

Reforma define status jurídico de tratados internacionais

A Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004 (Reforma do Poder Judiciário) eliminou uma polêmica que havia na doutrina brasileira: aquela sobre o status dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos.

Em outras palavras, a Emenda nº 45 esclareceu qual a posição hierárquica dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos no sistema de fontes do Direito brasileiro.

Desde a Constituição do Império do Brasil, de 1824, o Direito pátrio pratica o mecanismo de recepção da norma internacional. Vale destacar: pratica-o, desde então, em termos mais ou menos uniformes.

De início, o Chefe de Estado firma, no âmbito internacional, o tratado ou convenção. Admite-se que a assinatura se dê por um plenipotenciário do Chefe de Estado (em geral, o Ministro de Estado das Relações Exteriores ou um Embaixador).

A seguir, o ato é submetido à aprovação definitiva do Congresso Nacional, o que acontece por meio de decreto legislativo (inciso I do artigo 49 da Constituição de 1988).

Detalhe: o decreto legislativo é – segundo explica Pontes de Miranda – uma lei sem sanção, ou seja, um ato do Congresso Nacional que tem a mesma estatura de uma lei, mas que se completa sem a intervenção do Presidente da República. Manifesta uma competência que é exclusiva do Poder Legislativo (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1*, de 1969, tomo 3, 2ª edição, São Paulo: RT, 1970, p. 142).

Enfim, aprovado, o ato internacional é promulgado. A promulgação se dá por decreto presidencial. É quando o tratado ou convenção recebe o “exequatur”, isto é, passa a ter eficácia no Direito brasileiro. O decreto presidencial de promulgação não é imperativo constitucional ou legal. Trata-se de uma “*praxe tão antiga quanto a Independência e os primeiros exercícios convencionais do Império*” (REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*, 6ª edição, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 83).

Assim, parece tranqüilo concluir que o tratado internacional, seja qual for a sua matéria, inclusive direitos humanos, ingressa no Direito brasileiro com status, com força, com hierarquia de lei. Mais especificamente, comporta-se como uma lei ordinária, porque a maioria requerida para a aprovação do decreto legislativo que recebe o tratado é a mesma exigida para a aprovação de uma lei ordinária: a maioria simples (artigo 47 da Constituição de 1988).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal segue este entendimento (por exemplo, o RE nº 80.004/SE, relator para o Acórdão o Ministro Cunha Peixoto, julgado em 1o de junho de 1977, e a ADInMC nº 1.480-3/DF, relator o Ministro Celso de Mello, julgada em 4 de setembro de 1997).



No entanto, surgiu polêmica no que toca a tratados internacionais sobre direitos humanos. Houve quem advogasse a tese de que esses teriam estatura maior. Suas normas valeriam como se normas constitucionais fossem. Assim seria por força do parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição de 1988:

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

Com efeito, ressalvada a declaração final, a norma aludida não é novidade no constitucionalismo pátrio.

O Ministro Aliomar Baleeiro, comentando norma similar constante da Constituição de 1946 (“*Art. 144. A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.*”) afirmava não se tratar de dispositivo auto-executável, pressupondo um direito civil a ser legislado pela União (RE nº 59.871/RS, Relator o Ministro Aliomar Baleeiro, julgado em 31 de maio de 1966).

Por sua vez, Gilmar Ferreira Mendes, atento às características do mecanismo de recepção do texto constitucional originário – aprovação de decreto legislativo por maioria simples – advertia que o simples reconhecimento de estatura constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos implicaria “*admitir que a Constituição concebida como um texto rígido tornar-se-ia flexível, pelo menos para o efeito da adição de novos direitos*”. Ademais, eventual contrariedade a tratado dá ensejo a recurso especial, e não a recurso extraordinário (MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 178).

Neste sentido é a também sempre precisa lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que lembra, ainda, a natureza prolixa da enumeração de direitos da Constituição de 1988. Dela, dificilmente algum fica de fora. Assim, afirma, parece inútil uma regra como a do § 2º do art. 5º (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*, 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 100 e 101).

O Supremo Tribunal Federal aplicou o mesmo entendimento para os tratados ou convenções internacionais sobre direitos humanos. Confira-se, a propósito, julgamento em que foi debatida a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica (HC nº 72.131-1/RJ, Relator o Ministro Moreira Alves, julgado em 23 de novembro de 1995).

A Emenda nº 45 consagrou esta leitura ao acrescentar o seguinte parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição de 1988:

“*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.*”



Portanto, os tratados ou convenções internacionais sobre direitos humanos que sejam – ou melhor, desde que sejam – recepcionados nos termos do processo de aprovação das emendas constitucionais (art. 60 da Constituição de 1988) terão o status das normas constitucionais.

Por outro lado, os tratados ou convenções internacionais sobre direitos humanos recepcionados segundo o mecanismo usual de recepção – aquele por meio de decreto legislativo – terão, ou melhor, continuarão a ter, indubitavelmente, força de lei ordinária.

As duas vias convivem. O parágrafo 3º do art. 5º da Constituição de 1988 faculta a recepção dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos por intermédio de uma emenda constitucional e não exclui a recepção pelo mecanismo tradicional, por meio de um decreto legislativo.

Em verdade, a maior virtude do novo dispositivo constitucional é sepultar a polêmica referida. Com efeito, não traz nenhuma novidade. Isso porque, já no modelo constitucional originário de 1988, nada impedia que o conteúdo de um tratado ou convenção internacional fosse posto em uma proposta de emenda constitucional – a ser deliberada nos termos do art. 60 da Constituição de 1988 – e viesse a vigorar, por exemplo, como uma lei constitucional autônoma.

O que não se poderia admitir – e o parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição de 1988 não o admite – é que um tratado internacional (ainda que sobre direitos humanos), aprovado por maioria simples no Congresso Nacional, gozasse da força de uma norma constitucional sem ter cumprido o especialíssimo processo de emenda do artigo 60 da Constituição de 1988.

Andou bem – muitíssimo bem – no particular a Emenda nº 45.