado. No entanto, tal elemento estatal não pode impedir os avanços relacionados aos direitos humanos, pois não há dúvida de que, axiologicamente, estes direitos preponderam sobre a soberania, que inclusive deve ceder para que sejam respeitados.

Ora, os direitos humanos desconhecem barreiras nacionais, sendo comuns a todas as civilizações, a todos os homens. Ademais, a própria abertura internacional dos tempos modernos favorece que assim ocorra, como bem coloca Anselmo Henrique Cordeiro Lopes⁸:

Os entes estatais, após suas consolidações no desenrolar histórico, salvo algumas exceções, passam a substituir a necessidade de auto-afirmação soberana para se preocupar com a criação de conexões mundiais. Com razão fazem-no, pois, no mundo hodierno, quem se isolar tende a perder força não só política, mas também econômica. Numa realidade com essas características, será cada vez mais comum o fortalecimento das fontes internacionais de direito, invertendo-se o fluxo normativo do antes “interno ao externo” para o agora “externo ao interno”.

Também se deve ter em mente a irrevogabilidade dos direitos humanos. As conquistas das civilizações para o desenvolvimento do homem tendem a ser compartilhadas e, uma vez incorporadas ao patrimônio jurídico universal, o serão de forma irreversível, sob pena de se grassar o retrocesso no plano cultural e humanístico. É o que se pode chamar de progresso jurídico necessário. Ora, como conceber que um direito fundamental possa ser conferido por um tratado e, em um passo seguinte, revogado por emenda constitucional? Hipótese como tal é justamente o que o parágrafo 2º do artigo 5º abomina, ou seja, o paradoxo da produção jurídica em desfavor do gênero humano. Sobre o tema, brilhante a lição de Enéas Castilho Chiarini Júnior⁹:

O que são Direitos Humanos?

De forma rápida, e de maneira superficial, podemos defini-los como sendo direitos inerentes ao ser humano, derivados de sua condição de ser humano, ou, por outras palavras, direitos intrínsecos ao ser humano. São, no dizer de João Baptista Herkenhoff, direitos que a ordem jurídica tem o dever de garantir e proteger.

Assim, os Direitos Humanos dizem respeito aos direitos ligados à personalidade e à individualidade do ser humano, enquanto ser humano.

São, conforme defendido desde Rousseau, direitos dos quais não podemos abrir mão sem igualmente abrir mão de nossa condição de seres humanos.

Assim, se não posso abrir mão de meus direitos sem concomitantemente abrir mão de minha condição de ser humano, sou impedido pelo Estado — cuja função é promover o meu bem pessoal na medida em que este seja compatível com bem comum — de abrir mão destes direitos.

Daí surge a teoria da irrevogabilidade dos Direitos Humanos, de forma que se não se pode revogar os Direitos Humanos — quer seja na esfera internacional, quer seja na esfera nacional.

Assim, os argumentos no sentido da hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos permanecem firmes, o que faz crer que a atual jurisprudência está, mais que nunca, tendente a evoluir.

O que mudou com a inserção do parágrafo 3º no artigo 5º

A preocupação com o acréscimo do parágrafo 3º ao artigo 5º, com o texto que acabou por ser aprovado, já existia na doutrina antes mesmo da vinda à balha do dispositivo. Patrícia Cobiachi Figueiredo bem revelou essa apreensão:

(...) Qual será o tratamento ofertado aos tratados de direitos humanos anteriores a provável alteração? Porque não serão tais tratados alcançados pela inovação e se terá uma alarmante diferenciação para instrumentos com a mesma natureza! Portanto, faz-se necessário repensar na redação proposta, pois tal como está trará problemas futuros. Caso contrário, restaria repensar o fenômeno da recepção para mudança de status dos tratados internacionais de direitos humanos anteriores, tal como ocorreu com o Código Tributário Nacional, que fruto de um processo legislativo previsto para Lei Ordinária, com o advento da Constituição Federal de 1988, foi recebido como Lei Complementar.

Como se vê, confirmou-se a dúvida a respeito do nível hierárquico das convenções de direitos humanos ratificadas anteriormente à EC 45. Afinal, estaria confirmado o grau infraconstitucional destas normas, que somente seriam “constitucionalizadas” por meio do procedimento mais rigoroso ali previsto? Ou já estariam recepcionadas como normas constitucionais?

Para José Levi Mello do Amaral Júnior¹⁰, o que a Emenda Constitucional 45 fez foi sepultar a dúvida existente, confirmando que os tratados internalizados pelo Brasil por meio do processo comum — assinatura, ratificação congressual e decreto presidencial — teriam hierarquia infraconstitucional. Isso não excluiria, contudo, a possibilidade de recepção de tais tratados por meio do processo mais rigoroso referente às emendas constitucionais, quando, aí sim, teriam a graduação equivalente à da Carta. Coexistiriam os dois sistemas de incorporação das normas internacionais sobre direitos humanos, e a hierarquia normativa seria determinada pelo processo adotado.

Não obstante a solidez do raciocínio desenvolvido pelo brilhante autor, que inclusive se estribou em diversos julgados do Supremo, a divergência se impõe. E isso tendo em vista razões já conhecidas. O parágrafo 2º da Carta de 1988, em que pese a orientação jurisprudencial em contrário, tinha potencialmente condições de igualar os tratados de direitos humanos às normas constitucionais, tanto que tal posição era defendida por inúmeros e renomados juristas. E não é preciso raciocínio muito bem elaborado para seguir essa linha: ora, se não pode haver exclusão dos direitos previstos nos tratados, é porque tais direitos, ainda que contrariem outros já constantes do rol originário da Constituição, são aplicáveis, desde que, é claro, sejam mais benéficos. Ou seja, podem preponderar sobre o Texto Constitucional. Se isso não é a mesma coisa que emendar a constituição, não se pode imaginar o que mais o seja. Trata-se de cláusula aberta que favorece significativamente a ampliação da esfera de proteção jurídica do ser humano e que denominamos como progresso jurídico necessário. Permite-se a criação e o melhoramento dos direitos humanos, mas não o contrário. Por isso, o preceito, em si, é uma garantia fundamental.

E o que fez a EC 45 ao inserir o parágrafo 3º no artigo 5º? Aboliu essa possibilidade de interpretação, ceifando a liberdade que antes havia no Texto Magno e que certamente se concretizaria mais cedo que se imagina, considerada a renovação da Suprema Corte. E isso o legislador constituinte derivado não poderia fazer, por ser-lhe vedado pelo artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Carta da República.

Reforçando este entendimento, segundo o qual a malsinada inovação trazida pela chamada “Reforma do Judiciário” é inconstitucional, Tarciso Dal Maso, no Seminário “Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Brasil”, realizado no auditório do Superior Tribunal de Justiça, afirmou que “o novo parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional 45, representa um retrocesso. A nova redação ofende a potencialidade do parágrafo 2º do mesmo artigo, ao não positivar algo que já estava positivado”.¹¹

É o velho problema brasileiro de tentar resolver tudo por meio de lei. O parágrafo 2º comportaria evolução interpretativa, considerados os relevantíssimos argumentos lançados no tópico anterior e anteriores à Reforma do Judiciário. Veio o legislador derivado e inseriu algo absolutamente desnecessário, pois a ampliação do rol do artigo 5º pelo processo legislativo próprio às emendas constitucionais já era perfeitamente viabilizada pelo artigo 60. Despicienda a inovação, que somente veio para limitar o universo de proteção jurídica do homem.

E veja-se que o Estado brasileiro já internalizou as mais importantes normas internacionais de proteção aos direitos humanos, as quais proliferaram após o contexto da II Guerra Mundial. Somente para citar, podemos lembrar os seguintes exemplos, socorrendo-nos do estudo de Alexandre Coutinho Pagliarini:

(...) ratificados pelo governo brasileiro nas datas constantes entre parênteses: Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (01.02.1984); Convenção interamericana para prevenir e punir a tortura (20.07.1989); Convenção sobre os direitos da criança (24.09.1990); Pacto internacional dos direitos civis e políticos (24.01.1992); Pacto internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais (24.01.1992); Convenção americana de direitos humanos (25.09.1992); Convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher (27.11.1995)

Agora, para sustentar a hierarquia constitucional dessas normas será necessária a fulminação do parágrafo 3º do artigo 5º do ordenamento por meio de declaração formal de inconstitucionalidade, o que dificilmente virá a ocorrer.

Por hora, os direitos humanos aí consubstanciados estarão sujeitos a interpretações da natureza da que foi declinada pelo Supremo ao endossar a prisão civil do depositário infiel na alienação fiduciária, fundada na superioridade do texto originário da Carta em relação ao Pacto de São José da Costa Rica. Ou então, resta esperar que cada um destes regramentos — que não são poucos, nem curtos, nem singelos — passe pelo penoso processo legiferante próprio às emendas constitucionais para ter a eficácia que merece.

Por isso, sendo a emenda passível de controle de constitucionalidade, sustenta-se o conflito do dispositivo em questão com o artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Constituição da República.

O texto originário da Constituição comportava interpretação que igualasse a hierarquia dos tratados de direitos humanos à das normas constitucionais, tanto que vários juristas defendiam esta idéia. O Supremo, no entanto, não compartilhava deste entendimento, e atribuía às mencionadas convenções o nível de normas infraconstitucionais.

Na doutrina, no entanto, sempre se continuou a defender a tese da supremacia dos tratados internacionais que versassem sobre direitos humanos, o que, além de ser perfeitamente extraível do parágrafo 2º do artigo 5º da Carta de 1988, potencializa-se pela dignidade da pessoa humana, fundamento da República.

Tais controvérsias certamente foram o móvel da inovação trazida pela Emenda Constitucional 45/2004, que, efetivamente, cerceou qualquer possibilidade de o referido entendimento doutrinário vir a vingar, o que acreditava-se possível ante a nova composição da Suprema Corte, seguramente mais liberal.

Ao assim proceder, o legislador constituinte derivado atingiu a garantia fundamental consubstanciada no parágrafo 2º, extinguindo parcela do universo jurídico de proteção dos direitos humanos ali contida. Assim, a pretexto de trazer segurança jurídica, malferiu cláusula pétrea, incorrendo em inconstitucionalidade.

Assim, após a vigência da EC 45, somente pode ser reconhecida, aos tratados de direitos humanos já internalizados pelo Brasil, a hierarquia de normas infraconstitucionais.

Isto não obsta, contudo, a necessária declaração formal de inconstitucionalidade da Emenda no ponto, quando então ressurgiria a possibilidade de dar ao parágrafo 2º do artigo 5º do Texto Magno a interpretação mais consentânea com a dignidade e com o progresso jurídico.

Por enquanto, conflito de tratado com a Constituição resolve-se no plano da declaração de inconstitucionalidade.

Mas, caso o dispositivo novel seja declarado inconstitucional, aí conflito de tal natureza será solucionado sob o ângulo da norma mais favorável, aplicando-se o princípio da proporcionalidade.

Notas de rodapé

1. CANÇADO TRINDADE, A.A. A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil. 2ª ed. Brasília: Edições Humanidades/UnB, 2000, p.631.
2. FIGUEIREDO, Patrícia Cobianchi. Os tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro. In: Revista Brasileira de Direito Constitucional, 4/jul./dez — 2004, p.635-636.
3. LOPES, Anselmo Henrique Cordeiro. A força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos e a Emenda Constitucional 45/2004. Disponível em: Acesso em 19 de junho de 2006.
4. LOPES, Anselmo Henrique Cordeiro. A força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos e a Emenda Constitucional 45/2004. Disponível em: Acesso em 19 de junho de 2006.
5. PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Perspectivas dos pactos internacionais de direitos humanos no Brasil: um enfoque constitucional. In: Constituição Federal : 15 anos : Mutação e Evolução — comentários e perspectivas. São Paulo: Editora Método, p. 64.

6. Idem, p. 66.

7. FIGUEIREDO, Patrícia Cobianchi. Os tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro. In: Revista Brasileira de Direito Constitucional, 4 — jul./dez — 2004, p.637.

8. LOPES, Anselmo Henrique Cordeiro. A força normativa ... Disponível em: Acesso em 19 de junho de 2006.

9. CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. Tratados internacionais de direitos humanos perante a ordem jurídica brasileira. Disponível em Acesso em 19/6/06.

10. AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Reforma define status jurídico de tratados internacionais. Disponível em Acesso em 21/6/2006.

11. STJ, CJF. Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Brasil. Disponível em: . Acesso em 21/6/06.

Bibliografia

BIBLIOGRAFIA

1. AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Reforma define status jurídico de tratados internacionais. Disponível em Acesso em 21/6/2006.

2. CANÇADO TRINDADE, A.A. A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil. 2ª ed. Brasília: Edições Humanidades/UnB, 2000.

3. CANÇADO TRINDADE, A.A. Tratado de direito internacional de direitos humanos. Porto Alegre: Sérgio Fabris: 1997.

4. CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. Tratados internacionais de direitos humanos perante a ordem jurídica brasileira. Disponível em Acesso em 19/6/06.

5. COSTA, Aldo de Campos. Reforma gera tumulto em tratados internacionais. Disponível em: Acesso em 21/6/2006.

6. FIGUEIREDO, Patrícia Cobianchi. Os tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro. In: Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 4 – jul./dez – 2004.

7. LOPES, Anselmo Henrique Cordeiro. A força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos e a Emenda Constitucional 45/2004. Disponível em: Acesso em 19 de junho de 2006.

8. PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Perspectivas dos pactos internacionais de direitos humanos no Brasil: um enfoque constitucional. In: Constituição Federal : 15 anos : Mutação e Evolução — comentários e perspectivas. São Paulo: Editora Método.

9. BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Brasil. Disponível em: Acesso em 21/6/06.



Fonte: https://conjur.jumps.com.br/2006-ago-14/direitos_humanos_desconhecem_barreiras_nacionais/