
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



ISSN 1516-3210

A&C R. de Dir. Administrativo e Constitucional	Belo Horizonte	ano 7	n. 28	p. 1-256	abr./jun. 2007
--	----------------	-------	-------	----------	----------------

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

Direção Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Direção Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Direção Executiva

Emerson Gabardo

Conselho de Redação

Edgar Chiuratto Guimarães

Adriana da Costa Ricardo Schier

Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari
Alice Gonzáles Borges
Carlos Ari Sundfeld
Carlos Ayres Britto
Carlos Delpiazzi
Cármen Lúcia Antunes Rocha
Celso Antônio Bandeira de Mello
Clèmerson Merlin Clève
Clóvis Beznos
Enrique Silva Cyma
Eros Roberto Grau
Fabrício Motta
Guilherme Andrés Muñoz (*in memoriam*)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz
Jorge Luis Salomoni

José Carlos Abraão
José Eduardo Martins Cardoso
José Luís Said
José Mario Serrate Paz
Juan Pablo Cajaville Peruffo
Juarez Freitas
Julio Rodolfo Comadira
Luís Enrique Chase Plate
Lúcia Valle Figueiredo
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho
(*in memoriam*)
Marçal Justen Filho
Marcelo Figueiredo
Márcio Cammarosano
Mária Cristina Cesar de Oliveira

Nelson Figueiredo
Odilon Borges Junior
Pascual Caiella
Paulo Eduardo Garrido Modesto
Paulo Henrique Blasi
Paulo Neves de Carvalho (*in memoriam*)
Paulo Ricardo Schier
Pedro Paulo de Almeida Dutra
Regina Maria Macedo Nery Ferrari
Rogério Gesta Leal
Rolando Pantoja Bauzá
Sérgio Ferraz
Valmir Pontes Filho
Yara Stropa
Weida Zancaner

A246 A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional.
ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum,
2003.
Trimestral
ano 1, n.1, 1999 até ano 2, n.10, 2002 publicada pela
Editora Juruá em Curitiba
ISSN: 1516-3210
1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342 CDU: 33.342

© Editora Fórum Ltda. 2007

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Editora Fórum Ltda
Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andar - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Editor responsável: Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Projeto gráfico e diagramação: Luís Alberto Pimenta
Revisora: Olga M. A. Sousa
Pesquisa jurídica: Fátima Ribeiro - OAB/MG 74868
Bibliotecária: Alessandra Rodrigues da Silva
CRB 2778/MG 6ª Região

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo Território Nacional

A Emenda Constitucional nº 45 e a desconstrução do Direito Internacional: apontamentos críticos

Sandro Schmitz dos Santos

Assessor Jurídico da JCI Porto Alegre. Professor de Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado em Porto Alegre/RS. Mestre em Gestão e Auditoria Ambiental. Consultor "Ad hoc" da Organização das Nações Unidas.

Palavras-chave: Emenda Constitucional nº 45. Direito internacional. Direitos humanos.

Sumário: 1 O contexto em que surge a emenda - 2 Os tratados de direitos humanos - 3 A previsão expressa ao Tribunal Penal Internacional - 4 A modificação de competências internacionais dos Tribunais Superiores - 5 A federalização dos crimes de Direitos Humanos - 6 A arbitragem - 7 Oportunidades perdidas - Conclusão - Referências

Saudada por muitos juristas e por boa parte da população como a solução dos problemas do país, a Emenda Constitucional nº 45, na realidade, promoveu uma verdadeira desconstrução do Direito Internacional de nosso país.

Diversos fatores podem ter contribuído para tal ocorrer, no entanto, é público e notório entre os operadores do direito em nosso país, e não apenas os do direito, a profunda fragilidade de nosso Direito Internacional do ponto de vista legislativo. Mais evidente ainda, o pouco conhecimento de nossos parlamentares nesta matéria.

Este artigo pretende abordar as alterações realizadas pela referida emenda e mostrar a forma como esta desconstruiu nosso Direito Internacional. Adicionalmente, pretende demonstrar algumas das importantes e necessárias mudanças a serem realizadas de forma a colocar o país entre os mais modernos nesta matéria.

1 O contexto em que surge a emenda

A Emenda Constitucional nº 45 foi aprovada em 08 de dezembro de 2004, provocando profundas alterações em nosso ordenamento jurídico. A referida emenda foi aprovada sobre uma forte pressão popular e da mídia.

Isto porque o Poder Judiciário sofre boa parte da culpa e das críticas pelos males do país, em especial, pela demora na solução dos processos,

ainda que esta culpa não lhe possa ser atribuída de forma exclusiva. A situação se complicou enormemente com os escândalos envolvendo magistrados como nos casos Lalau e Anaconda.

A realidade vem demonstrando que, nos últimos anos, nosso Congresso Nacional tem legislado de forma emergencial em diversas matérias, porém, para desespero dos juristas, esta prática tem se tornado comum em matéria Penal e Constitucional.¹

Ocorre um problema com parlamentares, alteremos as imunidades, a previdência atrapalha, façamos a reforma da previdência, o judiciário está com problemas, alteremos a Constituição. Estamos a cada dia que passa mais irresponsáveis nesta matéria. Se a Constituição não concorda com as mudanças, azar da Constituição. Passemos, então, às reformas realizadas.

2 Os tratados de direitos humanos

Esta alteração foi uma das mais comemoradas por parte dos defensores de Direitos Humanos. Esta, no entanto, se mostrou profundamente falaciosa na realidade pelas mais diversas razões, a saber: criou em nosso sistema jurídico categoria de tratados internacionais, silenciou quanto a dispositivos importantes, não previu formas de solução em conflitos destes tratados, ou seja, tentou — pois não conseguiu — resolver um problema, criando vários.

Um dos pontos mais controversos em nosso direito sempre foi sobre a existência ou não de estabilidade constitucional dos tratados internacionais de Direitos Humanos. Em sua esmagadora maioria a doutrina brasileira não acolhe o “*status*” constitucional destes Tratados. A posição que defende a existência deste “*status*” é defendida, especialmente, pelo Professor Antônio Augusto Cançado Trindade, e, a Professora Flávia Piovesan e, em regra, costuma ser defendida pelos internacionalistas.

Neste sentido leciona o Professor Cançado Trindade quando afirma com sua já conhecida maestria:

a disposição do art. 5(2) da Constituição Brasileira vigente, segundo a qual os direitos e garantias nesta expressos não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil é parte, representa, a meu ver, um grande avanço para a proteção dos direitos humanos em nosso país. Por meio deste dispositivo

¹ Tal crítica se faz sentir especialmente na área do Direito Penal onde o legislador tenta cobrir a ineficiência do Estado criando novas normas penais, normalmente, inconstitucionais, criando um verdadeiro “Direito Penal do Terror”, inclusive, se percebe que algumas normas conseguem ser mais ofensivas à liberdade que as normas penais criadas na ditadura.

constitucional, os direitos humanos consagrados em tratados de direitos humanos em que o Brasil faça parte incorporam-se “*ipso iure*” ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados.²

Diversas ONG’s apresentam comparações com a legislação estrangeira, em especial, a Constituição Argentina, que confere este “*status*” aos Tratados de Direitos Humanos em seu art. 75, inc. 22, e a Lei Fundamental Alemã que defende esta posição em seu art. 25.

Em nosso país a discussão sempre gerou em torno da redação do parágrafo 2º, do art. 5º, que possui o seguinte texto: “§2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Muitos afirmaram que o texto deste parágrafo incluiu uma cláusula aberta em nosso ordenamento jurídico, mas a prática demonstrou que nosso país não trabalha muito bem com cláusulas abertas. A maior parte das cortes do país se dividiu, sendo que, nossas Cortes superiores não admitiram a possibilidade e, finalmente, o Supremo Tribunal Federal determinou à supremacia da Constituição mantendo, inclusive, a possibilidade do controle de constitucionalidade dos Tratados Internacionais.

Pensando em encerrar esta discussão, o Congresso Nacional decidiu legislar na matéria incluindo no art. 5º um parágrafo terceiro com a seguinte redação: “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.”

Ainda que possamos entrever uma notável boa vontade por parte de nossos congressistas faltou habilidade técnica na hora de redigir este texto. Na realidade, a redação dada serviu apenas para tumultuar um sistema já bastante tumultuado como perceberemos.

Ao dispor que os tratados internacionais de Direitos Humanos irão equivaler a emendas constitucionais após passar pelo quorum exigida para aprovação destas o Congresso Nacional imediatamente criou níveis de

² TRINDADE. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos Direitos Humanos nos planos internacional e nacional. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O direito internacional em um mundo em transformação*, p. 712.

tratados em nosso país, que ficaria da seguinte forma:

- 1º) tratados internacionais de Direitos Humanos equivalentes a emendas constitucionais;
- 2º) tratados internacionais de Direitos Humanos aprovados que não alcancem o quorum exigido para se equivalerem às emendas constitucionais;
- 3º) tratados internacionais de Direitos Humanos anteriores a emenda;
- 4º) tratados de matérias diversas de Direitos Humanos.

O primeiro ponto a ser destacado é que os tratados internacionais que sejam aprovados pelo rito previsto no parágrafo terceiro deste artigo se equivalem, porém não são emendas a Constituição.

Na realidade, esta emenda criou, de forma transversa, uma figura existente em outros ordenamentos jurídicos denominados Lei Constitucional. Não previu expressamente, mas ao conferir tal eficácia a esta espécie de tratado fez com que se criasse no Brasil o que a doutrina francesa se habituou a denominar de bloco de constitucionalidade.

O bloco de constitucionalidade é composto por aquelas normas que, apesar de não serem formalmente constitucionais, são materialmente constitucionais. São um conjunto de normas que se integram ao “*corpus*” normativo da Constituição.

A expressão *bloco de constitucionalidade*, *bloc de constitutionnalité* dos franceses ou *bloque de la constitucionalidad* dos espanhóis, teve origem na doutrina administrativista francesa, com a criação inicial do que se chamou de “bloco da legalidade”.

Esta noção, oriunda da França, pressupõe a atividade por parte do órgão responsável pelo controle de constitucionalidade no país o que em nosso caso é o Supremo Tribunal Federal.

De acordo com esta teoria os tratados internacionais de Direitos Humanos integram a própria estrutura normativa da Constituição e, mais adiante ainda, se tornam o norte interpretativo da mesma, podendo ser, em alguns casos, superiores a ela tendo em vista o fato de protegerem, em regra, valores meta-jurídicos.

Não são expressamente constitucionais, porém devido à matéria se integram a ela. Tenho defendido que as normas que são expressamente determinadas pela Constituição possuem “*status*” superior frente às outras normas jurídicas. Seria o caso das Leis Complementares.

Torna-se extremamente importante que passemos a estudar com

mais profundidade o significado do bloco de constitucionalidade, assim como, de analisar de uma forma mais dedicada o processo de formação normativa de nosso país.

Por se equivalerem a normas constitucionais, os Tratados que passarem pelo rito estabelecido pela emenda estão sujeitos ao controle de constitucionalidade, tendo em vista o entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal de que as emendas constitucionais são passíveis de controle de constitucionalidade.

Um problema de vital importância surge no momento em que um tratado internacional de Direitos Humanos seja aprovado sem passar pelo procedimento descrito no parágrafo terceiro.

Fica evidente que o referido tratado entrará em nosso ordenamento jurídico no mesmo nível de leis ordinárias fazendo com que surja uma indesejada hierarquia entre normas de Direitos Humanos.

Outro problema surgido da redação dada ao parágrafo terceiro se refere aos Tratados aprovados anteriormente à vigência da emenda. A referida emenda não previu regra de direito intertemporal e, tampouco, alguma cláusula de adequação já estabelecendo, desta forma, uma indesejada hierarquia entre estes tratados.

Além disso, a norma não define em momento algum que tratados são estes deixando ao intérprete a obrigação de definir o que sejam. Porém, muitas normas de Direitos Humanos são inscritas em convenções internacionais que não se identificam desta forma.

No que se refere aos tratados de Direito Internacional Humanitário, Direito Internacional dos Refugiados, e, Convenções que usam em seu próprio título a denominação de Direitos Humanos não existem maiores problemas. No entanto, e os tratados e convenções celebrados no âmbito de agências especializadas, tais como a Organização Internacional do Trabalho irão ficar em que “*status*”?

Diversas normas destas agências regulamentam em seu âmbito de atuação tratados de proteção internacional à pessoa humana. Estes tratados poderão ser objetos do processo previsto no parágrafo terceiro?

Da mesma forma, tratados que tenham por objeto assuntos diversos de Direitos Humanos, mas que contenham dispositivos que tratem deste tema deverão ser votados por algum rito especial se valendo, talvez, do fracionamento do mesmo na votação?

Talvez o ponto mais sério do disposto neste parágrafo é sua evidente

inconstitucionalidade, isto porque, é uma norma de natureza restritiva de Direitos Humanos, afinal, impõe uma norma mais rígida para a internalização desta espécie de tratados violando frontalmente o disposto no art. 60, §4º, inc. IV que determina:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

IV - os direitos e garantias individuais.

O disposto no parágrafo terceiro cria norma mais restritiva para a aprovação de tratados de Direito Internacional dos Direitos Humanos fazendo, desta forma, com que se restrinja e dificulte a aquisição de direitos e garantias individuais.

Além disso, viola claramente o disposto no art. 4º, inc. II da Constituição Federal que determina ser princípio das relações internacionais de nosso país a prevalência dos Direitos Humanos. Ao impor regra de aprovação mais dificultada, esta prevalência passa a ser claramente questionada.

Como fica evidenciado, ao incluir este parágrafo o legislador apenas criou uma situação onde colocou tratados de Direitos Humanos já aprovados em um limbo jurídico no que se refere ao seu “*status*”, criou uma situação anômala ao nosso sistema ao “equiparar” os Tratados de Direitos Humanos a emendas constitucionais e, do ponto de vista protetivo, não acrescentou nada ao sistema jurídico.

A melhor solução teria sido legislar no sentido de conferir “*status*” constitucional a todos os tratados internacionais de Direitos Humanos e, criado norma de Direito Intertemporal determinando que esta regra se aplicasse aos tratados já aprovados.

Surge, por fim, uma outra questão grave neste tema, muitas vezes desconsiderada pela doutrina: a questão que envolve a denúncia de tratados internacionais.

Caso os tratados internacionais de Direitos Humanos estejam inclusos na situação do §2º do art. 5º estes são apenas *materialmente constitucionais*, seguindo a regra clássica de que o Presidente pode fazê-lo sem a intercessão do Poder Legislativo.

O grande problema ocorre no caso dos tratados que passaram pelo rito preconizado pelo §3º do art. 5º incluído pela Emenda nº 45. Estes tratados são materialmente e formalmente constitucionais e, neste caso,

a denúncia não pode ser feita sem a anuência do Poder Legislativo que só pode ser concedida por meio de Emenda Constitucional autorizando a denúncia.

Curiosamente, no rito do §3º, o tratado adquirirá o “*status*” de equivalência pelo Decreto Legislativo, porém para sua denúncia a autorização deverá ser feita por meio de emenda constitucional, isto porque, ao adquirir o novo “*status*” este tratado passa a integrar formalmente a própria Constituição.

No entanto, esta denúncia é inviável, isto porque, a Constituição impõe poderoso limite a sua reforma no art. 60, §4º, inc. IV ao não aceitar que se delibere sobre a supressão de direitos e garantias individuais, caso dos tratados de Direitos Humanos.

Na hipótese do Presidente fazer a denúncia o mesmo irá incorrer em crime de responsabilidade e, no caso de propostas no Congresso com tal objetivo, a mesma deve ser arquivada ao ser apreciada na Comissão de Constituição e Justiça. Relembrando *Marbury x Madison*, neste caso não há caminho do meio.

A redação do parágrafo terceiro evidenciou que a referida emenda foi feita com o claro objetivo de responder rapidamente ao clamor público frente aos fatos que havia ocorrido nos anos anteriores, porém os absurdos continuam no transcurso desta emenda.

3 A previsão expressa ao Tribunal Penal Internacional

O Tribunal Penal Internacional foi criado por meio do Tratado de Roma que estabeleceu a criação de uma Corte Criminal Internacional Permanente tendo sido celebrado em julho de 1998.

Desde sua criação a referida Corte provocou fortes reações entre penalistas e constitucionalistas do país em decorrência de dois artigos do referido tratado: o art. 12 impõe que os países signatários entreguem seus nacionais para serem julgados perante a corte, e, seu art. 75 prevê expressamente a possibilidade da imposição de prisão perpétua aos réus.

Não pretendo adentrar nestas discussões já que não são objetos do presente estudo, porém entendo não haver qualquer possibilidade de incompatibilidade entre nossa Constituição e os dispositivos anteriormente referidos.

Para pacificar a discussão o legislador entendeu ser necessário acrescentar ao art. 5º, um quarto parágrafo que ficou com a seguinte redação: “§4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a

cuja criação tenha manifestado adesão”.

Esta mais que qualquer outra era uma regra totalmente desnecessária visto que, a incompatibilidade entre a Constituição e o Tratado de Roma inexistente, além disso, a própria Constituição confere cláusulas de adequação a este Tribunal.

Além da já referida regra do art. 4º, inc. II, nossa Carta Constitucional prevê expressamente no art. 7º dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias uma regra de adequação que possui a seguinte redação: “Art. 7º O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos”.

Como visto, não havia qualquer necessidade de criar norma para adequação do Tribunal Penal Internacional ao nosso ordenamento jurídico. Mas, assim como o parágrafo terceiro este quarto parágrafo também tem uma péssima redação, afinal, o Brasil não aderiu ao Tratado de Roma e sim auxiliou a criar o Tratado sendo signatário do mesmo.

A adesão a um tratado ocorre quando um país se junta ao mesmo depois deste haver sido criado, caso que não ocorreu com o Brasil no Tratado de Roma. A forma que se redigiu este parágrafo denuncia a ausência de internacionalistas no momento de criação da emenda.

4 A modificação de competências internacionais dos Tribunais Superiores

A emenda constitucional modificou as competências dos Tribunais Superiores no que toca a homologação de sentenças estrangeiras e concessão do *exequatur*. Esta revogou a alínea “h”, do inc. I do art. 102 de nossa Carta Política transferindo esta competência ao Superior Tribunal de Justiça por meio do acréscimo da alínea “i” ao inc. I do art. 104 da Constituição.

Tal modificação corrige uma imperfeição de nosso sistema, tendo em vista que nada justifica a competência deste tipo de procedimento ser afeto a mais alta instância judiciária do país.

Outra mudança, no entanto, irá provocar problemas em sua aplicação prática. De acordo com o disposto na Constituição Federal compete ao Supremo Tribunal Federal o controle de constitucionalidade em nosso país (art. 102, inc. I, “a”, e, inc. III, “b”). Já o processo decorrente de violação de tratado ao qual o Brasil faça parte compete ao Superior Tribunal de Justiça (art. 105, inc. III, “a”).

Caso ocorra alguma violação referente a Tratado de Direito

Internacional dos Direitos Humanos este deve ser atacado por meio do Recurso Extraordinário e, portanto, remetido ao Supremo Tribunal Federal, ou, por meio de Recurso Especial e encaminhado ao Superior Tribunal de Justiça?

Considerando a natureza constitucional destes tratados creio ser o Supremo Tribunal Federal a jurisdição natural de quaisquer conflitos surgido em decorrência desta espécie de tratados após terem passado pelo rito previsto no parágrafo terceiro do art. 5º da Carta Constitucional.

Porém, no caso dos tratados que não passaram pelo rito previsto no referido parágrafo estão sujeitos a jurisdição do Superior Tribunal de Justiça. Na prática poderá ocorrer uma série de problemas no que se refere a conflitos de competência entre as duas cortes superiores provocando, desta forma, uma demora desnecessária no deslinde dos processos que envolverem a matéria.

5 A federalização dos crimes de Direitos Humanos

Um dos itens mais festejados da emenda constitucional foi determinar a federalização das graves violações a Direitos Humanos o que foi feito por meio da inclusão do inc. V-A no art. 109 da Constituição que ficou com a seguinte redação:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

V-A - as causas relativas a direitos humanos a que se refere o §5º deste artigo;

E de acordo com o parágrafo quinto referenciado, as causas ligadas a esta competência ficaram assim determinadas:

§5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

Diversas são as questões que envolvem o disposto neste artigo, tais como: qual será o procedimento a ser adotado para ser feito tal deslocamento de competência? E, o principal objeto de críticas de quem é contra tal dispositivo: que crimes seriam violadores dos Direitos Humanos?

Talvez estes críticos tenham certa razão, porém não absoluta. É

certo que qualquer homicídio viola um Direito Humano, mas não podemos comparar execuções extrajudiciais, genocídios, trabalho escravo e outras como violações usuais de Direitos Humanos. Pensar desta forma é banalizar a violência.

Sobre este argumento revisionistas chamam o genocídio judeu de “a mentira do século”, no entanto, fica a pergunta: faz diferença se foram mortos seiscentos mil ou seis milhões de judeus? Caso a resposta seja seiscentos mil, tal cifra torna a conduta menos criminosa? É óbvio que não.

A questão aqui aventada é séria. Sim, homicídio simples é uma grave violação a Direitos Humanos, porém nosso ordenamento possui meios para coibir tal conduta. A eficácia, ou não, destes meios não são o objeto do presente estudo.

Porém, caso este homicídio se converta em genocídio, o sistema não está tão adequadamente preparado. Além disso, a demora ou procrastinação proposital do julgamento enseja a responsabilização internacional do Estado, razão pela qual esta competência deverá ser sempre da Justiça Federal.

Adicionalmente, o deslocamento de competência afasta a incidência de humores políticos da região onde ocorreu à conduta delitiva favorecendo, desta forma, a real elucidação destes delitos.

Andou bem a emenda ao determinar a competência residual de forma a garantir a competência natural destes delitos e não ser automático o deslocamento fazendo com que as autoridades locais se empenhem mais na descoberta dos crimes que violem de maneira grave os Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Obviamente não que se falar em proteção internacional dos Direitos Humanos de forma estática. A própria concepção de dimensões (ou gerações) de Direitos Humanos denuncia a natureza ampliativa que estes direitos possuem, razão pela qual é importante o uso de cláusulas abertas para garantir a proteção destes Direitos. Neste sentido a lição dos Professores Luiz Alexandre da Cruz Ferreira e Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega quando afirmam:

A hermenêutica não pode mais ser considerada uma arte de interpretar textos, já que, na realidade, ela é a própria possibilidade de determinação da essência da interpretação da existência. Compreendida a existência, ela interpreta-se a si mesma no tempo e na história. Uma coisa se manifesta dentro de uma totalidade já dada e toda a interpretação se move dentro de uma concepção prévia

desta totalidade. A existência de ser-no-mundo (Dasein) projeta o horizonte de sua autocompreensão. O mundo, portanto, encontra seu fundamento no ser.³

Tendo isto em vista, nenhuma normativa de Direitos Humanos deve ser tão rígida que não permita a ampliação de seu campo de proteção dentro de seu objetivo de garantir a integridade da dignidade da pessoa humana. Devemos lembrar, sempre, que um dos princípios basilares do Direito Internacional dos Direitos Humanos é o *princípio da primazia da norma mais favorável*.

Este deve ser a constante no parâmetro interpretativo de toda norma de proteção aos Direitos Humanos sejam elas de Direito interno ou internacional. Esta natureza que estas normas possuem as torna profundamente estáveis na ordem internacional. Desta forma, não é permitido ao Direito interno limitar o alcance da proteção destes direitos na busca de concreção de seus objetivos.

A grande crítica a ser feita ao parágrafo quinto, incluído no art. 109 da Constituição Federal, é quanto ao uso do termo “poderá”, conferindo a norma um caráter de facultatividade a obrigação do Procurador Geral da República. Tal postura contraria o caráter objetivo dos Direitos Humanos na ordem internacional.

De acordo com este caráter o fato de uma parte não cumprir os Tratados de Direitos Humanos do qual é signatário não autoriza a uma outra parte violá-los. Estes tratados não possuem natureza sinalagmática. Desta sua natureza surge a responsabilidade objetiva dos Estados em proteger tais direitos.

Ao falar em “poderá” a norma coloca tal capacidade como facultativa, ou seja, a regra geral é que ele não o faça. Esquece, porém, que um Procurador Federal não representa o Ministério Público, é a própria instituição, desta forma, sendo sua inação, a inação do próprio Estado.

Em síntese, a melhor interpretação que deve ser dada a este dispositivo é o de que qualquer grave violação a Direitos Humanos impõe ao Procurador Geral da República a solicitar o deslocamento de competência.

6 A arbitragem

Uma importante inovação e ponto de intensa polêmica foi modificar

³ FERREIRA; TÁRREGA. Reforma do Poder Judiciário e direitos humanos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et all. (Coord.). *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*, p. 454.

o §2º do art. 114 da Constituição Federal criando um permissivo legal para a utilização da arbitragem em matéria trabalhista que ficou com a seguinte redação:

§2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

Injustificada, porém, tal reação, afinal, a nova redação deixou tudo como estava antes. Existe em nosso país, a despeito do enorme avanço que foi a aprovação da Lei de Arbitragem, uma profunda resistência a formas alternativas de resolução de conflitos. Nós temos uma forte cultura de jurisdição.

A Lei de Arbitragem é clara, só poderão ser sujeitos de arbitragem os direitos disponíveis (art. 1º, da Lei nº 9.307/96) o que, em regra, não ocorre com o Direito do Trabalho. Porém, o mesmo não ocorre com os dissídios coletivos visto que, os sindicatos em negociação podem chegar a um acordo coletivo para sua categoria e este acordo possui força normativa.

O que a emenda fez foi afirmar que nos dissídios coletivos é possível a instituição da arbitragem. Evidente, portanto, que para os dissídios individuais tal via é proibida.

Apesar de amplamente discutida na doutrina com respeitáveis argumentos em ambos os lados a regra continua sendo de que é completamente vedada a utilização de arbitragem em dissídios trabalhistas, salvo os de natureza coletiva.

7 Oportunidades perdidas

A iniciativa de retirar do Supremo Tribunal Federal é uma das poucas que merecem aplausos na Emenda nº 45, porém foi excessivamente tímida. Aparentemente, faltou coragem ao Congresso Nacional de transferir esta função aos juízes federais de primeira instância a exemplo do que tem sido feito nos mais diversos países do mundo.

Na realidade, tal iniciativa daria novo impulso na cooperação judiciária internacional de forma a tornar mais eficaz a comunicação judiciária entre os países em todas as matérias, tais como o reconhecimento de sentenças estrangeiras, cartas rogatórias e, até mesmo, extradição.

Também silenciou em matéria de Direito Internacional Privado já que poderia ter sido ampliada a autonomia da vontade em nosso país, desta vez por via constitucional o que iria favorecer sobremaneira nosso comércio internacional.

Foi imperdoável a omissão no que se refere aos tratados internacionais de Direitos Humanos que já foram aprovados pelo Congresso Nacional. Em verdade o país necessita regulamentar esta matéria e tal regulamentação deve ser feita por meio de emenda a Constituição.

Por fim, o legislador não aproveitou o momento para criar regra impondo que a denúncia de tratados internacionais também dependesse da anuência do Poder Legislativo para ser realizada o que iria provocar uma maior estabilidade do país nas relações internacionais.

Conclusão

Este ensaio pretendeu demonstrar que, apesar de haver sido bastante festejada, esta emenda apenas tumultuou bastante nosso ordenamento jurídico no que se refere ao Direito Internacional.

Infelizmente, este país insiste em não ouvir os técnicos de cada área antes de legislar. Modificações drásticas no sistema devem sempre ser antecedidas por estudos técnicos exaustivos sob pena de causar uma verdadeira crise no ordenamento.

Além disso, devemos sempre lembrar que a Constituição Federal, ao menos em tese, deve ser a mais sólida e estável legislação de um país o que parece não estar sendo considerado em nosso país. Muitos criticam o constituinte derivado, porém a própria sociedade pede que sejam feitas reformas na Carta Constitucional. Esta prática deve ser coibida por nossos congressistas.

É inegável que a reforma do Poder Judiciário era necessária, porém a mesma deveria ter sido feita de forma mais pensada e não querendo atender as vontades de cada setor da sociedade. Ainda que não seja simpático, este assunto é técnico e não apenas político, o que infelizmente muitos ainda não se deram conta.

Precisamos, portanto, alterar nossa postura frente a estas condutas com o objetivo de levar este país ao seu merecido desenvolvimento e cumpre aos juristas vigiarem permanentemente a defesa da democracia e do Estado de Direito.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva,

1999.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Traduzido por Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UnB, 1999.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmem. *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FERREIRA, Luiz Alexandre da Cruz; TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. Reforma do Poder Judiciário e direitos humanos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et all. (Coord.). *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: R. dos Tribunais, 2005. p. 447-466.

MARTINS, Pedro Baptista. *Da unidade do direito e da supremacia do direito internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MIRANDA, Henrique Savonitti. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, 2005.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 1998.

STRENGER, Irineu. *Direito processual internacional*. São Paulo: LTr, 2003.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos Direitos Humanos nos planos internacional e nacional. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O direito internacional em um mundo em transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 671-721.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SANTOS, Sandro Schmitz dos. A Emenda Constitucional nº 45 e a desconstrução do Direito Internacional: apontamentos críticos. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 7, n. 28, p. 115-128, abr./jun. 2007.