

MARIANA MARCHINA GONÇALVES

A Incorporação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Brasil e a Emenda
Constitucional nº 45/2004

Pós-Graduação *Lato Sensu*: Curso de Especialização em Direito Constitucional

COGEAE- PUC/SP

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

COGEAE

SÃO PAULO – 2011

MARIANA MARCHINA GONÇALVES

A Incorporação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Brasil e a Emenda
Constitucional nº 45/2004

Monografia apresentada à banca examinadora do Curso de Especialização em Direito Constitucional da Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do Certificado de especialização, sob orientação do Professor Mestre Renato Braz Mehanna Khamis.

São Paulo – 2011

MARIANA MARCHINA GONÇALVES

BANCA EXAMINADORA

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo central discutir a questão da recepção dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro como normas constitucionais, à luz da nova disposição contida no parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal, adicionado pela Emenda Constitucional 45/2004.

Para tanto, este estudo contou com uma revisão bibliográfica dos principais juristas que tratam de temas referentes ao Direito Constitucional e ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, dentre eles Antonio Augusto Cançado Trindade, J.J Gornes Canotilho e Flávia Piovesan.

Foram realizadas, também, pesquisas de jurisprudências relevantes do Supremo Tribunal Federal, em julgamentos históricos, bem como a consulta dos principais documentos internacionais de direitos humanos, integrantes dos Sistemas Global e Interamericano de proteção dos Direitos Humanos.

ABSTRACT

The present work has as central object to discuss the question of the reception of human rights international protection treaties in Brazilian legal system as constitutional standards, under the new provision present in paragraph 3rd of article 5th of the Federal Constitution, added by Constitutional Amendment 45 / 2004.

Therefore, this study has counted with a literature review of the principle jurists that deal with legal issues relating to the Constitutional Law and Human Rights International Law, among them Antonio Augusto Cançado Trindade, J.J Gomnes Canotilho and Flávia Piovesan.

It has also carried out relevant jurisprudence research of the Supreme Court, in historical judgments, as well as the examination of the major international human rights documents, members of the Global Systems and Inter-American Human Rights Protection.

Sumário

Introdução	1
1. Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos e o Ordenamento Jurídico Brasileiro.	3
1.1. Recepção dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Ordenamento Jurídico Interno	4
1.2. Procedimento de Incorporação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos	9
1.3. Hierarquia das Normas Previstas nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos	11
2. Incorporação Automática dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Direito Interno	15
2.1. Teoria Monista	15
2.2 Teoria Dualista.....	16
2.3. Sistema Brasileiro	17
3. Posição de Prevalência dos Direitos Humanos no Cenário Atual	19
3.1. Direitos Humanos e Direitos Fundamentais	20
3.2. Direitos Fundamentais como Cláusulas Pétreas	21
3.3 Princípio da Máxima Efetividade dos Direitos Fundamentais	23
3.4 Aplicação Direta e Imediata dos Direitos Fundamentais e o § 1º do artigo 5º da Constituição Federal	24
3.5 Princípio da Proibição do Retrocesso Social	26
4. O Direito Constitucional e o Direito Internacional dos Direitos Humanos.....	28
4.1 . Normas Constitucionais	29
4.1.1 . Teoria Formal.....	29
4.2. O Parágrafo 2º do Artigo 5º da Constituição Federal e o Conceito de Bloco de Constitucionalidade.....	33
4.3. O Parágrafo 3º do Artigo 5º da Constituição Federal e a Emenda Constitucional 45/2004	35
4.3.1. Implicações Práticas e o Direito Intertemporal	37
4.3.2. Implicações Teóricas e a questão da Denúncia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.....	39
Considerações Finais	43
Referências Bibliográficas	46

Introdução

A partir do processo de democratização do País, em meados da década de oitenta, o Brasil passou a atuar significativamente no cenário do Direito Internacional, ratificando importantes Tratados e Convenções, muitos deles referentes aos direitos Humanos.

Dentre os documentos ratificados pelo Brasil destacam-se: A convenção Interamericana de Direitos Humanos; o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos; o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; a Convenção Sobre os Direitos da Criança; a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes; a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher; o Protocolo à Convenção Americana tendente à Abolição da Pena de Morte, entre outros.

Nesse contexto de reafirmação dos direitos humanos e de reconhecimento de uma ordem internacional de valores, entrou em debate a questão sobre a incorporação dos tratados de Direitos Humanos no ordenamento jurídico Brasileiro e suas implicações, dentre elas a discussão a respeito da hierarquia das normas previstas nos respectivos instrumentos internacionais.

Muito se discutiu, e ainda se discute, sobre a hierarquia das normas relativas aos Tratados Internacionais, havendo verdadeira pluralidade de posições e teorias a respeito, principalmente no tocante aos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos, tema esse que vem ganhando relevo no âmbito jurídico e social.

Em razão desta relevância reconhecida aos Direitos Humanos na atualidade, o presente trabalho pretende aprofundar a discussão sobre a recepção dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos na ordem interna, à luz da reforma constitucional que surgiu com a Emenda nº 45/2004, a chamada reforma do Judiciário, que acrescentou o § 3º ao artigo 5º da Constituição Federal, intensificando ainda mais as discussões sobre o tema. Para tanto, o trabalho foi esquematizado da seguinte forma:

O capítulo primeiro trata da incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, abordando aspectos importantes sobre o tema, como as questões ligadas ao procedimento formal de incorporação e à hierarquia das normas constantes desses tratados.

O capítulo segundo discorre sobre a possibilidade de incorporação automática dos tratados internacionais de direitos humanos, isto é, sem a necessidade de intervenção legislativa, analisada à luz das teorias monista e dualista, e da própria Constituição federal.

O terceiro capítulo, por sua vez, cuida das prerrogativas que envolvem os direitos fundamentais e garantem sua proteção reforçada no cenário jurídico atual, tais como a garantia da cláusula pétrea, o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, a aplicação direta e imediata de suas normas e o princípio da vedação do retrocesso social.

O quarto e último capítulo, por fim, aborda a questão da interação entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, focando na incorporação desses tratados no ordenamento jurídico interno como normas constitucionais, à luz da reforma introduzida pela Emenda Constitucional 45/2004, tendo como base as teorias formal e material da Constituição, e revelando, ainda, as implicações práticas e teóricas que cercam o tema.

1. Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos e o Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos ganharam visibilidade na atualidade não só perante a comunidade internacional, como também no âmbito interno dos países signatários, como é o caso do Brasil.

Nessa esteira, a Constituição da República Federativa do Brasil tratou de cuidar da recepção dos referidos tratados na ordem interna, ao estipular, em seu artigo 5º, parágrafo 2º, que “os direitos e garantias expressos na 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.”¹

De outra feita, não bastasse à recepção dos direitos humanos previstos nos tratados Internacionais, a Constituição Federal ressaltou, no parágrafo 1º do mesmo dispositivo legal, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”², previsão essa que incluí as normas decorrentes de tratados internacionais, de acordo com uma leitura sistemática da Carta Magna.

Pois bem, embora a Constituição Federal tenha sido clara em atribuir às normas constantes de Tratados Internacionais de Proteção de Direitos Humanos natureza de normas constitucionais, houve muita discussão no meio jurídico a esse respeito, havendo certa resistência por parte da doutrina, e também de nossos Tribunais, em aceitar esta tese, o que levou à necessidade de se regular o tema via emenda constitucional.

Assim, com o objetivo de pôr fim à controvérsia, veio a baila a Emenda Constitucional nº 45/2004, que acrescentou o parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição nos seguintes termos: “ 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.”³

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 12.

² Ibid., p.12.

³ Ibid., p.12.

Entretanto, o que se apresentou para solucionar o problema só o fez aumentar, uma vez que interpretações distintas foram tiradas do respectivo texto. Ao passo que algumas reforçam o caráter de constitucionalidade das normas internacionais de direitos humanos, outras negam o status de norma constitucional daqueles tratados anteriores à Emenda, bem como daqueles que vierem a ser celebrados sem a observância do procedimento relativo às emendas constitucionais.

Com efeito, muitas implicações surgiram do novo texto constitucional, acarretando verdadeira confusão teórica a respeito da incorporação dos Tratados de Direitos Humanos no ordenamento interno e sua relação com o Direito Constitucional, conforme se demonstrará no decorrer deste estudo.

1.1. Recepção dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Ordenamento Jurídico Interno

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foram introduzidas no Ordenamento Jurídico Brasileiro diversas inovações no campo dos direitos e garantias fundamentais, destacando-se o extenso rol de direitos individuais, coletivos e sociais, estampados logo no título segundo do texto constitucional.

A essa postura da Carta Constitucional, de reconhecimento da prevalência dos direitos humanos, somam-se dois fatores: o primeiro relativo ao próprio processo de redemocratização do país, o segundo decorrente da incorporação dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos.

Frise-se que, a partir da recepção destes tratados internacionais no ordenamento jurídico interno, importantes impactos jurídicos podem se observados. Na visão de Flávia Piovesan:

Três hipóteses poderão ocorrer. O direito enunciado no tratado internacional poderá: a) coincidir com o direito assegurado pela Constituição (neste caso a Constituição reproduz preceitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos); b) integrar, complementar e ampliar o universo de direitos constitucionalmente previstos; ou c) contrariar preceito do direito interno.⁴

⁴ PIOVESAN, FLÁVIA. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 91/92.

De fato, muitos dispositivos constantes dos Tratados Internacionais de proteção dos Direitos Humanos foram reproduzidos na Constituição da República, principalmente no rol do artigo 5º do texto constitucional, que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, como é o caso do princípio da igualdade perante a lei; da igualdade entre homens e mulheres; da liberdade de pensamento; do princípio da presunção de inocência e da proibição da tortura e de tratamentos cruéis ou degradantes.

De igual forma, muitos tratados internacionais reforçam e complementam os direitos e garantias previstos na Constituição Federal, dentre eles:

O direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia, nos termos do art. 11 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais; proibição de qualquer propaganda em favor da guerra e de qualquer apologia ao ódio nacional, racial ou religioso, que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência, em conformidade com o art. 20 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e o art. 13 (5) da Convenção Americana; direito das minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas a ter sua própria vida cultural, professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua, nos termos do art. 27 do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos e do art. 30 da Convenção sobre os Direitos das Crianças; direito de não ser submetido a experiências médicas ou científicas sem consentimento do próprio indivíduo, de acordo com o art. 7º, 2ª parte, do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos; proibição do restabelecimento da pena de morte nos Estados que a hajam abolido, de acordo com o art. 4º (3) da Convenção Americana.⁵

Outrossim, é possível também que as normas contidas nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos preencham lacunas deixadas pelo direito interno. Nesse sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do *habeas corpus* nº 70.389-5, quando se utilizou das normas constantes de Tratados internacionais, - no caso a Convenção de Nova York sobre os Direitos da Criança, as Convenções Internacional e Interamericana Contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis e degradantes e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (o Pacto de São José da Costa Rica), - para integrar norma constante do art. 333 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que define como crime a prática da tortura cometida contra

⁵ Id., Ibid., p. 93.

criança e adolescente, com o objetivo de se alcançar um conceito mínimo acerca do termo “tortura”.⁶

Ressalte-se que outros impactos jurídicos podem ser observados quando da incorporação de Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Direito Brasileiro. Dentre eles, cabe apontar para a hipótese de eventual conflito entre normas de direito internacional e normas do direito interno.

Nesse caso, onde direitos fundamentais da pessoa humana estão em jogo, há uma peculiaridade na solução para o conflito de normas: Deixa-se de aplicar o critério de lei posterior revoga lei anterior com ela incompatível, para se aplicar o critério da norma mais favorável à vítima. Assim, havendo conflito entre o direito interno e o direito internacional dos direitos humanos, aplica-se a norma que mais oferece proteção ao sujeito de direitos em questão, seja ela norma de direito interno ou norma de direito internacional.

O referido critério da aplicação da norma mais favorável à vítima, em casos de conflito de normas, pode ser observado em diferentes documentos internacionais de proteção dos direitos humanos, destacando-se:

- Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais (1966) - Art. 5º (2): “Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer país, em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costume, sob o pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau.”⁷

- Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1979) – Art. 23: “Nada do disposto nesta Convenção prejudicará qualquer disposição que seja mais propícia à obtenção da igualdade entre homens e mulheres e que esteja contida: a) na legislação de um Estado-parte; ou b) em qualquer outra convenção, tratado ou acordo vigente nesse estado.”⁸

- Convenção Sobre os Direitos da Criança (1989) – Art. 41: “Nada do estipulado na presente Convenção afetará as disposições que sejam mais convenientes para a realização dos direitos da criança e que podem constar: a)

⁶ STF: *Habeas Corpus* nº 70.398-5/SP. Min. Relator: Min. Sydney Sanches; Min. Relator para o acórdão: Min. Celso de Mello; Data do Julgamento: 23/06/1994; Data da Publicação 10/08/2011.

⁷ Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais in MAZZUOLI, VALÉRIO DE OLIVERIA (Coord.). *Coletânea de Direito Internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.846.

⁸ Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher in MAZZUOLI, VALÉRIO DE OLIVERIA (Coord.). *Coletânea de Direito Internacional*. Ibid., p.869.

das leis de um Estado-Parte; b) das normas de Direito Internacional vigente para esse Estado.”⁹

- Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica - 1969) – Art. 29 (b): “Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de: b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados.”¹⁰

- Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (1994) – Arts. 13 e 14: Art.13: “Nada do disposto na presente Convenção poderá ser interpretado como restrição ou limitação à legislação interna dos Estados-Partes que preveja iguais ou maiores proteções e garantias aos direitos da mulher e salvaguardas adequadas para prevenir e erradicar a violência contra a mulher.” Art. 14: “Nada do disposto na presente Convenção poderá ser interpretado como restrição ou limitação à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos ou outras convenções internacionais sobre a matéria que prevejam iguais ou maiores proteções relacionadas com este tema.”¹¹

- Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951) – Art. 5º: “Nenhuma disposição desta Convenção prejudicará os outros direitos e vantagens concedidos aos refugiados, independentemente desta Convenção.”¹²

Exemplo marcante, aqui no Brasil, deste critério de interpretação – se é que assim podemos chamá-lo - diz respeito à prisão civil do depositário infiel. Com efeito, dispõe a constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXVII, que “não haverá prisão por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.”¹³

Ocorre que, ao tratar do tema, tanto o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos como a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos são mais protetivos do que o dispositivo contido na Carta da república, senão vejamos.

⁹ Convenção Sobre os Direitos da Criança *in* MAZZUOLI, VALÉRIO DE OLIVERIA (Coord.). *Coletânea de Direito Internacional*. Op. Cit., p.895.

¹⁰ Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) *in* MAZZUOLI, VALÉRIO DE OLIVERIA (Coord.). *Coletânea de Direito Internacional*. Op. Cit., p. 953/954.

¹¹ Convenção Interamericana Para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher *in* MAZZUOLI, VALÉRIO DE OLIVERIA (Coord.). *Coletânea de Direito Internacional*. Op. Cit., p. 985.

¹² Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados *in* MAZZUOLI, VALÉRIO DE OLIVERIA (Coord.). *Coletânea de Direito Internacional*. Op. Cit., p. 818.

¹³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Op. Cit., p.10.

O primeiro, em seu artigo 11, assim prevê: “Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual.”¹⁴ O segundo, por sua vez, dispõe no artigo 7º (7): “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.”¹⁵

A questão da prisão civil do depositário infiel, e o respectivo conflito entre as normas internas e internacionais, chegou ao Supremo Tribunal Federal, que, ao julgar o *Habeas Corpus* nº 87.585¹⁶ decidiu que a prisão por dívida, a partir de então, só será permitida em caso de inadimplência de pensão alimentícia.

Para ilustrar a decisão da Corte Constitucional, vale à pena transcrever passagem do Voto do Eminentíssimo Ministro Celso de Mello, citando o Ministro Gilmar Mendes:

Daí a correta observação feita pelo eminente Ministro Gilmar Mendes, ao reconhecer ‘que a evolução jurisprudencial sempre foi uma marca de qualquer jurisdição de perfil constitucional’, para enfatizar, a partir dessa constatação, que ‘a afirmação da mutação constitucional não implica o reconhecimento por parte da Corte, de erro ou equívoco interpretativo do texto constitucional em julgados pretéritos. Ela reconhece e reafirma, ao contrário, a necessidade da contínua e paulatina adaptação dos sentidos possíveis da letra da Constituição aos Câmbios observados numa sociedade que, como a atual, está marcada pela complexidade e pelo pluralismo’.

O fato é que – consoante assinalou em seu douto voto – A prisão civil do depositário infiel não mais se compatibiliza com os valores supremos assegurados pelo Estado Constitucional, que não está mais voltado apenas para si mesmo, mas compartilha com as demais entidades soberanas, em contextos internacionais e supranacionais, o dever de efetiva proteção dos direitos humanos¹⁷

Igual entendimento é perfilhado por Antonio Augusto Cançado Trindade, para quem:

¹⁴ Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. in MAZZUOLI, VALÉRIO DE OLIVERIA (Coord.). *Coletânea de Direito Internacional*. Op. Cit., p. 832.

¹⁵ Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. Op. Cit., p. 948.

¹⁶ STF. *Habeas Corpus* nº 87.585-8/TO. Min. Relator: Min. Marco Aurélio; Data de Julgamento 03/12/2008; Data da Publicação 26/06/2009.

¹⁷ STF. *Habeas Corpus* nº 87.585-8/TO. Min. Relator: Min. Marco Aurélio; Data de Julgamento 03/12/2008; Data da Publicação 26/06/2009.

Cabe aos tribunais internos, e outros órgãos dos Estados, assegurar a implementação a nível nacional das normas internacionais de proteção, o que realça a importância de seu papel em um sistema integrado como o da proteção dos direitos humanos, no qual as obrigações convencionais abrigam um interesse comum superior de todos os Estados Partes, o da proteção do ser humano.¹⁸

Enfim, podemos observar que diversas e significativas implicações decorrem da incorporação dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Ordenamento jurídico Brasileiro, principalmente no tocante à natureza das normas contidas nesses tratados e à sua relação com as normas previstas na Constituição Federal, o que será demonstrado no decorrer deste trabalho.

1.2. Procedimento de Incorporação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos

O procedimento de incorporação dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no ordenamento jurídico interno comporta quatro fases: a) assinatura do tratado, de competência do Chefe do Executivo, sendo aqui no Brasil de competência privativa do Presidente da República, nos termos do artigo 84, inciso VIII, da Constituição Federal¹⁹, podendo, contudo, ser realizada na pessoa do Ministro das Relações Exteriores ou de outra autoridade, desde que possua Carta de Plenos Poderes, firmada pelo Presidente da República com o aval do Ministro da Relações Exteriores; b) a aprovação pelo Poder Legislativo; c) a ratificação Pelo Poder Executivo e d) promulgação pelo Poder Executivo.

A primeira etapa consiste num aceite precário e provisório, não produzindo efeito vinculante aos respectivos Estados-Membros no que tange à obrigatoriedade do tratado. Ao contrário, trata-se de mero ato formal que atesta a autenticidade do respectivo instrumento.

A segunda etapa diz respeito à aprovação do documento pelo legislativo, no caso o Congresso Nacional, que possui competência exclusiva para resolver

¹⁸ TRINDADE, ANTONIO AUGUSTO CANÇADO *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, I volume*, 2º Ed., rev. e atual. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 521-522.

¹⁹ Art. 84, VIII da CF: “Compete privativamente ao Presidente da República: VIII- celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.”

definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais, nos termos do artigo 49, inciso I, da Carta Magna.²⁰

Tem-se aqui uma verdadeira colaboração entre Executivo e legislativo, como reflexo do sistema de “freios e contrapesos”, característico à nossa estrutura de Separação de poderes.²¹

Em seguida, após a aprovação pelo Legislativo, o tratado deverá ser ratificado pelo Executivo, ato esse que vinculará o Estado-Parte aos termos do tratado assinado. Isso significa que, nesse momento, os Estados signatários se obrigam formalmente, e definitivamente, a cumprir as disposições contidas nos tratados, produzindo efeitos no plano internacional. Ou seja, a partir daí o tratado entra em vigor, tornando-se obrigatório para o Estado.

Cumprе ressaltar, que nesta fase também há a possibilidade de adesão ao tratado por parte de um Estado não signatário, vale dizer, embora não tenha o respectivo Estado passado pelas fases anteriores, de assinatura e aprovação pelo Legislativo, pode ele agora aderir ao tratado, ato esse que vinculará o Estado aderente às obrigações assumidas no âmbito internacional, produzindo os mesmos efeitos jurídicos da ratificação.

Sobre esse assunto, a Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados de 1969, em seu artigo 15, estabelece que:

²⁰ Art. 49, I, da CF: “É de competência exclusiva do Congresso Nacional: I- resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.”

²¹ Sobre o tema, observa Louis Henkin: “Com efeito, o poder de celebrar tratados – como é concebido e como de fato se opera – é uma autêntica expressão do constitucionalismo; claramente ele estabelece a sistemática de ‘Checks and balances’ Ao atribuir o poder de celebrar tratados ao Presidente, mas apenas mediante o referendo do legislativo, busca-se limitar e descentralizar o poder de celebrar tratados, prevenindo o abuso desse poder. Para os constituintes, o motivo principal da instituição de uma particular forma de ‘checks and balances’ talvez fosse o de proteger o interesse de alguns Estados, mas o resultado foi o de evitar a concentração do poder de celebrar tratados no Executivo, como era então a experiência européia.” (HENKIN, LOUIS. *Constitutionalism, democracy and foreign affairs*, p. 59. Apud. PIOVESAN, FLÁVIA. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. Ibid., p.50). Na mesma linha segue Valério de Oliveira Mazzuoli: “Como se depreende da lição de Louis Henkin, o poder de celebrar tratados – como é concebido e como de fato se opera – é uma autêntica expressão da sistemática de *checks and balances*. Ao atribuir o poder de celebrar tratados ao Poder Executivo, mas apenas mediante o referendo do Legislativo, busca-se limitar e descentralizar o poder de celebrar tratados, prevenindo o abuso desse poder.” (MAZZUOLLI, VALÉRIO DE OLIVEIRA. *Direitos Humanos e Relações Internacionais*, Campinas: Agá Júris, 2000, p. 44.).

O consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado manifesta-se pela adesão: a) quando esse tratado disponha que tal consentimento pode ser manifestado, por esse Estado, pela adesão; b) quando, por outra forma, se estabeleça que os Estados negociadores acordaram em que tal consentimento pode ser manifestado, por esse Estado, pela adesão, ou; c) quando todas as partes acordarem posteriormente em que tal consentimento pode ser manifestado, por esse Estado, pela adesão.²²

Por fim, após a ratificação ou adesão, o Presidente da República promulgará o tratado internacional, no âmbito interno, por meio de um decreto presidencial, que, em síntese, conterá: 1) a informação de que o tratado se incorporou no sistema interno do Estado-Parte; 2) o texto oficial em língua portuguesa, vigente no Brasil e 3) o preâmbulo, trazendo o histórico do tratado e a sua relação com o Brasil.

1.3. Hierarquia das Normas Previstas nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos

A Constituição Federal, ao proclamar em seu artigo 5º, § 2º, que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes de tratados internacionais de que o Brasil seja parte, acaba por anunciar que as normas previstas nesses documentos são incorporadas no direito interno e mais, que essas normas possuem natureza de norma constitucional.

Entretanto, a questão da hierarquia das normas constantes dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos está longe de ser uma questão pacífica. Tanto no âmbito dos Tribunais, como também entre os operadores e estudiosos do direito, não há um consenso sobre a natureza jurídica dessas normas, havendo várias posições e teorias a respeito, conforme se demonstrará a seguir.

Diversas teorias foram construídas a respeito da hierarquia das normas decorrentes de Tratados Internacionais de Direitos Humanos, destacando-se quatro concepções: a primeira confere aos tratados internacionais de direitos humanos natureza de norma supraconstitucional; a segunda atribui aos referidos tratados *status* de norma constitucional; a terceira equipara as normas constantes dos tratados às normas de Lei

²² Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados *in* MAZZUOLI, VALÉRIO DE OLIVERIA (Coord.). *Coletânea de Direito Internacional*. Op. Cit., p. 441.

Federal e, por fim, a última sustenta que os tratados possuem natureza supralegal, mas infraconstitucional.

Os defensores da primeira corrente advogam a tese da supremacia do direito internacional sobre o direito interno, dentre eles Agustín Gordillo, para quem:

Lá supremacía del orden supranacional por sobre el orden nacional pre-existente no puede sino ser supremacía jurídica, normativa, provista de fuerza coactiva, de imperatividad. Estamos em suma ante ‘um normativismo supranacional’.²³

Já para aqueles que sustentam a segunda corrente, que atribui *status* de norma constitucional aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, a interpretação que se faz é a de que essas normas internacionais possuem conteúdo constitucional, vale dizer, valor jurídico de norma constitucional, pois, ao contrário dos demais tratados internacionais, versam sobre a proteção de direitos fundamentais. Em defesa desta tese, argumenta Flávia Piovesan:

A Constituição assume expressamente o conteúdo constitucional dos direitos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte. Ainda que esses direitos não sejam enunciados sob a forma de normas constitucionais, mas sob a forma de tratados internacionais, a Carta lhes confere o valor jurídico de norma constitucional, já que preenchem e complementam o catálogo de direitos fundamentais previsto pelo Texto Constitucional (...) Os direitos internacionais integrariam, assim, o chamado ‘bloco de constitucionalidade’, densificando a regra constitucional positivada no § 2º do art. 5º, caracterizada como cláusula constitucional aberta.”²⁴

A terceira corrente, por sua vez, que confere aos tratados internacionais paridade normativa em relação às normas de Lei Federal, com base no dispositivo previsto no artigo 102, III, *b* da Constituição Federal²⁵, sustenta também a aplicação do princípio segundo o qual a norma posterior revoga a anterior com ela incompatível, o que significa que o tratado, uma vez incorporado, passa a ter força Lei Ordinária, podendo revogar as disposições em contrário e ser revogado.

²³ GORDILLO, AGUSTÍN. *Derechos Humanos, Doctrina, Casos y Materiales: Parte General*. Buenos Aires: Fundacion de Derecho Administrativo, 1990, p. 53.

²⁴ PIOVESAN, FLÁVIA *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. Op. Cit., p.55.

²⁵ Art. 102, III, b, da CF: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: III – julgar mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.”

Referida teoria era a posição defendida pelo Supremo Tribunal Federal desde 1977 até recentemente, conforme aponta o Ministro Francisco Rezek:

De setembro de 1975 a junho de 1977 estendeu-se, no plenário do Supremo Tribunal Federal, o julgamento do Recurso extraordinário 80.004, em que assentada, por maioria, a tese de que, ante a realidade do conflito entre o tratado e lei posterior, esta, porque expressão última da vontade do legislador republicano deve ter sua prevalência garantida pela Justiça – sem embargo das consequências do descumprimento do tratado, no plano internacional (...) Entenderam as vozes majoritárias que, faltante na Constituição do Brasil garantia de privilégio hierárquico do tratado internacional sobre as leis do Congresso, era inevitável que a Justiça devesse garantir a autoridade da mais recente das normas, porque paritária a sua estatura no ordenamento jurídico.²⁶

A última corrente, por fim, defende que os tratados internacionais de direitos humanos têm hierarquia de norma infraconstitucional, mas supralegal, em atenção ao princípio internacional da boa-fé, insculpido no artigo 27 da Convenção de Viena, que assim dispõe: “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado (...)”²⁷.

Era essa era a visão do Supremo Tribunal Federal até 1977. Até esse momento, o STF consagrava o primado do Direito Internacional, admitindo que um tratado revogasse leis anteriores com ele incompatíveis, como se verifica no trecho extraído do voto do Ministro Lafayette de Andrada, por ocasião do julgamento da Apelação Cível 9.587:

Já sustentei ao proferir voto nos embargos na apelação cível n 9.583 de 22 de junho de 1950 que os tratados constituem leis especiais e por isso não ficam sujeitos às leis gerais de cada país, porque, em regra, visam justamente a exclusão dessas mesmas leis (...) Sem dúvida que o tratado revoga as leis que lhe são anteriores, mas não pode ser revogado pelas leis posteriores, se estas não se referirem expressamente a essa revogação ou se não denunciarem o tratado (...) ²⁸

Com efeito, é possível observar que a partir de 1977 houve um retrocesso na postura do Supremo que, até então, primava pelo Direito Internacional e pelo

²⁶ REZEK, JOSÉ FRANCISCO. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. São Paulo: Saraiva, 2011, p.129-130.

²⁷ Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados. Op. Cit., p. 444.

²⁸ STF. Apelação Cível nº 9.587. Min. Relator: Min. Antonio Carlos Lafayette de Andrade. Data do Julgamento: 21/08/1951.

princípio internacional da boa-fé entre os Estados, passando, posteriormente, a admitir que Leis Federais revogassem norma de tratado internacional com ela incompatível.

Essa postura, entretanto, vem perdendo espaço entre os Ministros do STF, que, embora não tenham chegado a um consenso sobre o assunto, já sinalizam uma mudança de paradigma, como é o caso do Ministro Celso de Mello no julgamento do *Habeas Corpus* nº 87.585-8:

Desse modo, a relação de eventual antinomia entre os tratados internacionais em geral (que não versem o tema dos direitos humanos) e a Constituição da República impõe que se atribua, dentro do sistema de direito positivo vigente no Brasil, irrestrita precedência hierárquica à ordem normativa consubstanciada no texto constitucional, ressalvadas as hipóteses excepcionais previstas nos §§ 2º e 3º do art. 5º da própria Lei Fundamental, que conferem hierarquia constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos.²⁹

De fato, várias são as posições a respeito da hierarquia das normas constantes dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos, inclusive dentro do Supremo Tribunal Federal.

Ressalte-se, finalmente, que a natureza jurídica dessas normas influencia outras questões de fundo, relativas à incorporação dos tratados internacionais no direito interno e à relação do Brasil com o Direito Internacional, conforme se demonstrará no capítulo final deste trabalho.

²⁹ STF. *Habeas Corpus* nº 87.585-8/TO. Min. Relator: Min. Marco Aurélio; Data de Julgamento 03/12/2008; Data da Publicação 26/06/2009.

2. Incorporação Automática dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Direito Interno

Outra questão que merece destaque quanto tratamos do tema da recepção e da hierarquia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, diz respeito à incorporação automática - ou não, como defendem alguns -, desses tratados. Para tanto, faz-se necessário iniciar o estudo à luz das teorias monista e dualista.

2.1. Teoria Monista

Se para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar as suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte, os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os arts. 5º (2) e 5º (1) da Constituição brasileira de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno. Por conseguinte, mostra-se inteiramente infundada, no tocante em particular aos tratados de direitos humanos, a tese clássica – ainda seguida em nossa prática constitucional – da paridade entre tratados internacionais e a legislação infraconstitucional.³⁰

A posição defendida por Cançado Trindade corresponde à idéia de incorporação automática do Direito Internacional dos Direitos Humanos pelo Direito Constitucional Brasileiro, o que significa que o tratado entra em vigor no ordenamento interno sem que se faça necessária a presença de um ato jurídico complementar com força de lei. Vale dizer, para que o tratado de proteção aos direitos humanos produza efeitos no âmbito interno, basta que ele tenha sido ratificado internacionalmente. Essa tese é própria da teoria monista.

³⁰ TRINDADE, ANTONIO AUGUSTO CANÇADO. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil*. Brasília: Universidade de Brasília, 1998, p.134.

Segundo a teoria monista, o direito interno e o direito internacional compõem uma única ordem jurídica, onde os compromissos assumidos pelo Estado no plano internacional passam a ter aplicação imediata no âmbito interno.

Conforme a lição de Celso D. Albuquerque Mello:

Encontramos, em oposição ao dualismo, a concepção denominada monismo, ou seja, a teoria que não aceita a existência de duas ordens jurídicas autônomas, independentes e não derivadas. O monismo sustenta, de modo geral, a existência de uma única ordem jurídica. Esta concepção tem duas posições: uma, que defende a primazia do direito interno, e outra, a primazia do direito internacional.³¹

Esclarece também José Francisco Rezek:

Os autores monistas dividiram-se em duas correntes, uma sustenta a unicidade da ordem jurídica sob o primado do direito internacional, a que se ajustariam todas as ordens internas. Outra apregoa o primado do direito nacional de cada Estado soberano, sob cuja ótica a adoção dos preceitos do direito internacional aparece como uma faculdade discricionária. O monismo internacionalista teve em Hans Kelsen seu expoente maior, enquanto a vertente nacionalista encontrou adeptos avulsos na França e na Alemanha, além de haver transparecido com bastante nitidez, entre os anos vinte e os anos oitenta, na obra dos autores soviéticos.³²

Portanto, pela ótica monista, em sua vertente internacionalista, a incorporação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos ocorre de forma automática, isto é, independe de decreto legislativo para vigorar no ordenamento jurídico interno.

2.2 Teoria Dualista

A teoria dualista, por sua vez, admite que o direito interno e o direito internacional correspondem a ordens jurídicas distintas. Sendo assim, para que uma norma internacional produza efeitos no âmbito interno, é necessário um ato complementar, com força de lei, que faça a sua incorporação. Isso significa, por

³¹ MELLO, CELSO D. DE ALBUQUERQUE. *Curso de Direito Internacional, volume I*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.123.

³² REZEK, JOSÉ FRANCISCO. *Direito Internacional Público Curso Elementar*. Op. Cit., p. 28.

consequente, a rejeição da incorporação automática dos tratados internacionais de direitos humanos e sua aplicação imediata.

Para os dualistas, os compromissos assumidos pelo Estado no plano internacional não geram efeitos automáticos no ordenamento jurídico interno dos países signatários, ao contrário, necessitam de um ato do legislativo nacional complementar para que passem a vigorar no âmbito interno.

Sobre o assunto, leciona José Francisco Rezek:

Para os autores dualistas – dentre os quais se destacaram no século passado Carl Heinrich Triepel, na Alemanha, e Dionisio Anzilotti, na Itália –, o direito internacional e o direito interno de cada Estado são sistemas rigorosamente independentes e distintos, de tal modo que a validade jurídica de uma norma interna não se condiciona à sua sintonia com a ordem internacional.³³

Cuida-se, neste caso, da sistemática da incorporação legislativa, ou da incorporação não automática, ou seja, a incorporação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no ordenamento jurídico interno se dá através de um procedimento realizado pelo Poder Legislativo, no caso pela expedição de um decreto legislativo, e, só então, entrarão em vigor.

2.3. Sistema Brasileiro

Com relação à incorporação dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro, no que se refere à aplicação das teorias monista e dualista, o Brasil não optou expressamente por nenhuma delas. Entretanto, a doutrina majoritária entende que o sistema brasileiro adotado é o dualista, sendo necessária a aprovação de um instrumento legislativo pelo Congresso Nacional para garantir a vigência e eficácia do tratado internacional no âmbito interno, seja ele relativo aos direitos humanos ou não.

Esta, contudo, não é a posição defendida neste trabalho. Defende-se, aqui, a idéia de que o Brasil optou por um sistema misto de incorporação dos tratados internacionais, vale dizer: no tocante aos tratados internacionais estranhos aos direitos humanos, a sistemática é a da incorporação legislativa; enquanto que, em relação aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, a incorporação é automática.

³³ Id., Ibid., p. 28.

Isso porque, por força do § 1º do artigo 5º da Constituição da República, as normas de conteúdo afeto aos direitos e garantias fundamentais têm aplicação direta e imediata, o que significa que produzirão efeitos desde logo, independentemente de ato complementar por parte do legislativo, conforme analisaremos com maior profundidade no capítulo 3, item 3.4 deste trabalho.

Ressalte-se que essa é uma discussão que ainda gera muita controvérsia no meio jurídico, mas a moderna doutrina constitucional vem se posicionando no sentido de que, em relação aos tratados internacionais de direitos humanos, a incorporação é automática. Nessa linha, é a posição de Flávia Piovesan:

Diante dessas duas sistemáticas diversas, conclui-se que o direito brasileiro faz opção por um sistema misto, no qual, aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos – por força do art. 5º, § 1 – aplica-se a sistemática da incorporação automática, enquanto aos demais tratados internacionais de aplica a sistemática de incorporação legislativa, na medida em que se tem exigido a intermediação de um ato normativo para tornar o tratado obrigatório na ordem interna (...)³⁴

Concluindo, embora não tenha a Constituição Federal feito menção expressa à teoria monista ou a dualista, pelo menos no que toca ao tratado internacional de proteção de direitos fundamentais, cuja aplicação é direta e imediata, basta a sua ratificação para que o mesmo produza efeitos, ou seja, a incorporação é automática, sem a necessidade de expedição de decreto legislativo.

³⁴ PIOVESAN, FLÁVIA. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. Op. Cit., p.86.

3. Posição de Prevalência dos Direitos Humanos no Cenário Atual

Com a internacionalização dos direitos humanos surgiu o reconhecimento dos indivíduos como verdadeiros sujeitos de direitos, fato esse que contribuiu para elevar as normas protetivas de direitos e garantias fundamentais a uma posição de destaque e prevalência no cenário jurídico atual, como bem observa Paulo Gustavo Gonet Branco:

Os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos.³⁵

Ora, os direitos fundamentais assumem posição privilegiada em razão da relevância de seu objeto de proteção, haja vista se tratarem de direitos intrinsecamente ligados à dignidade da pessoa humana.

Outrossim, aliado ao fato de que os direitos fundamentais conferem aos indivíduos em geral a condição de sujeitos de direitos frente ao Estado e à própria sociedade, a posição de destaque desses direitos decorre também da sua fundamentalidade.

Para ilustrar essa noção de fundamentalidade que recai sobre os direitos fundamentais, oportuno destacar a lição de Ingo Wolfgang Sarlet:

Como já frisado alhures, intrínseca à noção de direitos fundamentais está, justamente, a característica da fundamentalidade, que de acordo com a lição do jusfilósofo alemão R. Alexy, recepcionada na doutrina lusitana por Gomes Canotilho, ‘aponta para a especial dignidade e proteção dos direitos nem sentido formal e num sentido material.’ A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e resulta dos seguintes aspectos, devidamente adaptados ao nosso direito constitucional pátrio: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, de tal sorte que – neste sentido – se cuida de direitos de natureza *supralegal*; b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas

³⁵ BRANCO, PAULO GUSTAVO G. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais* in MENDES, GILMAR F.; COELHO, INOCÊNCIO M.; BRANCO, PAULO GUSTAVO G. *Curso de Direito Constitucional*, 5º ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 309.

pétreas) da reforma constitucional (art. 60 da CF), cuidando-se, portanto (pelo menos nem certo sentido) e como leciona João dos Passos Martins Neto, de *direitos pétreos*, muito embora se possa controverter a respeito dos limites da proteção outorgada pelo Constituinte, o que será objeto de análise na parte final desta obra; c) por derradeiro, cuida-se de normas diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas (art. 5º § 1º, da CF). A fundamentalidade material, por sua vez, decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade. Inobstante não necessariamente ligada à fundamentalidade formal, é por intermédio do direito constitucional positivo (art. 5º, § 2º, da CF) que a noção da fundamentalidade material permite a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não constantes de seu texto e, portanto, apenas materialmente fundamentais, assim como os direitos fundamentais situados fora do catálogo, mas integrantes da Constituição formal, ainda que possa controverter-se a respeito da extensão do regime da fundamentalidade formal a estes direitos apenas materialmente fundamentais (...)³⁶

Pois bem, apontada a prevalência e a fundamentalidade dos direitos humanos, como bem observada por Ingo W. Sarlet, resta esclarecer outras questões que permeiam o tema dos direitos fundamentais.

3.1. Direitos Humanos e Direitos Fundamentais

Atualmente não há um consenso na doutrina a respeito da terminologia empregada quando falamos em Direitos Humanos, sendo certo que várias expressões são utilizadas para tratar do tema, dentre elas: “direitos fundamentais”; “direitos do homem”; “direitos individuais”; “direitos subjetivos públicos”; “liberdades públicas”; “liberdades fundamentais”; “direitos humanos fundamentais”; “direitos e garantias fundamentais” e “direitos e garantias constitucionais”.

A título de exemplo, a Constituição Federal de 1988 também se utiliza de diversas expressões. Em seu título II, empregou o termo “direitos e garantias fundamentais” para se referir ao extenso catálogo de direitos individuais, coletivos e sociais lá consignados, englobando tanto aqueles de cunho prestacional como os chamados direitos de defesa (artigos 5º, 6º e 7º da CF). Em outro momento, quando aborda o tema princípios fundamentais, em seu título I, refere-se à prevalência dos “direitos humanos” como princípio orientador da República Federativa do Brasil em

³⁶ SARLET, INGO WOLFGANG. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.88-89.

suas relações internacionais (artigo 4º da CF). Ao dispor sobre as cláusulas pétreas, por sua vez, a Carta Magna optou por “direitos e garantias individuais” (artigo 60, § 4º, inc. IV da CF).

Cumprе esclarecer, todavia, que algumas expressões como “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “direitos públicos subjetivos” e “liberdades fundamentais” foram abandonadas pela moderna doutrina constitucional, que utiliza com mais frequência os termos “direitos humanos” e “direitos fundamentais”.

Há, entretanto, quem faça distinção entre esses dois termos, sustentando que os direitos fundamentais são os direitos humanos positivados no ordenamento jurídico interno de cada Estado. Conforme Ingo W. Sarlet:

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).³⁷

Cumprе ressaltar, por derradeiro, que havendo ou não distinção conceitual entre os termos “direitos humanos” e “direitos fundamentais” - o que ocorre para fins didáticos - o fato é que ambos se inter-relacionam e ambos possuem força normativa frente ao Estado e à comunidade internacional.

3.2. Direitos Fundamentais como Cláusulas Pétreas

Ao elencar as matérias integrantes do “núcleo duro” da Constituição, ou seja, aquelas intangíveis ao poder constituinte derivado - as chamadas cláusulas pétreas

³⁷ Id., *Ibid.*, p. 35-36.

-, a Carta da República incluiu no rol os direitos e garantias individuais³⁸, e silenciou a respeito dos direitos sociais.

Entretanto, a despeito da interpretação literal que se faça da Constituição, o certo é que os direitos sociais também constituem limites materiais – implícitos - ao poder de reforma da Constituição, de tal sorte que possuem a mesma posição reforçada que os direitos individuais, conforme pondera Fayga Silveira Bedê:

Muito embora os limites materiais ‘implícitos’, ‘imanescentes’ ou ‘não-escritos’ não estejam elencados expressamente no rol das ‘cláusulas pétreas’, reclamam para si a mesma ‘proteção jurídica reforçada’ que se outorga às ‘cláusulas de eternidade’ (constantes no art. 60, § 4º, da CF/1988). Esta exigência se deve ao fato de que a supressão de tais matérias implicaria, por via oblíqua, no esvaziamento da identidade constitucional, operando-se o fenômeno a que alguns autores designam expressamente de *fraude à Constituição* (transmutação silenciosa de uma constituição em outra, por meio da alteração de seus limites materiais).³⁹

Por outro lado, mesmo que não se considere cláusula pétrea aqueles direitos que não foram expressamente elencados pelo poder constituinte originário como tal, há que se fazer uma interpretação extensiva do artigo 60 § 4º, inc. IV da Constituição Federal, de modo que a leitura que se faça do referido dispositivo, - levando-se em conta a Constituição como um todo, como um sistema, - permita que se compreenda em seu âmbito de proteção todos os direitos fundamentais, e não apenas os direitos e garantias fundamentais.

Conclui-se, assim, que todos os direitos fundamentais, incluídos os direitos sociais, são cláusulas pétreas, vale dizer, são revestidos de uma proteção especial frente à eventual reforma do poder constituinte derivado reformador tendente a aboli-los, o que reforça o caráter de fundamentalidade desses direitos e a sua posição de prevalência no âmbito do direito constitucional e internacional.

³⁸ Art. 60, § 4º, inc. IV da CF: “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.”

³⁹ BEDÊ, FAYGA SILVEIRA. *Sísifo no Limite do Imponderável ou Direitos Sociais Como Limites ao Poder Reformador* in BONAVIDES, PAULO; LIMA, FRANCISCO GÉRSO M. DE; BEDÊ FAYGA SILVEIRA. *Constituição e Democracia – Estudos em Homenagem ao Professor J.J Gomes Canotilho*, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 103.

3.3 Princípio da Máxima Efetividade dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais são balizados pelo princípio da *máxima efetividade*, o que significa dizer que eles devem ser interpretados da forma que mais se reconheça a sua eficácia, ou seja:

Entre interpretações alternativas e plausíveis, o intérprete deverá priorizar aquela que permita a atuação da vontade constitucional, evitando soluções que se refugiem no argumento da não-aplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador.⁴⁰

Esse entendimento condiz com a posição defendida por Konrad Hesse em seu trabalho “A Força Normativa da Constituição”, onde analisa que:

A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (Gebot Optimaler Verwirklichung der Norm). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação. Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição (...)⁴¹

Segue essa mesma orientação Inocêncio Mártires Coelho, ao reconhecer que:

Estreitamente vinculado ao princípio da força normativa da Constituição. Em relação ao qual configura um subprincípio, o cânone hermenêutico-constitucional da *máxima efetividade* orienta os aplicadores da Lei Maior para que interpretem as suas normas em ordem a otimizar-lhes a eficácia, sem alterar o seu conteúdo⁴²

⁴⁰ BARROSO, LUIZ ROBERTO; BARCELLOS, ANA PAULA. *O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro* in “Temas de Direito Constitucional”, t. III, 2005, p. 34.

⁴¹ HESSE, KONRAD. *A Força Normativa há Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p.22-23.

⁴² COELHO, INOCÊNCIO MÁRTIRES. *Ordenamento Jurídico, Constituição e Norma Fundamental* in MENDES, GILMAR F.; COELHO, INOCÊNCIO M.; BRANCO, PAULO GUSTAVO G. *Curso de Direito Constitucional*. Op. Cit., p.179.

Com efeito, os direitos fundamentais, como normas constitucionais que são, possuem força normativa, vale dizer, são imperativos e devem ser concretizados pelos poderes públicos e pela sociedade em geral.

Nesse sentido, cabe ao intérprete buscar aquela interpretação que maior eficácia forneça aos direitos fundamentais, sob pena de esvaziamento da vontade constitucional.

Em outras palavras: os direitos fundamentais, expressos ou não na Carta Constitucional, devem ser concretizados na maior medida do possível, e cabe ao intérprete e aplicador do direito garantir a máxima eficácia (ou “efetividade ótima”) às normas consagradoras de direitos fundamentais.

3.4 Aplicação Direta e Imediata dos Direitos Fundamentais e o § 1º do artigo 5º da Constituição Federal

Conforme já salientado no capítulo segundo desse estudo, quando tratamos da incorporação automática dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, § 1º, consagra a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais.

Significa dizer que as normas garantidoras de direitos fundamentais são diretamente aplicáveis, ou seja, se aplicam independentemente de lei e até mesmo contra a lei, quando esta for contrária à norma protetiva.

Seguindo essa linha de raciocínio, oportuno destacar a brilhante lição de Canotilho:

Aplicação directa não significa apenas que os direitos, liberdades e garantias se aplicam independentemente da intervenção legislativa (cfr. arts. 17º e 18º/1). Significa também que eles *valem directamente contra lei*, quando esta estabelece restrições em desconformidade com a constituição (cfr. CRP, art. 18º/3). Em termos práticos, a aplicação directa dos direitos fundamentais implica ainda a *inconstitucionalidade de todas as leis pré-constitucionais* contrárias às normas da constituição consagradoras e garantidoras de direitos, liberdades e garantias, ou direitos da natureza análoga (cfr. arts. 17º. e 18º.). Se se preferir, dir-se-á que a aplicação directa dos direitos, liberdades e garantias implica a

inconstitucionalidade superveniente das normas pré-constitucionais em contradição com eles.⁴³

Ainda sobre o alcance da norma inserta no referido § 1º do artigo 5º da Constituição da República, esclarece Paulo Gustavo Gonet Branco:

O significado essencial dessa cláusula é ressaltar que as normas que definem direitos fundamentais são normas de caráter preceptivo, e não meramente programático. Explicita-se, além disso, que os direitos fundamentais se fundam na Constituição, e não na lei – com o que se deixa claro que é a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais, não o contrário. Os direitos fundamentais não são meramente normas matrizes de outras normas, mas são também, e sobretudo, normas diretamente reguladoras de relações jurídicas.⁴⁴

Importante frisar que o texto constitucional, ao proclamar que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”⁴⁵, englobou todos os direitos fundamentais, incluídos os direitos sociais.

Ora, a antiga classificação dos direitos fundamentais em programáticos (considerados os direitos sociais/ à prestação) e não programáticos (referindo-se aos direitos individuais/ de defesa) caiu por terra, sendo certo que não apenas os chamados direitos de defesa são imediatamente aplicáveis, mas também o são os direitos prestacionais.

Hoje, quando tratamos de normas definidoras de direitos fundamentais, nos referimos às normas imperativas, dotadas de eficácia, cujo objeto de proteção deve ser garantido pelos poderes Públicos e por toda sociedade, de forma direta e imediata, sem a necessidade da intervenção legislativa.

Assim, autoriza o dispositivo constitucional em exame que os operadores do direito apliquem a Constituição e concretizem os direitos fundamentais lá estampados, mesmo à falta de regulamentação legislativa.

⁴³ CANOTILHO, J.J GOMES. *Direito Constitucional e a Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 1179.

⁴⁴ BRANCO, PAULO GUSTAVO GONET. Op. Cit., p. 328.

⁴⁵ Art. 5º, § 1º da Constituição da República Federativa do Brasil. Op. Cit., p.12.

3.5 Princípio da Proibição do Retrocesso Social

Questão relevante, e que está intrinsecamente ligada à idéia da aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais, refere-se ao reconhecimento do princípio da proibição do retrocesso social.

O princípio da proibição do retrocesso social, embora implícito, é amplamente reconhecido pela doutrina constitucional contemporânea como corolário do princípio da segurança jurídica e do próprio Estado Constitucional e Democrático de Direito.

Entende-se por proibição do retrocesso social a impossibilidade dos poderes públicos, em especial o Legislativo, de suprimirem ou reduzirem o alcance de um direito social já conquistado pela sociedade, sob pena de esvaziamento da vontade constitucional, conforme analisa Ingo W. Sarlet:

Negar reconhecimento ao princípio da proibição de retrocesso significaria, em última análise, admitir que os órgãos legislativos (assim como o Poder Público em geral), a despeito de estarem inquestionavelmente vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, dispõem do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do constituinte. Com efeito, como bem lembra Luís Roberto Barroso, mediante o reconhecimento de uma proibição de retrocesso impede-se a frustração da efetividade constitucional, já que, na hipótese de o legislador revogar o ato que deu concretude a uma norma programática ou tornou viável o exercício de um direito, estaria acarretando um retorno à situação de omissão (inconstitucional, como poderíamos acrescentar) anterior.⁴⁶

A partir desta perspectiva, convém lembrar que os direitos sociais, econômicos e culturais, como direitos fundamentais que são, constituem-se em limites materiais implícitos ao poder de reforma, verdadeiras cláusulas pétreas, insuscetíveis a qualquer ação do poder constituinte derivado tendente a aboli-los ou restringi-los.

Ressalte-se, outrossim, que referidos direitos são intangíveis em seu núcleo essencial, e que essa proteção especial estende-se, inclusive, às normas

⁴⁶ SARLET, INGO WOLFGANG *Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: Manifestação de um Constitucionalismo Dirigente Possível* in BONAVIDES, PAULO; LIMA, FRANCISCO GÉRSO M. DE; BEDÊ FAYGA SILVEIRA. *Constituição e Democracia – Estudos em Homenagem ao Professor J.J Gomes Canotilho*, Op. Cit., p. 319-320.

infraconstitucionais concretizadoras desses direitos, como bem argumenta Fayga Silveira Bedê:

(...) este regime jurídico de proteção reforçada (intangibilidade) passa a abranger até mesmo as normas infraconstitucionais criadas para integrar e densificar as normas constitucionais consagradoras dos direitos sociais, econômicos e culturais. Em outras palavras: a cláusula de intangibilidade dos direitos fundamentais sociais – tal como previstos na Constituição – estende o seu âmbito de proteção até as normas infraconstitucionais concretizadoras destes direitos (diz-se “normas apenas materialmente constitucionais”)⁴⁷

Por fim, cabe uma última observação a respeito do princípio da proibição do retrocesso social, a de que os direitos sociais, além de intangíveis, são exigíveis judicialmente, cabendo ao seu titular a possibilidade de pugnar em juízo por sua concretização e manutenção. Nesse sentido:

De acordo com o Princípio da Vedação do Retrocesso Social, esses direitos derivados a prestações, na medida “em que constituem a densificação dos direitos fundamentais, passam a desempenhar uma função de ‘guarda de flanco’ (J.P. Müller) desses direitos, garantindo o grau de concretização já obtido”. E como se trata de direitos subjetivos, são, portanto, justiciáveis, dispendo os cidadãos, a quem se destinam estes direitos, da faculdade de exigir em juízo a manutenção do mesmo nível de realização que por ventura já tenha sido alcançado – impedindo-se ao legislador, que os houver concretizado, de *retornar sobre seus passos*, legislando posteriormente no sentido de eliminá-los.⁴⁸

Assim, importante papel desempenha o princípio da vedação do retrocesso social, pois impede que direitos sociais já conquistados pela sociedade possam ser restringidos ou abolidos pelo Poder Público, sejam eles direitos inseridos na Constituição da República, num tratado internacional de proteção dos direitos humanos ratificado pelo Brasil, ou até mesmo numa lei infraconstitucional.

⁴⁷ FAYGA SILVEIRA BEDÊ *Sísifo no Limite do Imponderável ou Direitos Sociais como Limites ao Poder Reformador* in BONAVIDES, PAULO; LIMA, FRANCISCO GÉRSO M. DE; BEDÊ FAYGA SILVEIRA. *Constituição e Democracia – Estudos em Homenagem ao Professor J.J Gomes Canotilho* Op. Cit., p. 113-114.

⁴⁸ Id., Ibid., p.114.

4. O Direito Constitucional e o Direito Internacional dos Direitos Humanos

Busca-se aqui traçar a relação existente entre a Constituição Brasileira de 1988 e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, partindo-se da premissa de que as normas consagradoras de direitos humanos possuem conteúdo materialmente constitucional, uma vez que traduzem valores intimamente ligados à dignidade humana.

Neste contexto, em que os objetos de estudo do Direito Constitucional e do Direito Internacional dos Direitos Humanos se encontram, surge uma nova disciplina chamada Direito Constitucional Internacional.

É certo que, quando tratamos de proteção aos direitos humanos, não podemos mais considerar o Direito Constitucional dissociado do Direito Internacional, haja vista que as obrigações assumidas pelos Estados referentes ao cumprimento e promoção dos direitos fundamentais operam-se não só internamente, mas também em relação à ordem internacional. Nessa mesma linha, é o entendimento de Cançado Trindade:

No presente contexto de proteção, já não mais se justifica que o direito internacional e o direito interno continuem sendo abordados de forma estanque ou compartimentalizada, como o foram no passado. Ao criarem obrigações para os Estados *vis-à-vis* os seres humanos sob sua jurisdição, as normas dos tratados de direitos humanos aplicam-se não só na ação conjunta (exercício da garantia coletiva) dos Estados Partes na realização do propósito comum de proteção, mas também e sobretudo no âmbito do ordenamento jurídico interno de cada um deles. O cumprimento das obrigações internacionais de proteção requer o concurso dos órgãos internos dos Estados, e estes são chamados a aplicar as normas internacionais. É este o traço distintivo e um dos mais marcantes dos tratados de direitos humanos, dotados de especificidade própria. Com a interação entre o direito internacional e o direito interno no presente contexto, os grandes beneficiários são as pessoas protegidas.⁴⁹

Esse novo campo de estudo analisa a influência que exerce o Direito Constitucional no Direito Internacional e vice versa, e os impactos jurídicos decorrentes

⁴⁹ TRINDADE, ANTONIO AUGUSTO CANÇADO. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, I Volume*. Op. Cit., p. 547-548

dessa dialética, não só no âmbito teórico, mas também no que se refere às relações do Brasil com a Comunidade Internacional.

Dentre os impactos advindos dessa interação, ou melhor, da internacionalização do Direito Constitucional e da constitucionalização do Direito Internacional, destacamos a questão da recepção dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil como normas constitucionais.

Preliminarmente, contudo, necessário analisar as questões que envolvem o estudo das normas constitucionais e o modo como a Constituição Brasileira enfrenta esse assunto.

4.1 . Normas Constitucionais

Não obstante a existência de diversas classificações das normas constitucionais apontadas pela doutrina, dentre elas as que distinguem as normas em: materiais/ formais; programáticas/ preceptivas e auto-executáveis (*self executing provisions*)/ não auto-executáveis (*not self executing provisions*); nos deteremos nesse trabalho ao estudo das normas materiais e formais.

4.1.1 . Teoria Formal

Do ponto de vista formal, as normas constitucionais se destacam por serem produzidas a partir de um processo legislativo mais árduo e mais dificultoso do que as demais normas jurídicas, e pelo fato de estarem contidas na Lei Fundamental. Essa noção coincide com a ideia de Constituição Formal, conforme nos ensina Celso Ribeiro Bastos:

Constituição, neste sentido, seria um conjunto de normas legislativas que se distinguem das não-constitucionais em razão de serem produzidas por um processo legislativo mais dificultoso, vale dizer, um processo facultativo mais árduo e mais solene. Esta dificuldade acrescida pode consistir em múltiplos fatores: a criação de um órgão legislativo com a função especial de elaborar a Constituição, chamado Assembléia Constituinte; a exigência de um *quórum* especial, mais expressivo que o requerido pelas leis ordinárias, e de votações repetidas e distanciadas temporalmente; ou, ainda, a sujeição do projeto de lei constitucional à aprovação popular (*referendum*). Biscaretti ensina com acerto que as normas constitucionais não são emanadas dos órgãos legislativos normais, com seu ordinário método de trabalho, porém são formuladas por órgãos legislativos especiais, estabelecidos para essa missão, ou por órgãos

legislativos normais, todavia, segundo procedimento distinto dos costumeiros, dando lugar, dessa forma, a uma contraposição entre Poder Legislativo ordinário e poder constituinte e de revisão constitucional. Assim, convém observar que poderão verificar-se normas constitucionais apenas sob o aspecto formal. Isto ocorre em todos aqueles casos em que determinadas regras jurídicas, de natureza não substancialmente constitucional, tenham sido inseridas na Constituição em sentido formal, para obter aquela tutela especial e típica da Constituição.⁵⁰

Observa-se que, a despeito do conteúdo da norma, vale dizer, independentemente se ela se refere a uma decisão política de organização do Estado e do Poder, ou, então, se se trata de norma garantidora de um direito fundamental, uma vez inserida no corpo da Constituição, assume ela feição constitucional, dotada de especial proteção frente ao poder de reforma do constituinte derivado, que só poderá modificá-la a partir de um procedimento legislativo mais complexo.

Para Paulo Bonavides, o conceito formal de Constituição, de inspiração positivista, traduz-se num paradoxo:

As Constituições não raro inserem matéria de aparência *constitucional*. Assim se designa exclusivamente por haver sido introduzida na Constituição, enxertada no seu corpo normativo e não porque se refira aos elementos básicos ou institucionais da organização política. Entra essa matéria pois a gozar da garantia e do valor superior que lhe confere o texto constitucional. De certo tal não aconteceria se ela houvesse sido deferida à legislação ordinária. O paradoxo maior acontece porém nos sistemas de Constituição formal ou rígida, onde copiosa matéria de índole constitucional pode ficar excluída do texto constitucional, bem como sua regulamentação relegada à órbita da legislação ordinária.⁵¹

Com efeito, basta uma norma estar localizada dentro da Constituição de um país para ser considerada norma constitucional e, tratando-se de uma Constituição rígida, cujo processo de alteração das normas depende de um processo legislativo mais solene, pode uma norma de conteúdo constitucional não ser inserida no corpo da Lei Fundamental.

⁵⁰ BASTOS, CELSO RIBEIRO. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p.63.

⁵¹ BONAVIDES, PAULO. *Curso de Direito Constitucional*, 23ª Edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 81.

Podemos concluir, portanto, que são normas formalmente constitucionais aquelas que foram inseridas no texto constitucional por opção do legislador constituinte, originário ou derivado, seja qual for o seu conteúdo.

4.1.2. Teoria Material

Diametralmente oposto ao conceito formal, o conceito material está ligado à essência, ao conteúdo da Constituição, mais ou menos aquilo que Lassale chamou de “fatores reais do poder”⁵², em sua concepção sociológica de Constituição, ou aquilo que Carl Schmitt chamou de “decisão política fundamental”⁵³, dentro de uma visão política de Constituição,

A Constituição Material seria, portanto, a expressão das decisões políticas, econômicas e ideológicas de uma dada sociedade – um conjunto de valores eleitos como fundamentais - e sua interação com a realidade social.

Seguindo mais uma vez o entendimento de Paulo Bonavides, temos que:

Do ponto de vista material, a Constituição é o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais. Tudo quanto for, enfim, conteúdo básico referente à composição e ao funcionamento da ordem política exprime o *aspecto material* da Constituição.⁵⁴

Na mesma linha, é a lição de Celso Bastos, ao tratar da Constituição em sentido substancial:

Pode-se, segundo esta acepção, saber se uma dada norma jurídica é constitucional ou não, examinando-se tão-somente o seu objeto. Se regular um aspecto fundamental da comunidade política, indispensável à sua concepção ou à sua permanência, se tratar da distribuição do poder dentro da sociedade, se versar, enfim, sobre algo que, alterado, abalaria as próprias vigas mestras do ente político, será constitucional, fará parte da Constituição. Se não satisfizer a este requisito de ser norma relativa às relações basilares, fundamentais, entre órgãos do Estado ou entre estes indivíduos, ela não fará parte da Constituição.⁵⁵

⁵² Termo utilizado por Ferdinand Lassalle em sua célebre obra “O que é uma Constituição”.

⁵³ Expressão utilizada por Carl Schmitt para definir o conceito material de Constituição em contraposição ao conceito formal, que corresponde às leis constitucionais inseridas na Lei fundamental.

⁵⁴ BONAVIDES, PAULO. Op. Cit., p. 80.

⁵⁵ BASTOS, CELSO RIBEIRO, *Curso de Direito Constitucional*, Op.Cit., p.61.

Outrossim, sob o ponto de vista material da Constituição, admite-se que há normas constitucionais fora do texto constitucional, uma vez que o que define o *status* constitucional da norma é o seu conteúdo, e não o fato de estar inserida ou não na Lei Fundamental.

Na definição de Celso Basto, uma norma constitucional terá ou não natureza substancial, de acordo, única e exclusivamente, com a matéria por ela veiculada:

Anote-se que a norma jurídica leva em conta a matéria que trata, independentemente do lugar em que esteja. Pode-se encontrar normas substancialmente constitucionais tanto fora da Constituição, como também dentro da própria Constituição formal. Passa-se, então, a identificar aquelas norma que ostentam essa qualidade tão-somente por estarem na Constituição e aquelas outras que também formalmente constitucionais acrescem a isso o fato de serem substancialmente constitucionais.⁵⁶

Assim, segundo esse critério, resta perfeitamente possível que normas (materialmente) constitucionais sejam encontradas fora da Constituição. É o caso, por exemplo, das normas constantes dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, pois regulam valores jurídicos essenciais à própria existência humana, vale dizer, regulam verdadeira matéria constitucional.

Enfatize-se, por oportuno, que os direitos humanos, ou direitos fundamentais, também se dividem em formais e materiais, sendo que aqueles traduzem uma posição jurídica subjetiva das pessoas porquanto consagrada no texto constitucional, e esses em razão dos valores que exprimem.

Jorge Miranda esclarece com brilhantismo o significado material dos direitos fundamentais:

Na verdade, precisamente por os direitos fundamentais poderem ser entendidos *prima facie* como direitos inerentes à própria noção de pessoa, como direitos básicos da pessoa, como os direitos que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível actual de dignidade, como as bases principais da situação jurídica de cada pessoa, eles dependem das filosofias políticas, sociais e econômicas e das circunstâncias de cada época e lugar (...) Aliás, com o conceito material de direitos fundamentais não se trata de direitos declarados,

⁵⁶ Id., *Ibid.*, p. 61.

estabelecidos, atribuídos pelo legislador constituinte, pura e simplesmente; trata-se também dos direitos resultantes da concepção dominante, da ideia de Direito, do sentimento jurídico colectivo (conforme se entender, tendo em conta que estas expressões correspondem a correntes filosófico-jurídicas distintas).⁵⁷

Para concluir, consideramos que as normas constantes dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, embora não inseridas na Constituição Brasileira, são verdadeiras normas constitucionais, pois não só tratam de matéria constitucional, como também são recepcionadas pelo ordenamento jurídico brasileiro como tais, assunto esse que trataremos a seguir.

4.2. O Parágrafo 2º do Artigo 5º da Constituição Federal e o Conceito de Bloco de Constitucionalidade

A Constituição Federal de 1988, ao proclamar em seu artigo 5º, parágrafo 2º, que os direitos e garantias nela expressos “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”⁵⁸, acaba por admitir que as normas decorrentes desses documentos internacionais possuem a mesma natureza especial que aquelas previstas em seu texto, qual seja a natureza constitucional.

Considera-se, assim, que o referido dispositivo constitucional traduz-se numa cláusula aberta, capaz de recepcionar outros direitos fundamentais não expressos, decorrentes dos princípios previstos na Constituição ou nos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil, conferindo-lhes valor jurídico de norma constitucional.

Dessa recepção de normas constitucionais não expressas no texto da Lei Fundamental, o sistema jurídico brasileiro passou a se valer do conceito de bloco de constitucionalidade, que exprime a noção de uma Constituição material formada pela reunião de diplomas normativos diversos, ainda que não codificados.

⁵⁷ MIRANDA, JORGE. *Manual de Direito Constitucional. Tomo IV – Direitos Fundamentais*, 3ª Edição, rev. e atual., Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 10.

⁵⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, Op. Cit., p. 12.

Vale dizer, o ordenamento jurídico brasileiro se insere hoje no contexto do Constitucionalismo Global, onde o Direito Internacional dos Direitos Humanos se transforma em parâmetro de validade e de constitucionalidade⁵⁹ das próprias normas constitucionais nacionais.

Nesta seara, a comunidade internacional acaba por eleger valores essenciais universais, imperativos e de observância obrigatória pelos Estados, o chamado *jus cogens* internacional.

Sobre o assunto, registra Clèmerson Merlin Clève:

(...) a abertura do direito constitucional nacional para o constitucionalismo global significaria o reconhecimento da existência (e pertinência) de uma Constituição material global formada por um *jus cogens* internacional integrado por valores comuns, ainda que poucos. Valores, cumpre lembrar, decorrentes da experiência consumada nas sociedades democráticas, mas condensadas também a partir de decisões prolatadas pelas cortes internacionais, especialmente de direitos humanos, e de determinadas declarações e tratados internacionais. Haveria aqui, portanto, a idéia de que o direito constitucional global emerge e evolui com a formação de comunidades de nações que comungam determinados valores, principalmente aqueles ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana⁶⁰

Para melhor compreensão da idéia de Constitucionalismo Global oportuno destacar também a lição de Canotilho:

Estes parâmetros teóricos influenciam hoje claramente as imbricações do direito constitucional com o direito internacional. Com efeito, as relações internacionais devem ser cada vez mais relações reguladas em termos de *direito e de justiça*, convertendo-se o *direito internacional* numa verdadeira ordem imperativa, à qual não falta um núcleo material duro – o *jus cogens* internacional - vertebrador que da “política e relações internacionais” quer da própria construção constitucional interna. Para além deste *jus cogens*, o direito internacional tende a transformar-se em suporte das relações internacionais através da progressiva elevação dos **direitos humanos** – na parte em que não integrem já o *jus cogens*, - a padrão jurídico de conduta política, interna e externa. Esta últimas premissas – o *jus cogens* e os *direitos humanos* -, articuladas com o papel da *organização internacional*, fornecerão um enquadramento razoável para o constitucionalismo global.⁶¹ (“Direito

⁵⁹ A respeito, ver Valério de Oliveira Mazzuoli, *O Controle de Convencionalidade das Leis*.

⁶⁰ CLÈVE, CLEMERSON MERLIN, *Direito Constitucional, Novos Paradigmas, Constituição Global e Processos de Integração in Constituição e Democracia- Estudos em Homenagem ao Professor J.J Gomes Canotilho*, Op. Cit., p. 43

⁶¹ CANOTILHO, J.J. GOMES, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Op. Cit. p. 1370.

Constitucional e Teoria da Constituição”, p. 1370, 7ª Edição, J.J. Gomes Canotilho, Ed, Almedina, 2009, Coimbra).

Assim, por força da cláusula aberta insculpida no parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal e da noção de Constitucionalismo Global, o Brasil assume a constitucionalidade dos direitos enunciados nos tratados internacionais, que passam a integrar o catálogo de direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

4.3. O Parágrafo 3º do Artigo 5º da Constituição Federal e a Emenda Constitucional 45/2004

A Emenda Constitucional 45 de 2004 trouxe significativas modificações no texto constitucional, dentre elas a inclusão do parágrafo 3º ao artigo 5º, 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.”⁶²

Esse novo dispositivo surgiu para resolver o problema da incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico interno, e solucionar verdadeira celeuma que se instaurou no âmbito dos Tribunais e entre os aplicadores do direito, a respeito da hierarquia das normas constantes desses documentos.

De fato, houve uma preocupação do constituinte reformador em estabelecer uma hierarquia constitucional (formal) aos tratados internacionais de direitos humanos, desde que forem os mesmos aprovados no âmbito interno com *quorum* de emenda constitucional.

Houve, todavia, um equívoco por parte do legislador constituinte, ao desconsiderar a existência de outro dispositivo constitucional que já permite a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos como normas constitucionais (§ 2º, art. 5º da CF), e também de outro preceito que assegura a

⁶² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, Op. Cit., p. 12.

aplicabilidade direta e imediata dos direitos e garantias fundamentais (§ 1º, art. 5º da CF).

Ora, a partir de uma leitura do referido parágrafo 2º como cláusula aberta de normas e princípios consagradores de direitos fundamentais, e da noção de que o Brasil acolheu a idéia de bloco de constitucionalidade – ponto 4.2 – resta evidente que a nossa Constituição recepcionou os tratados internacionais de direitos humanos como normas constitucionais (materiais), independentemente de intervenção legislativa, tampouco da necessidade de um quorum qualificado de votação.

Significa dizer que o Direito Constitucional abriu as portas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos e que o Brasil passou a integrar o constitucionalismo global, reconhecendo que há uma ordem internacional de valores que se aplicam direta e imediatamente no âmbito interno.

A nova disposição, portanto, recuou nos avanços percorridos pelo Direito Constitucional Brasileiro nas últimas décadas, e dificultou o processo de incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos como normas constitucionais.

Outrossim, bastaria que a nova disposição afirmasse expressamente que os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos são normas constitucionais, a exemplo do que fizeram diversos diplomas estrangeiros, especialmente as Constituições Latino-americanas, conforme analisa Cançado Trindade:

Exemplo dos mais marcantes, nesta nova linha, é fornecido pela [anterior] Constituição do Peru de 1978, cujo artigo 105 determinava que os preceitos contidos nos tratados de direitos humanos têm hierarquia constitucional, e não podem ser modificados senão pelo procedimento para a reforma da própria Constituição (...) Na mesma linha de pensamento situa-se uma das modificações introduzidas na Constituição do Chile em decorrência do plebiscito convocado para 30 de julho de 1989; pela nova reforma constitucional, de 1989, agregou-se ao final do artigo 5(II) da Constituição Chilena a seguinte disposição: - “É dever dos órgãos do Estado respeitar e promover tais direitos, garantidos por esta Constituição, assim como pelos tratados internacionais ratificados pelo Chile e que se encontrem vigentes.” Desse modo, os direitos garantidos por aqueles tratados passaram a equiparar-se hierarquicamente aos garantidos pela Constituição Chilena reformada. Outro exemplo pertinente é fornecido pela Constituição da Colômbia de 1991, cujo artigo 93 determina que os tratados de direitos humanos ratificados pela Colômbia “prevalecem na ordem interna”, e que os direitos humanos constitucionalmente consagrados serão interpretados de conformidade com os tratados de direitos humanos ratificados pela Colômbia (...) Posteriormente, incorporou-se à Constituição da Argentina, reformada em agosto de 1994, o artigo 75(22), pelo qual determinados tratados e instrumentos de direitos humanos, nele enumerados, “têm hierarquia constitucional”, só

podendo ser denunciados mediante prévia aprovação de dois terços dos membros do Legislativo; tais tratados e instrumentos de direitos humanos são “complementares” aos direitos e garantias reconhecidos na Constituição. Outra técnica seguida em recentes reformas constitucionais tem consistido em dispor sobre a procedência do recurso de *amparo* para a salvaguarda dos direitos consagrados nos tratados de direitos humanos (Constituição da Costa Rica, reformada em 1989, artigo 48; além da Constituição da Argentina, artigo 43); outras Constituições optam por referir-se à normativa internacional em relação a um determinado direito, para o qual “a fonte internacional adquire hierarquia constitucional” (Constituições do Equador, artigos 43 e 17; El Salvador, artigo 28; de Honduras, artigo 119(2)).⁶³

De outra feita, não bastasse tamanho equívoco por parte do legislador constituinte, o problemático parágrafo 3º trouxe inúmeras implicações no universo jurídico, de ordem prática e teórica, conforme analisaremos a seguir.

4.3.1. Implicações Práticas e o Direito Intertemporal

Com efeito, o novo dispositivo previsto no parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional 45/2004, deixou claro que os tratados internacionais de direitos humanos que forem incorporados pelo ordenamento jurídico brasileiro através de um quórum qualificado, próprio para aprovação das emendas constitucionais, terão status de normas constitucionais. Entretanto, referido dispositivo foi omissivo em relação aos tratados que foram recepcionados antes da promulgação da Emenda em questão.

Vale dizer, a nova disposição constitucional não resolveu o problema daqueles tratados ratificados anteriormente à edição da Emenda 45, de tal sorte que, à primeira vista, a norma supracitada sugere que tais tratados permaneceriam com estatura de lei ordinária, haja vista que foram recepcionados mediante maioria simples pelo Congresso Nacional.

Ora, não se preocupou o constituinte reformador com as consequências advindas da edição do novo dispositivo constitucional, ao contrário de outros países, que optaram pela constitucionalidade expressa dos tratados internacionais de direitos

⁶³ TRINDADE, ANTONIO AUGUSTO CANÇADO. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, I Volume*. Op. Cit., p. 510-511; 513-514.

humanos, independentemente de quorum qualificado de votação, conforme analisamos no item anterior. A respeito dessa problemática, registra Pedro Dallari:

(...) Tal preocupação não se manifestou na nova regra brasileira, que é omissa quanto aos documentos internacionais sobre direitos humanos já existentes anteriormente à promulgação da Emenda Constitucional 45, inclusive os tratados em que o Brasil é parte. Essa omissão não é desprovida de consequências, 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 quórum na aprovação legislativa acaba por endossar a interpretação de que as disposições do § 2º. Do art. 5º, vigentes desde a promulgação da Constituição, em 1998, 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.⁶⁴

Ressalte-se, ademais, que outros problemas são apontados pela doutrina no que diz respeito à entrada em vigor do mencionado parágrafo 3º do artigo 5º da Carta Magna. Dentre eles, oportuno mencionar a questão da constitucionalidade material das normas consagradoras de direitos fundamentais, insculpida no parágrafo 2º do mesmo artigo 5º, que simplesmente foi ignorada pela nova regra constitucional.

Isto porque, seguindo o raciocínio empregado pelo constituinte reformador, àqueles tratados internacionais que forem recepcionados por maioria simples no Congresso Nacional, a despeito de versarem sobre matéria constitucional – como é o caso dos tratados de proteção dos direitos humanos – será atribuído *status* de lei ordinária. Nesse sentido alerta José Carlos Francisco:

(...) Porém, houve certa falta de percepção ao Constituinte Reformador, na elaboração da Emenda Constitucional 45, ao cuidar do tema ora analisado, o qual poderia ter sido inserido no art. 60 da Constituição de 1988 (que cuida de processo de emenda constitucional), dando maior amplitude em sua redação, pois, mesmo que o tema versado por esses atos internacionais tenha conteúdo essencialmente constitucional (como, por exemplo, o reconhecimento das decisões normativas ou diretivas fixadas por organismos internacionais globais

⁶⁴ DALLARI, PEDRO B. DE ABREU. *Tratados Internacionais na Emenda Constitucional 45 in* TAVARES, ANDRÉ RAMOS; LENZA, PEDRO; ALARCÓN, PIETRO DE J. LORA. *Reforma do Judiciário Analisada e Comentada*, São Paulo: Editora Método, 2005, p. 91.

ou comunitários, como o Mercosul, amparado na integração política prevista no art. 4.º, parágrafo único, da Constituição vigente), esses tratados e demais atos tendem a permanecer como diplomas com hierarquia de lei ordinária (ou excepcionalmente complementar), celebrados pelo Presidente da República (art. 84, VIII, da Constituição de 1988), ratificados pelo Congresso Nacional por Decreto Legislativo (art. 49, I, do Ordenamento de 1988), mediante maioria simples (art. 47 da Constituição), sujeitos à troca dos respectivos instrumentos de ratificação, e, afinal, com promulgação e publicação por decreto presidencial (conforme costume constitucional).⁶⁵

Resta evidente, portanto, verdadeiro paradoxo instaurado pelo novo preceito constitucional: De um lado, o referido dispositivo atribui aos tratados internacionais de direitos humanos - recepcionados pelo procedimento de emenda constitucional - estatura de norma constitucional; de outro, silencia a respeito da hierarquia das normas daqueles documentos ratificados antes da edição da Emenda 45, assim como nega a constitucionalidade daqueles tratados materialmente constitucionais que eventualmente forem incorporados sem o necessário quórum qualificado.

4.3.2. Implicações Teóricas e a questão da Denúncia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos

Várias teorias surgiram com o propósito de solucionar a polêmica do famoso parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal, e de harmonizá-lo com os demais dispositivos constitucionais e com o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Entretanto, ainda se observa certa dificuldade por parte da doutrina em “encaixar” o novo dispositivo legal no cenário jurídico atual, senão vejamos.

Para Pedro B. de Abreu Dallari, por exemplo, o novo preceito constitucional divide os tratados internacionais de direitos humanos em duas categorias. Aqueles que forem incorporados através da sistemática própria das emendas constitucionais terão *status* constitucional; aqueles, porém, que forem recepcionados por maioria simples no Congresso Nacional, força de lei terão. Segundo o autor:

Com a nova regra do § 3º. Do art. 5º, reintroduziu-se no Brasil o sistema de lista de tratados, presente anteriormente na Constituição do Império. Na Carta de

⁶⁵ FRANCISCO, JOSÉ CARLOS. *Reforma do Judiciário* in TAVARES, ANDRÉ RAMOS; LENZA, PEDRO; ALARCÓN, PIETRO DE J. LORA. *Reforma do Judiciário Analisada e Comentada*. Op. Cit., p. 102.

1824, distinguia-se entre tratados que necessitavam da aprovação do parlamento previamente à sua ratificação – aqueles que envolvessem cessão ou troca de territórios – e os demais, sujeitos exclusivamente ao arbítrio do Imperador. Com a Emenda Constitucional 45, a distinção diz respeito a outro critério, qual seja, ao plano de inserção do tratado no quadro da hierarquia das normas jurídicas, admitindo-se tratados com *status* de regra constitucional – aqueles de direitos humanos expressamente recepcionados nessa condição hierárquica privilegiada -, mas reservando-se aos restantes situação equivalente à das leis.⁶⁶

Em que pese à fidelidade ao novo texto constitucional e a coerência apontada pelo autor, não podemos concordar com essa posição, uma vez que defendemos neste trabalho a idéia de que todos os tratados internacionais de direitos humanos possuem estatura constitucional, independentemente do quórum qualificado para sua aprovação.

A esse respeito, interessante é a observação de José Carlos Francisco, ao concluir que:

(...) Assim, como os direitos humanos representam prerrogativas indispensáveis, esse aspecto evidencia a importância da compreensão dos preceitos que dispõem sobre esses temas sempre com a maior abrangência possível. Contextualizando a máxima da efetividade com os tratados internacionais anteriores à Emenda 45, negar hierarquia constitucional a esses atos internacionais (atribuindo-lhes força normativa de lei ordinária) significa violentar a própria lógica que impulsionou o Constituinte Reformador a introduzir o § 3º. No art. 5º, do Ordenamento de 1988, vale dizer, os imperativos que exigem a realização dos direitos humanos na realidade concreta, afastando suas previsões normativas do alcance do legislador ordinário com a imposição de *status* constitucional aos comandos decorrentes de diplomas internacionais já ratificados pela ordem jurídica brasileira (aliás, um dos princípios que orientam as relações internacionais da República Federativa do Brasil, conforme o art. 4º, II, do Ordenamento Constitucional de 1988).⁶⁷

Para Flávia Piovesan, por sua vez, a nova regra fortaleceu a constitucionalidade material dos tratados internacionais de direitos humanos - anteriormente reconhecida por força do parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição -, pois atribuiu-lhes a constitucionalidade formal, de tal sorte que, uma vez incorporados pelo processo de emenda constitucional, os referidos tratados passarão a ser material e formalmente constitucionais.

⁶⁶ DALLARI, PEDRO B. DE ABREU. Op. Cit., p. 90.

⁶⁷ FRANCISCO, JOSÉ CARLOS. Op. Cit., p. 103.

Segundo a autora, todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais, mas o que os diferencia é o fato de que os tratados apenas materialmente constitucionais são passíveis de denúncia, ao passo que os tratados material e formalmente constitucionais não o são, conforme analisa a seguir:

Vale dizer, com o advento do § 3 do art. 5 surgem duas categorias de tratados de direitos humanos: a) os materialmente constitucionais; e b) os material e formalmente constitucionais. Frise-se: todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força do § 2 do art. 5. Para além de serem materialmente constitucionais, poderão, a partir do § 3 do mesmo dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se às emendas à Constituição, no âmbito formal. Ainda que todos os tratados de direitos humanos sejam recepcionados em grau constitucional, por veicularem matéria e substância essencialmente constitucional, importa realçar a diversidade de regimes jurídicos que se aplica aos tratados apenas materialmente constitucionais e aos tratados que, além de materialmente constitucionais, também são formalmente constitucionais. E a diversidade de regimes jurídicos atém-se à denúncia, que é o ato unilateral pelo qual um Estado se retira de um tratado. Enquanto os tratados materialmente constitucionais podem ser suscetíveis de denúncia, os tratados material e formalmente constitucionais, por sua vez, não podem ser denunciados.⁶⁸

Mais uma vez, discordamos da postura adotada pela doutrina. Embora a autora tenha reconhecido que todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais, acabou por admitir que documentos relativos à proteção dos direitos humanos possam ser denunciados pelos Estados-signatários quando forem apenas materialmente constitucionais, vale dizer, quando forem incorporados por maioria simples no Congresso Nacional.

Com todo o respeito à Ilustre jurista, entendemos que tratados relativos à proteção dos direitos humanos não podem, em hipótese alguma, serem denunciados pelo Estado que os assumiu.

Ora, não faria sentido algum reconhecer que os direitos fundamentais possuem uma proteção reforçada, que são irrenunciáveis pelo seu titular, e, ao mesmo tempo, admitir que as normas consagradoras desses direitos fundamentais, reconhecidas

⁶⁸ PIOVESAN, FLÁVIA. *Reforma do Judiciário e Direitos Humanos* in TAVARES, ANDRÉ RAMOS; LENZA, PEDRO; ALARCÓN, PIETRO DE J. LORA. *Reforma do Judiciário Analisada e Comentada*. Op. Cit., p. 102.

internacionalmente, possam ser denunciadas pelo Estado que se obrigou, no plano nacional e internacional, a cumpri-las.

De outra feita, a possibilidade de denúncia de um tratado internacional de proteção dos direitos humanos, senão absurda, nos parece contrária à própria idéia de proteção dos direitos fundamentais e ao princípio da máxima efetividade que os cerca.

Assim, a posição que mais se aproxima com a defendida neste trabalho é aquela que reconhece a constitucionalidade material de todos os tratados internacionais de direitos humanos, como suficiente para garanti-los a proteção reforçada que a natureza dos direitos fundamentais exige, sem a necessidade de um processo solene de incorporação, levando-se em conta a máxima efetividade dos direitos fundamentais, e o fato de se aplicarem direta e imediatamente no ordenamento jurídico brasileiro.

Considerações Finais

O Direito Constitucional Brasileiro abriu as portas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, ao ratificar importantes tratados internacionais relativos à proteção dos direitos humanos.

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, parágrafo 2º, recepcionou esses tratados internacionais de direitos humanos atribuindo-lhes estatura de norma constitucional, ao reconhecer que os direitos fundamentais nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

Atribuiu-se a esses documentos internacionais a chamada constitucionalidade material, haja vista tratem de matéria constitucional, uma vez que cuidam de temas relacionados aos direitos fundamentais, essenciais à dignidade humana.

Essa questão, contudo, não é pacífica, havendo quem considere que referidos tratados possuem natureza infraconstitucional, podendo ser revogados por lei posterior e eles contrária.

Para tentar solucionar a controvérsia, a reforma do Judiciário, introduzida pela Emenda Constitucional 45/2004, adicionou ao artigo 5º da Constituição o novo parágrafo 3º, que prevê que àqueles tratados internacionais de direitos humanos que forem recepcionados com quórum qualificado próprio das emendas constitucionais - três quintos dos votos, em casa do Congresso, em dois turnos de votação -, será atribuído *status* de norma constitucional.

Entretanto, o novo dispositivo constitucional, ao invés de solucionar o problema, criou verdadeiro paradoxo, pois, se de um lado garantiu a constitucionalidade daqueles tratados recepcionados pelo procedimento de emenda constitucional; de outro, silenciou a respeito da hierarquia das normas constantes naqueles documentos ratificados antes da edição da Emenda 45 ou daqueles que por ventura não forem recepcionados com quórum qualificado.

Vale dizer, a norma supracitada sugere que tais tratados permaneceriam com estatura de lei Federal, uma vez que foram recepcionados por maioria simples pelo Congresso Nacional.

Ocorre que, ao dispor desta forma, o constituinte reformador ignorou por completo a previsão contida no parágrafo 2º do mesmo dispositivo constitucional, que já previa a recepção dos tratados internacionais de direitos humanos como normas materialmente constitucionais, independentemente de quórum qualificado.

Ignorou também a previsão contida no § 1º do mencionado artigo 5º, que garante a incorporação automática dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico interno, ao prever expressamente a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais.

Isso sem contar o regime jurídico próprio dos direitos fundamentais, que atribui às suas normas diversas garantias reforçadas, como a vedação do retrocesso, o manto da cláusula pétrea, a possibilidade de aplicação direta e imediata e o princípio da máxima efetividade.

Desta forma, nos posicionamos no sentido de que todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais e são incorporados diretamente no ordenamento jurídico interno, sem a necessidade de intervenção legislativa, tampouco de quórum qualificado.

Outrossim, entendemos que a constitucionalidade material desses tratados é suficiente para garanti-los a proteção reforçada que a natureza dos direitos fundamentais exige, bem como para considerá-los verdadeiros parâmetros de constitucionalidade.

Consideramos, pois, que a edição do parágrafo 3º foi um verdadeiro retrocesso em nosso Direito Constitucional, na medida em que anula a constitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados antes da promulgação da emenda 45, dificulta o processo de incorporação dos novos tratados que o Brasil vier a fazer parte, e viola outros preceitos constitucionais, dentre eles os parágrafos 1º e 2º do mesmo artigo 5º em que está inserido.

Assim, em que pesem os esforços da moderna doutrina constitucional em harmonizar o novo dispositivo constitucional no cenário jurídico atual, entendemos que não há interpretação possível que o torne o viável.

Diante de todo o exposto, concluímos que o referido parágrafo 3º do artigo 5º da Lei Fundamental é inconstitucional e, como tal, deve assim ser declarado pelo Supremo Tribunal Federal ou, então, ser considerado pelos aplicadores e estudiosos do Direito como verdadeira “letra morta” em nossa Constituição.

Referências Bibliográficas

- BARROSO, LUIZ ROBERTO; BARCELLOS, ANA PAULA. *O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro in Temas de Direito Constitucional*, t. III, 2005.
- BASTOS, CELSO RIBEIRO. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.
- BRANCO, PAULO GUSTAVO G. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais in MENDES, GILMAR F.; COELHO, INOCÊNCIO M.; BRANCO, PAULO GUSTAVO G. Curso de Direito Constitucional*, 5º ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, São Paulo: Saraiva, 2009.
- BONAVIDES, PAULO. *Curso de Direito Constitucional*, 23ª Edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- BEDÊ, FAYGA SILVEIRA. *Sísifo no Limite do Imponderável ou Direitos Sociais Como Limites ao Poder Reformador in BONAVIDES, PAULO; LIMA, FRANCISCO GÉRSO M. DE; BEDÊ FAYGA SILVEIRA. Constituição e Democracia – Estudos em Homenagem ao Professor J.J Gomes Canotilho*, São Paulo: Malheiros, 2006.
- CANOTILHO, J.J GOMES. *Direito Constitucional e a Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2009.
- CLÈVE, CLEMERSON MERLIN, *Direito Constitucional, Novos Paradigmas, Constituição Global e Processos de Integração in Constituição e Democracia- Estudos em Homenagem ao Professor J.J Gomes Canotilho*, São Paulo: Malheiros, 2006.
- COELHO, INOCÊNCIO MÁRTIRES. *Ordenamento Jurídico, Constituição e Norma Fundamental in MENDES, GILMAR F.; COELHO, INOCÊNCIO M.; BRANCO, PAULO GUSTAVO G. Curso de Direito Constitucional* 23ª Edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

DALLARI, PEDRO B. DE ABREU. *Tratados Internacionais na Emenda Constitucional 45* in TAVARES, ANDRÉ RAMOS; LENZA, PEDRO; ALARCÓN, PIETRO DE J. LORA. *Reforma do Judiciário Analisada e Comentada*, São Paulo: Editora Método, 2005.

FRANCISCO, JOSÉ CARLOS. *Reforma do Judiciário e Direitos Humanos* in TAVARES, ANDRÉ RAMOS; LENZA, PEDRO; ALARCÓN, PIETRO DE J. LORA. *Reforma do Judiciário Analisada e Comentada*. São Paulo: Editora Método, 2005.

GORDILLO, AGUSTÍN. *Derechos Humanos, Doctrina, Casos y Materiales: Parte General*. Buenos Aires: Fundacion de Derecho Administrativo, 1990.

HESSE, KONRAD. *A Força Normativa há Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991

MAZZUOLI, VALÉRIO DE OLIVERIA (Coord.). *Coletânea de Direito Internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Convenção Americana de Direitos Humanos*.

_____. *Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados*.

_____. *Convenção Interamericana Para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher*.

_____. *Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados*.

_____. *Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher*.

_____. *Convenção Sobre os Direitos da Criança*.

_____. *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*.

_____. *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*.

MAZZUOLLI, VALÉRIO DE OLIVEIRA. *Direitos Humanos e Relações Internacionais*, Campinas: Agá Júris, 2000.

MELLO, CELSO D. DE ALBUQUERQUE. *Curso de Direito Internacional, volume I*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

- MIRANDA, JORGE. *Manual de Direito Constitucional. Tomo IV – Direitos Fundamentais*, 3ª Edição, rev. e atual., Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- PIOVESAN, FLÁVIA. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, São Paulo: Saraiva, 2007.
- PIOVESAN, FLÁVIA. *Reforma do Judiciário e Direitos Humanos* **in** TAVARES, ANDRÉ RAMOS; LENZA, PEDRO; ALARCÓN, PIETRO DE J. LORA. *Reforma do Judiciário Analisada e Comentada*. São Paulo: Editora Método, 2005.
- REZEK, JOSÉ FRANCISCO. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SARLET, INGO WOLFGANG. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SARLET, INGO WOLFGANG *Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: Manifestação de um Constitucionalismo Dirigente Possível* **in** BONAVIDES, PAULO; LIMA, FRANCISCO GÉRSO M. DE; BEDÊ FAYGA SILVEIRA. *Constituição e Democracia – Estudos em Homenagem ao Professor J.J Gomes Canotilho*, São Paulo: Malheiros, 2006.
- STF. Apelação Cível nº 9.587. Min. Relator: Min. Antonio Carlos Lafayette de Andrade. Data do Julgamento: 21/08/1951. (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>> Acesso em: 20 out.2011).
- STF: *Habeas Corpus* nº 70.398-5/SP. Min. Relator: Min. Sydney Sanches; Min. Relator para o acórdão: Min. Celso de Mello; Data do Julgamento: 23/06/1994; Data da Publicação 10/08/2011. (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>> Acesso em: 20 out.2011).
- STF. *Habeas Corpus* nº 87.585-8/TO. Min. Relator: Min. Marco Aurélio; Data de Julgamento 03/12/2008; Data da Publicação 26/06/2009. (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>> Acesso em: 20 out.2011).

TRINDADE, ANTONIO AUGUSTO CANÇADO *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, I volume, 2º Ed., rev. e atual.* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

TRINDADE, ANTONIO AUGUSTO CANÇADO. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil.* Brasília: Universidade de Brasília, 1998.