

A Incorporação e a Hierarquia dos Direitos Fundamentais Sediados em Tratados Internacionais

OSVALDO FERREIRA DE CARVALHO

Mestre em Direito pela PUC-Goiás, Advogado, Professor da PUC-Goiás.

DOI: 10.11117/22361766.40.01.05

Submissão: 07.12.2010

Parecer 1: 07.07.2011

Parecer 2: 07.07.2011

Decisão Editorial: 07.07.2011

RESUMO: O presente artigo analisa a incorporação e a hierarquia dos direitos fundamentais sediados em tratados internacionais ao considerar o seu impacto jurídico no Direito brasileiro. Conquanto as normas de direito internacional suscitem discussões sobre a forma de recepção e hierarquia no Direito interno, têm crescente e decisiva importância na tutela dos direitos fundamentais. Além disso, este artigo dedica-se a entender a progressiva constitucionalização do direito internacional, visto que os direitos fundamentais devem ser tratados no âmbito de um direito constitucional integrado (ou globalizado).

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais; tratados internacionais; incorporação. hierarquia.

ABSTRACT: The article examines the incorporation and the hierarchy of fundamental rights based on international treaties to consider their legal impact in Brazilian law. While the norms of international law give rise to discussions on how to receive and hierarchy in domestic law, are growing and decisive importance in the protection of fundamental rights. Additionally, this article is dedicated to understanding the progressive constitutionalization of international law, as fundamental rights (included the social rights) should be treated under a constitutional right integrated (or globalized).

KEYWORDS: Fundamental rights; international treaties; incorporation; hierarchy.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Constitucionalização dos direitos fundamentais e sua abertura material; 2 A vertente que reconhece a natureza supraconstitucional dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos; 3 O posicionamento que atribui o caráter constitucional a esses diplomas internacionais; 4 A corrente que atribui *status* de lei ordinária aos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos; 5 A corrente que atribui caráter supralegal aos tratados e às convenções sobre direitos humanos; 6 A corrente que propugna a equivalência com as emendas constitucionais, se aprovados pelo *quorum* previsto no § 3º do artigo 5º da CF/1988, e força jurídica de lei ordinária, se aprovados por maioria simples do Congresso Nacional; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

A Constituição brasileira de 1988 (art. 5º, § 2º), ao dar seguimento a uma tradição inaugurada na Constituição de 1891 (art. 78), prevê que os

direitos e garantias expressos em seu texto “[...] 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” (art. 5º, § 2º, *in fine*)¹.

Importa indagar qual o significado e o alcance deste preceito constitucional. Poder-se-ia afirmar que, ante a inserção dele na Constituição brasileira, esta acolheu o princípio da abertura material dos direitos fundamentais, de modo que admitisse a existência de direitos fundamentais implícitos e decorrentes ou fora da Constituição?

Este artigo elucidará e demonstrará que os direitos fundamentais não se limitam, conforme os argumentos que seguem, àqueles tipificados na Constituição, sobretudo quando ela contém cláusula aberta de direitos fundamentais ao admitir que outros direitos, além daqueles previstos por ela, possam existir, seja em razão de decorrerem do regime e dos princípios que adota, seja em razão de decorrerem dos tratados internacionais nos quais o Estado brasileiro seja parte.

Além disso, este trabalho tem como escopo analisar o impacto da Emenda Constitucional nº 45/2004, que acrescentou o § 3º ao art. 5º da Constituição Federal de 1988, bem como as implicações sobre a incorporação e a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica interna.

1 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA ABERTURA MATERIAL

Canotilho, após acenar para a necessidade de uma positivação jurídica dos direitos fundamentais ao significar a incorporação na ordem jurídico-positiva dos direitos considerados naturais e inalienáveis do indivíduo, assevera a necessidade de assinalar-lhes a dimensão de *fundamental rights* colocados no vértice (topo, ápice) das fontes de direito: as normas constitucionais². Segundo ele, sem essa positivação jurídica,

[...] os “direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política”, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (*Grundrechtsnormen*).³

O ínclito jurista lusitano menciona Cruz Villalon, para quem onde não existir constituição não haverá direitos fundamentais e, além disso, esse

1 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 15. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2010. p. 24.

2 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 377.

3 Idem, *ibidem*.

autor conclui, ao afirmar que “[...] os direitos fundamentais são-no, como tais, à medida que encontram reconhecimento nas constituições formais e desse reconhecimento se derivem consequências jurídicas”⁴. Canotilho adverte, por outro lado, que um “discurso como este correria, porém, o risco de ser uma narrativa positivisticamente fechada em clara ‘dessintonia’ com as premissas básicas de um sistema aberto de regras e princípios”⁵.

Para Canotilho, a positivação constitucional não significa que os direitos fundamentais deixem de ser elementos constitutivos da legitimidade constitucional e, por conseguinte, elementos legítimo-fundamentadores da própria ordem jurídico-constitucional positiva, nem que a simples positivação jurídico-constitucional tornem-nos, só por si, realidades jurídicas efetivas (p. ex. catálogo de direitos fundamentais em constituições meramente semânticas⁶). Essa ideia, de acordo com o jurista lusitano, fica mais bem esclarecida se aprofundar o sentido das categorias *constitucionalização* e *fundamentalização* desses direitos, os quais são aspectos importantes para o reconhecimento jurídico deles⁷.

Designa-se por constitucionalização a incorporação de direitos subjetivos do homem nas constituições formais. Para Canotilho, a constitucionalização tem como consequência mais notória a proteção dos direitos fundamentais mediante o controle jurisdicional da constitucionalidade dos atos normativos reguladores desses direitos. Por isso e para isso, os direitos fundamentais, segundo o jurista lusitano, devem ser compreendidos, interpretados e aplicados como normas jurídicas vinculativas e não como trechos ostentatórios ao jeito das grandes declarações de direitos⁸.

A categoria da fundamentalização (diga-se fundamentalidade), que o ilustre jurista lusitano define com base nas lições de Robert Alexy, é a especial consideração dedicada à proteção de certos direitos, que pode

4 VILLALON, 1989 apud CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., p. 377.

5 Canotilho, 2003, p. 377.

6 Segundo Pedro Lenza, as *constituições semânticas* são simples reflexos da realidade política, servindo como mero instrumento dos donos do poder e das elites políticas, sem limitação do seu conteúdo (LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 28). Vale assinalar as ponderações de Uadi Lammêgo Bulos, para quem as *constituições semânticas* encontram-se submetidas ao poder político prevalecente. De acordo com este autor, “trata-se de um documento formal criado para beneficiar os detentores do poder de fato, que dispõem de meios para coagir os governados. Se inexistisse constituição formal ou escrita, a vida institucional não sentiria qualquer diferença. O aparato coativo do Estado, posto ao dispor dos poderosos, funcionaria do mesmo jeito, a fim de privilegiá-los de alguma maneira. Karl Loewenstein compara a carta semântica a uma roupa que não veste bem, mas dissimula, esconde, disfarça os seus defeitos” (BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 40). Canotilho ensina que as *constituições semânticas* são “constituições de fachada”, pois, para ele, não é pelo fato de existir um documento designado constituição que temos uma constituição. Esta existe, conforme lição do expoente jurista, quando o documento contém regras jurídicas materialmente consideradas como “boas”, “valiosas” ou “intrinsecamente legítimas” (Canotilho, 2003, p. 1131).

7 Canotilho, 2003, p. 378.

8 Idem, ibidem.

ocorrer tanto em um sentido formal quanto em um sentido material⁹. Embora tenham sido definidos em momentos atrás, cumpre assinalar aqui sua importância para o desenvolvimento deste tópico ao serem delineados, com outras palavras, a fim de adentrar com profundidade na concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.

Em um sentido formal, a fundamentalidade, normalmente associada à constitucionalização, produz as seguintes consequências: (a) as normas que definem os direitos fundamentais são consideradas normas fundamentais situadas no ápice do ordenamento jurídico, (b) por essa razão, sujeitam-se a procedimento especial de reforma, (c) manifestam-se, em regra, como limites materiais ao poder de reforma e, (d) finalmente, vinculam imediatamente os poderes públicos.

Agora, em um sentido material, que aqui interessa, a fundamentalidade dá ênfase ao conteúdo dos direitos. Assim, se o direito, em razão de seu conteúdo, é indispensável para a constituição e manutenção das estruturas básicas do Estado e da sociedade, sobretudo no que refere à posição neles ocupada pela pessoa, ele é fundamental, independentemente de ser constitucionalizado. A ideia de fundamentalidade material pode estar ou não associada à constituição escrita. Ela decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento decisivamente constitutivo da Constituição material ao conter decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade. Por esse motivo, como leciona Canotilho, só a ideia de fundamentalidade material pode fornecer suporte para:

- 1) a abertura da constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados, isto é, direitos materialmente mas não formalmente fundamentais (cf. CRP, art. 16^o/1^o);
- 2) a aplicação a estes direitos só materialmente constitucionais de alguns aspectos do regime jurídico inerente à fundamentalidade formal;
- 3) a abertura a novos direitos fundamentais.¹⁰

De fato, do mesmo modo que há uma constituição formal e uma constituição material, pode-se conceber, igualmente, a existência de direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material.

Assim, apreende-se desta lição que os direitos podem ser formal e/ou materialmente fundamentais¹¹. Serão formal e materialmente fundamentais

9 Idem.

10 Idem, p. 379.

11 Nesse sentido: ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 75-97; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito*

quando, visto serem relevantes para o Estado e para a sociedade, eles forem incorporados a uma constituição escrita. Serão apenas formalmente fundamentais quando estiverem, só por isso, inseridos em um Texto Constitucional escrito, embora não representem importância para o Estado e para a sociedade, ou seja, não se enquadram, por sua substância e importância, no conceito material dos direitos fundamentais. Finalmente, na esteira do pensamento de Dirley da Cunha Júnior, serão materialmente fundamentais quando, ainda que revelassem, por seu conteúdo, imprescindíveis para as estruturas básicas do Estado e da sociedade, não estiverem constitucionalizados¹². É importante aclarar, consoante lição de Ingo Wolfgang Sarlet, que, a despeito de não estar necessariamente ligada à fundamentalidade formal, é por meio do direito constitucional positivo (art. 5º, § 2º, da CF/1988) que a ideia de fundamentalidade material permite a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não previstos no seu texto¹³.

Importa averiguar se a Constituição brasileira contém cláusula aberta que permita acolher os chamados direitos materialmente fundamentais, ou direitos fundamentais em sentido material, que são aqueles não previstos expressamente por ela, mas que, por força de sua essencialidade, isto é, de seu conteúdo e importância para sobrevivência e convivência digna do homem em sociedade, são direitos fundamentais, detentores da mesma dignidade dos direitos constitucionalizados¹⁴.

A essa abertura material denomina-se, com arrimo em lição de Jorge Miranda, de “não tipicidade de direitos fundamentais”¹⁵. Em razão dela, a doutrina entende que a Constituição brasileira reconhece a fundamentalidade material dos direitos fundamentais à medida que se associou a um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais¹⁶. Desse modo,

constitucional. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 523-524; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 88-96 – este último jurista citado entende ser mais adequada a posição que sustenta existir apenas duas espécies de direitos fundamentais: (1) direitos formal e materialmente fundamentais (ancorados na constituição formal); (2) direitos apenas materialmente fundamentais (sem assento no Texto Constitucional). Em sentido contrário, tem-se a opinião de Jorge Miranda para quem “[...] todos os direitos fundamentais em sentido formal são também direitos fundamentais em sentido material” (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra, t. 4, 2000. p. 9).

12 Cunha Júnior, 2008, p. 618.

13 Sarlet, 2007, p. 89.

14 Idem, p. 100-101.

15 Miranda, 2000, p. 162. Essa cláusula aberta é também chamada por José Carlos Vieira de Andrade de *não identificação* (Andrade, 2004, p. 75).

16 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 55-57; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 662-663; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007. p. 685; TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 420; SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 93 et seq.

são contraditórias na Constituição brasileira, segundo lição de Dirley da Cunha Júnior, não só os direitos formal e materialmente fundamentais (a maioria dos direitos fundamentais previstos no catálogo, visto que estão ancorados na constituição formal), mas também os direitos só formalmente fundamentais (de que são exemplos os contidos no art. 5º, incisos XXVIII e XXIX, e art. 7º, incisos XI e XXIX) e tão só materialmente fundamentais (estes situados fora do catálogo da Constituição ou até mesmo fora da própria Constituição, como se verá, identificados pelo conteúdo comum baseado no princípio da dignidade da pessoa humana – art. 1º, III, da CF/1988)¹⁷.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, a regra do art. 5º, § 2º, da CF/1988 traduz o entendimento de que, para além do conceito formal de constituição (e de direitos fundamentais), há um conceito material, no sentido de existirem direitos que, por seu conteúdo, por sua substância, pertencem ao corpo fundamental da constituição de Estado, mesmo não constando no catálogo¹⁸. Para o referido jurista, o rol do art. 5º da Constituição brasileira, apesar de analítico, não tem cunho taxativo, ou seja, é sempre exemplificativo. E assinala que o alcance do art. 5º, § 2º, da Constituição brasileira não é o de restringir, mas o de ampliar e completar o catálogo de direitos fundamentais a fim de viabilizar a incorporação de outros direitos fundamentais que não tenham sido expressamente previstos¹⁹. Nesse sentido, cumpre consignar a opinião de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, para quem

[...] a enumeração desses direitos não nega outros, é sempre exemplificativa, jamais taxativa. Este é o sentido da cláusula segundo a qual a especificação constitucional de direitos e garantias “não exclui outros resultantes do regime e dos princípios” adotados. Há nisto o reconhecimento de direitos implícitos.²⁰

17 É o entendimento de Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 619). Vale lembrar a posição de José Carlos Vieira de Andrade, o qual defende a existência de direitos apenas formalmente fundamentais ao compreenderem os previstos no catálogo, mas, em virtude de sua substância e importância, não se enquadram no conceito material de direitos fundamentais. Saliente-se, todavia, que José Carlos Vieira de Andrade parte de uma presunção de materialidade dos direitos fundamentais consagrados na Constituição (Andrade, 2004, p. 77 et seq.). Em sentido diverso, Jorge Miranda defende o ponto de vista de acordo com o qual todos os direitos fundamentais em sentido formal (integrantes do catálogo) também são materialmente fundamentais, posição que parece ser a mais adequada (Miranda, 2000, p. 9).

18 Sarlet, 2007, p. 93.

19 Sarlet, 2007, p. 93, 97-98, 141. No mesmo sentido: Cunha Júnior, 2008, p. 622; Mazzuoli, 2007, p. 684; BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 411; MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 7. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2007. p. 406-407.

20 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 30. Segundo lição de Dirley da Cunha Júnior, “[...] essa é a verdadeira inteligência que se extrai da dicção do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, que encerra uma ‘cláusula materialmente aberta’ ou ‘cláusula inesgotável’ ou uma ‘norma de *fattispecie* aberta’ de direitos fundamentais, o que demonstra a não tipicidade desses direitos” (Cunha Júnior, 2008, p. 622).

A cláusula de abertura material insculpida no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal enseja a identificação de dois grandes grupos de direitos fundamentais: 1º) os direitos fundamentais expressos ou expressamente positivados ou escritos, que compreendem (a) os direitos expressamente previstos no catálogo de direitos fundamentais (Título II) ou em outras partes do Texto Constitucional – direitos com *status* constitucional, material e formal, e (b) os direitos fundamentais sediados em tratados internacionais em que o Brasil seja parte; 2º) os direitos fundamentais não expressos ou não expressamente positivados ou não escritos que alcançam (a) os direitos implícitos subentendidos das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais expressas, e (b) os direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, considerados o regime e os princípios previstos no Título I²¹.

Ora, ao prescrever que “os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes [...] dos tratados internacionais”, a Constituição Federal está a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Esse processo de inclusão implica a incorporação pelo Texto Constitucional de tais direitos²². A Constituição de 1988 inova ao incluir entre os direitos constitucionalmente protegidos os direitos fundamentais sediados nos tratados internacionais que o Estado brasileiro seja signatário. Essa disposição constitucional ensejou uma instigante discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o *status* normativo dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, a qual pode ser sistematizada em cinco correntes principais, a saber:

1. a vertente que reconhece a natureza *supraconstitucional* dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos²³;
2. o posicionamento que atribui o caráter *constitucional* a esses diplomas internacionais²⁴;
3. a tendência que reconhece o *status* de *lei ordinária* a esse tipo de documento internacional²⁵;

21 Cunha Júnior, 2008, p. 622-623.

22 Piovesan, 2006, p. 52.

23 Mello, 1999 apud Cunha Júnior, 2008, p. 625; ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 129-130.

24 Cunha Júnior, 2008, p. 625; Piovesan, 2006, p. 72-74; Sarlet, 2007, p. 145-147, 160; Lenza, 2008, p. 162; Mazzuoli, 2007, p. 694; LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*. São Paulo: Manole, 2005. p. 16-18; e a posição firmada pelo Ministro Celso de Mello, no voto proferido, em 12.03.2008, no RE 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, *Informativo* n. 498/STF, de 19.03.2008.

25 Ferreira Filho, 2006, p. 101-102; BULOS, Uadi Lammêgo. Op. cit., p. 413-414; decisão paradigmática do STF: RE 80.004/SE, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, J. 01.06.1977, DJ 29.12.1977 – antes da CF/1988;

4. a interpretação que atribui caráter *supralegal* aos tratados e convenções sobre direitos humanos²⁶;
5. por fim, em razão da EC 45/2004, os que propugnam a existência de duas categorias de tratados internacionais, caso incorporem no Direito brasileiro normas de direitos humanos: equivalentes as *emendas constitucionais* se aprovados pelo *quorum* previsto no § 3º, do art. 5º, da CF/1988 e força jurídica de *lei ordinária* se aprovados por maioria simples do Congresso Nacional.²⁷

2 A VERTENTE QUE RECONHECE A NATUREZA SUPRACONSTITUCIONAL DOS TRATADOS E CONVENÇÕES EM MATÉRIA DE DIREITOS HUMANOS

A primeira vertente professa que os tratados de direitos humanos possuiriam *status* supraconstitucional²⁸. Celso de Albuquerque Mello é um exemplar defensor da preponderância dos tratados internacionais de direitos humanos em relação às normas constitucionais, que não teriam, no seu entender, poderes revogatórios concernentes às normas internacionais. Em outros termos, nem mesmo emenda constitucional teria o condão de suprimir a normativa internacional subscrita pelo Estado em tema de direitos humanos. Eis a íntegra de seu pensamento:

[...] A Constituição de 1988, no § 2º do art. 5º, constitucionalizou as normas de direitos humanos consagradas nos tratados. Significando isto que as referidas normas são normas constitucionais [...]. Considero esta posição já como um grande avanço. Contudo, sou ainda mais radical no sentido de que *a norma internacional prevalece sobre a norma constitucional*, mesmo naquele caso em que uma norma constitucional posterior tente revogar uma norma internacional constitucionalizada. A nossa posição é a que está consagrada na jurisprudência e tratado internacional europeu de que se deve aplicar a norma mais benéfica ao ser humano, seja ela interna ou internacional.²⁹

ADIn 1.480-3/DF, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, J. 04.09.1997 – após a promulgação da CF/1988.

26 Art. 25 da Constituição da Alemanha, art. 55 da Constituição da França, art. 28 da Constituição da Grécia mencionado por: Lenza, 2008, p. 391; Mendes; Coelho, Gonet Branco, 2007, p. 665-666; e a posição firmada pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, no voto proferido, em 22.11.2006, no RE 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, *Informativo* n. 449/STF, de 29.11.2006.

27 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2007. p. 408-409.

28 Tratados com *status* supraconstitucional são aqueles que estão acima das constituições dos Estados. São tratados que regem relações do Estado ou do indivíduo com os órgãos da Justiça Global. Exemplo: Estatuto de Roma, de 1998, que criou o Tribunal Penal Internacional (GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Tratados internacionais: valor legal, supralegal, constitucional ou supraconstitucional? *Revista de Direito*, Valinhos/SP, v. XII, n. 15, p. 7-20, ago. 2009).

29 Mello, 1999 apud Cunha Júnior, 2008, p. 625 – grifo nosso.

Um argumento plausível é o vertido por Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, ao consignarem que o reformador da Constituição não ficou atado à novel disposição do § 3º do art. 5º da CF/1998, mas avançou ao acrescentar pela EC 45/2004 o § 4º do art. 5º da CF/1988, ao estabelecer que o Brasil deva se submeter à jurisdição de Tribunal Penal Internacional, criado pelo Estatuto de Roma³⁰, ao ter manifestado adesão. Segundo os insignes publicistas, cuida-se de um passo significativo no sentido da sedimentação de uma ordem transnacional de proteção dos direitos humanos. E arrematam ao declararem que a submissão do Brasil à jurisdição de Tribunais Penais Internacionais a cuja criação tenha manifestado adesão “[...] enuncia claramente que a Constituição encampa a concepção dos direitos humanos como *direitos de caráter supraconstitucional*, que sobrepujam, inclusive, a soberania dos países”³¹.

Segundo lapidar magistério de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, deve ser considerada a dificuldade de adequação dessa tese à realidade de Estados que, como o Brasil, estão fundados em sistemas regidos pelo princípio da supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico³². Entendimento diverso anularia a própria possibilidade do controle de constitucionalidade desses diplomas internacionais³³.

Ainda, de acordo com o magistério de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, os tratados e convenções devem ser celebrados em consonância não só com o procedimento formal descrito na Constituição Federal³⁴, mas respeitando o

30 O Estatuto de Roma é o tratado multilateral adotado em 17 de julho de 1998, em Roma, na Itália, ao criar o primeiro Tribunal Penal Internacional (TPI) ou Corte Penal Internacional (CPI) de caráter permanente da História. O documento entrou em vigor internacional no dia 1º de julho de 2002, passando a vigorar, para o Brasil, a partir de 1º de setembro do mesmo ano, tendo sido introduzido no ordenamento jurídico pátrio pelo Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. O seu estabelecimento significa um marco não só para a proteção internacional dos direitos humanos, como para o próprio Direito internacional.

31 Araujo; Nunes Júnior, 2007, p. 130 – grifo nosso.

32 De acordo com a lição de José Afonso da Silva, da rigidez constitucional emana, como principal consequência, o princípio da supremacia da constituição ao significar que a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do País, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos à medida que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. Para o expoente jurista, a supremacia material é reconhecida nas constituições costumeiras e nas flexíveis, cuja ideia é somente admissível sob o ponto de vista sociológico; no entanto, sob o ponto de vista jurídico, só é concebível a supremacia formal, que se apoia na regra da rigidez, de que é o primeiro e principal corolário; uma vez que a rigidez constitucional decorre da maior dificuldade para sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 45-46.

33 Mendes; Coelho; Gonet Branco, 2007, p. 655.

34 A aplicabilidade dos preceitos internacionais somente é possível a partir do momento em que cumpridos os requisitos solenes para a sua devida integração à ordem jurídico-constitucional, a saber: a) celebração do tratado ou convenção internacional; b) aprovação pelo Parlamento; c) ratificação pelo Chefe de Estado,

seu conteúdo material, especialmente em tema de direitos e garantias fundamentais³⁵.

Ainda, para os retrorreferidos publicistas, o argumento de que existe uma confluência de valores supremos protegidos nos âmbitos interno e internacional em matéria de direitos humanos não resolve o problema. A sempre possível ampliação inadequada dos sentidos possíveis da expressão “direitos humanos” poderia abrir uma via perigosa para uma produção normativa alheia ao controle de sua compatibilidade com a ordem constitucional interna. O risco de normatizações camufladas seria permanente³⁶.

Para os multicitados publicistas, a equiparação entre tratado e Constituição esbarraria, pois, na própria competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal (STF) para exercer o controle da regularidade formal e do conteúdo material desses diplomas internacionais perante a ordem constitucional nacional. Ressalte-se, porém, uma vez que esse tipo de controle possa ser exercido, não se podem olvidar as possíveis repercussões de uma declaração de inconstitucionalidade no âmbito do direito internacional³⁷.

É nesse contexto que se impõe, conforme lição dos referidos publicistas, a necessidade de utilização de uma espécie de *controle prévio*, o qual poderia impedir ou desaconselhar a ratificação do tratado de maneira que ofereça ao Poder Executivo possibilidades de renegociação ou aceitação com reservas. Essa ideia, apesar de todos os óbices do sistema brasileiro, já apresenta os elementos suficientes para a sua exequibilidade, visto que o decreto legislativo que aprova o instrumento internacional é passível de impugnação pela via da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) ou, ainda, pela via da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC). Esse controle de caráter preventivo é possível no Brasil³⁸.

a qual se conclui com a expedição de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (1º) a promulgação do tratado internacional; (2º) a publicação oficial de seu texto; e (3º) a executoriedade do ato internacional, que somente a partir desse momento passa a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno (idem, p. 656). No mesmo sentido, tem-se a preleção de Alexandre de Moraes ao aduzir a existência de 3 (três) fases para a incorporação de um ato ou tratado internacional no ordenamento jurídico interno: 1ª fase: compete privativamente ao Presidente da República celebrar todos os tratados, convenções e atos internacionais (CF, art. 84, VIII); 2ª fase: é de competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional (CF, art. 49, I). A deliberação do Parlamento será realizada mediante a aprovação de um *decreto legislativo*, devidamente promulgado pelo Presidente do Senado Federal e publicado; 3ª fase: edição de um decreto do Presidente da República, promulgando o ato ou tratado internacional devidamente ratificado pelo Congresso Nacional. É nesse momento que adquire executoriedade interna a norma inserida pelo ato ou tratado internacional, podendo, inclusive, ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade (Moraes, 2007, p. 408-409).

35 Mendes; Coelho; Gonet Branco, 2007, p. 656.

36 Idem, ibidem.

37 Idem.

38 Idem, p. 657.

3 O POSICIONAMENTO QUE ATRIBUI O CARÁTER *CONSTITUCIONAL* A ESSES DIPLOMAS INTERNACIONAIS

Assim, ante todos os inconvenientes resultantes da eventual supremacia dos tratados na ordem constitucional, há quem defenda o segundo posicionamento, o qual sustenta que os tratados ou convenções internacionais de direitos humanos possuiriam estatura constitucional.

Essa tese entende o § 2º do art. 5º da Constituição Federal como uma *cláusula aberta de recepção* de outros direitos enunciados em tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil. Segundo Flávia Piovesan, por força do § 2º do art. 5º do Texto Maior, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do *quorum* de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade³⁹. O *quorum* qualificado de três quintos dos votos dos membros em cada Casa do Congresso Nacional (nos termos do art. 5º, § 3º, da CF/1988) está tão somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados ao propiciar a constitucionalização formal dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno. Para a ilustre autora, na hermenêutica emancipatória dos direitos, há que imperar uma lógica material e não formal, orientada por valores, a celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade da pessoa humana. À hierarquia de valores deve corresponder uma hierarquia de normas, e não o oposto. A preponderância material de um bem jurídico, como é o caso de um direito fundamental, deve condicionar a forma no plano jurídico-normativo, e não ser condicionado por ela⁴⁰.

39 Conforme profícua lição de Kildare Gonçalves Carvalho, entende-se por *bloco de constitucionalidade*, conceito desenvolvido no constitucionalismo francês por Louis Favoreu, na década de 1970, tudo o que compõe o ordenamento jurídico com *status* constitucional. O bloco de constitucionalidade traduz a ideia de unidade e solidez e se refere ao conjunto de princípios e regras não inscritos na Constituição, situados no mesmo nível da Constituição, portanto, de valor constitucional, cujo respeito se impõe à lei, e que não podem ser divididos (CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 12. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 261). Vale assinalar, ainda, em conformidade com a análise de Kildare Gonçalves Carvalho e na esteira do pensamento de Flávia Piovesan, que os direitos humanos reconhecidos em tratados internacionais de que o Brasil seja parte, consoante o § 2º do art. 5º da Constituição de 1988, caracterizado como cláusula constitucional aberta, integrariam o bloco de constitucionalidade, mesmo ante o disposto no § 3º, acrescentado ao art. 5º pela EC 45/2004, ao prever que apenas os tratados e convenções sobre direitos humanos, caso sejam aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos respectivos membros, é que seriam equivalentes às emendas constitucionais. E isso porque a emenda apenas acrescentou o lastro formal aos tratados de direitos humanos, não retirando a sua característica material, ou seja, pelo § 2º do art. 5º, aqueles tratados são materialmente constitucionais, integrando, portanto, o bloco de constitucionalidade (Carvalho, 2006, p. 261). Cumpre consignar o lapidar magistério de Canotilho, para quem o “[...] programa normativo-constitucional [é o resultado de um processo parcial de concretização estabelecido fundamentalmente na interpretação do texto normativo – nota nossa] não se pode reduzir, de forma positivística, ao ‘texto’ da constituição. Há que densificar, em profundidade, as normas e princípios da constituição, alargando o ‘bloco de constitucionalidade’ a princípios não escritos desde que reconduzíveis ao programa normativo-constitucional como formas de densificação ou revelação específicas de princípios ou regras constitucionais positivamente plasmadas” (Canotilho, 2003, p. 921 – grifo nosso).

40 Piovesan, 2006, p. 72.

Para Flávia Piovesan, o novo dispositivo – o art. 5º, § 3º, acrescentado pela EC 45/2004 – vem a reconhecer de modo explícito a natureza materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos, reforçando, desse modo, a existência de um regime jurídico misto, que distingue os tratados de direitos humanos dos tratados tradicionais de cunho comercial, ou seja, ainda que fossem aprovados pelo elevado *quorum* de três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, os tratados comerciais não passariam a ter *status* formal de norma constitucional tão somente pelo procedimento de sua aprovação⁴¹.

Ainda, consoante magistério de Flávia Piovesan, se os tratados internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente à Emenda nº 45/2004, por força dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição, são normas material e formalmente constitucionais; agora, com relação aos novos tratados de direitos humanos a serem ratificados, por força do § 2º do mesmo art. 5º, independentemente de seu *quorum* de aprovação, serão normas materialmente constitucionais. Contudo, para converterem-se em normas também formalmente constitucionais, deverão percorrer o procedimento demandado pelo § 3º⁴². No mesmo sentido, afirma Celso Lafer:

[...] Com a vigência da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, os tratados internacionais a que o Brasil venha a aderir, para serem recepcionados formalmente como normas constitucionais, devem obedecer ao *iter* previsto no novo § 3º do art. 5º.⁴³

Flávia Piovesan aduz, ainda, que com o advento do § 3º do art. 5º surgiram duas categorias de tratados internacionais de proteção de direitos humanos: a) os materialmente constitucionais; e b) os material e formalmente constitucionais⁴⁴. Para além de serem materialmente constitucionais, poderão, a partir do § 3º do mesmo dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se às emendas à Constituição, no âmbito formal⁴⁵.

Outro defensor da tese que atribui *status* constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos é o Professor Valerio de Oliveira Mazzuoli, que, no seu entender, a Constituição de 1988, conforme dis-

41 Idem, p. 73.

42 Idem, p. 73-74.

43 LAFER, Celso. Op. cit., p. 17.

44 Piovesan, op. cit., p. 74. Como leciona Ingo Wolfgang Sarlet: “[...] 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 a direitos fundamentais situados fora do catálogo, mas integrantes da Constituição formal” (Sarlet, 2007, p. 89).

45 Piovesan, 2006, p. 74.

posto no § 2º do seu art. 5º, de forma inédita, passou a reconhecer claramente, no que tange ao seu sistema de direitos e garantias, uma dupla fonte normativa: a) aquela oriunda do direito interno (direitos expressos e implícitos na Constituição, estes últimos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados), e; b) aquela outra proveniente do direito internacional (decorrente dos tratados internacionais de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil seja parte). De forma expressa, segundo o Professor Valerio Mazzuoli, a Constituição de 1988 atribuiu aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos devidamente ratificados pelo Estado brasileiro a condição de *fonte* do sistema constitucional de proteção de direitos. É dizer, tais tratados, de acordo com o professor citado, passaram a ser fonte do sistema constitucional de proteção de direitos no mesmo plano de eficácia e igualdade daqueles direitos, expressa ou implicitamente, consagrados pelo Texto Constitucional, o que justifica o *status* de norma constitucional que detém tais instrumentos internacionais no ordenamento jurídico brasileiro. E esta dualidade de fontes que alimenta a completude do sistema significa que, em caso de conflito, deve o intérprete optar preferencialmente pela fonte que proporciona a norma *mais favorável* à pessoa protegida, pois ao que se visa é a *otimização* e a *maximização* dos sistemas (interno e internacional) de proteção dos direitos e garantias individuais⁴⁶.

Para Valerio de Oliveira Mazzuoli, o disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988 constitui-se de cláusula aberta que sempre admitiu o ingresso dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no mesmo grau hierárquico das normas constitucionais, e não em outro âmbito de hierarquia normativa. Portanto, conforme defende, o fato de os direitos humanos se encontrarem em tratados internacionais jamais impediu a sua caracterização como direitos de *status* constitucional⁴⁷.

Segundo Valerio de Oliveira Mazzuoli, os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil já têm *status* de norma constitucional, em virtude do disposto no § 2º do art. 5º da Constituição, ao dispor que os direitos e as garantias expressos no Texto Constitucional “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”, pois, de acordo com o Professor Valerio Mazzuoli, uma vez que a Constituição não exclui os direitos humanos provenientes de tratados, é porque ela própria os inclui no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando seu *bloco de constitucionalidade* e atribuindo-lhes hierarquia de norma constitucional. Portanto, já se exclui, desde logo, o

46 Mazzuoli, 2007, p. 685.

47 Idem, p. 685.

entendimento de que os tratados de direitos humanos não aprovados pela maioria qualificada do § 3º do art. 5º equivaleriam hierarquicamente à lei ordinária federal, visto que os mesmos teriam sido aprovados apenas por maioria simples (nos termos do art. 49, inciso I, da Constituição) e não pelo *quorum* que lhes impõe o referido parágrafo. E sustenta que o § 3º do art. 5º em nenhum momento atribui *status* de lei ordinária aos tratados não aprovados pela maioria qualificada por ele estabelecida. Dizer que os tratados de direitos humanos aprovados por este procedimento especial passam a ser “equivalentes às emendas constitucionais” não significa, obrigatoriamente, dizer que os demais tratados terão valor de lei ordinária ou de lei complementar, ou o que quer que seja. Para o professor, o que se deve entender é que o *quorum* que o § 3º do art. 5º estabelece serve tão somente para atribuir eficácia *formal* a esses tratados no nosso ordenamento jurídico interno, e não para atribuir-lhes a índole e o nível *materialmente* constitucionais que eles já têm em virtude do § 2º do art. 5º da Constituição⁴⁸.

Para o mencionado professor, deve-se atentar que os dois referidos parágrafos do art. 5º da Constituição cuidam de coisas similares, mas diferentes. Quais coisas diferentes? Segundo o professor, para quê serviria a regra insculpida no § 3º do art. 5º da Lei Fundamental, senão para atribuir *status* de norma constitucional aos tratados de direitos humanos? A diferença entre o § 2º, *in fine*, e o § 3º do art. 5º da Constituição é bastante sutil: nos termos da parte final do § 2º do art. 5º, os “tratados internacionais [de direitos humanos] em que a República Federativa do Brasil seja parte” são, *contrario sensu*, incluídos pela Constituição, passando consequentemente a deter o *status* de norma constitucional e a ampliar o rol dos direitos e das garantias fundamentais (bloco de constitucionalidade); já nos termos do § 3º do mesmo art. 5º da Constituição, uma vez aprovados tais tratados de direitos humanos pelo *quorum* qualificado ali estabelecido, esses instrumentos internacionais, uma vez ratificados pelo Brasil, passam a ser “equivalentes às emendas constitucionais”⁴⁹.

Assim, o que se quer destacar é que o regime material (menos amplo) dos tratados de direitos humanos não pode ser confundido com o regime formal (mais amplo) que esses mesmos tratados podem ter caso forem aprovados pela maioria qualificada ali estabelecida. Perceba-se que, neste último aspecto, o tratado assim aprovado será, além de materialmente constitucional, também formalmente constitucional. Segundo o professor, ao se fazer uma interpretação sistemática do Texto Constitucional em vigor, à luz dos princípios constitucionais e internacionais

48 Idem, p. 694.

49 Mazzuoli, 2007, p. 694.

de garantismo jurídico e de proteção à dignidade da pessoa humana, chega-se à seguinte ilação: o que o Texto Constitucional reformado quis dizer é que esses tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, que já têm *status* de norma constitucional nos termos do § 2º do art. 5º, poderão ainda ser formalmente constitucionais, ou seja, ser *equivalentes* às emendas constitucionais, desde que, a qualquer momento, depois de sua entrada em vigor, sejam aprovados pelo *quorum* do § 3º do mesmo art. 5º da Constituição⁵⁰.

Registre-se que os defensores desse segundo posicionamento, sobretudo Dirley da Cunha Júnior, Flávia Piovesan, Ingo Wolfgang Sarlet e Valerio de Oliveira Mazzuoli, sustentam que eventuais conflitos entre o tratado e a Constituição deveriam ser resolvidos pela *aplicação da norma mais favorável à vítima*, titular do direito, tarefa hermenêutica da qual estariam incumbidos os Tribunais nacionais e outros órgãos de aplicação do direito⁵¹. Dessa forma, o direito interno e o direito internacional estariam em constante interação na realização do propósito convergente e comum de proteção dos direitos e interesses do ser humano⁵².

50 Idem, p. 695. Interessante é o voto do Ministro Celso de Mello ao procurar analisar o *status* constitucional dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos. O Ministro Celso de Mello sustentou que, desde a ratificação, pelo Brasil, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não haveria mais base legal para a prisão civil do depositário infiel. Contrapondo-se ao Ministro Gilmar Mendes no que respeita à atribuição de *status* supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil ao consignar que estes possuem hierarquia constitucional. Sobre esse ponto, o Ministro Celso de Mello destacou a existência de três distintas situações relacionadas a esses tratados: 1) os tratados celebrados pelo Brasil (ou aos quais ele aderiu), e regularmente incorporados à ordem interna, em momento anterior ao da promulgação da CF/1988, revestir-se-iam de índole constitucional, haja vista que formalmente recebidos nessa condição pelo § 2º do art. 5º da Constituição Federal; 2) os que vierem a ser celebrados pelo Brasil (ou aos quais ele venha aderir) em data posterior à da promulgação da EC 45/2004, para terem natureza constitucional, deverão observar o *iter* procedimental do § 3º do art. 5º da CF; 3) aqueles celebrados pelo Brasil (ou aos quais o País aderiu) entre a promulgação da CF/1988 e a superveniência da EC 45/2004 assumiriam caráter materialmente constitucional porque essa hierarquia jurídica teria sido transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade. Posição firmada pelo Ministro Celso de Mello no voto proferido, em 12.03.2008, no RE 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso (*Informativo* n. 498/STF, de 19.03.2008).

51 Nesse sentido, conferir: Cunha Júnior, 2008, p. 625; Piovesan, 2006, p. 99-100; Mazzuoli, 2007, p. 685; Sarlet, 2007, p. 148. Para este jurista, na hipótese de eventual colisão entre direitos fundamentais oriundos de fontes de Direito internacional e de direito interno ou, ainda, entre direitos integrantes do catálogo da Constituição deve-se impor a opção pela solução mais afinada com a proteção da dignidade da pessoa humana.

52 Piovesan, 2006, p. 100. Para Antônio Augusto Cançado Trindade, “para a superação dos velhos e infundados temores contribuiu decisivamente a consciência da necessidade de prevenir ou evitar conflitos entre as jurisdições internacional e nacional, de compatibilizar os dispositivos convencionais e de direito interno. Voltadas a este propósito encontram-se, e.g., as cláusulas de tratados sobre proteção de direitos humanos de compatibilização entre seus dispositivos e os de direito interno, por vezes com uma referência expressa aos preceitos constitucionais e leis internas do Estado para harmonizá-los com os dispositivos convencionais e tornar eficazes os direitos garantidos (a demonstrarem que os próprios instrumentos internacionais – tratados –, a par de seus órgãos e mecanismos, confiam assim a proteção dos direitos humanos também – e primariamente – aos órgãos, dispositivos e procedimentos do direito público interno) [...]”. (CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Elementos fundamentais da evolução da proteção internacional dos direitos humanos. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, a. 44, n. 177, p. 44-45, jan./jun. 1991)

A hierarquia constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos é prevista, por exemplo, na Constituição da Argentina⁵³, que delimita o rol de diplomas internacionais possuidores de *status* constitucional diferenciado em relação aos demais tratados de caráter comum⁵⁴. Da mesma forma a Constituição da Venezuela⁵⁵, além da hierarquia constitucional, estabelece a aplicabilidade imediata e direta dos tratados na ordem interna e fixa a regra hermenêutica da norma mais favorável ao indivíduo, tal como defendido por essa segunda corrente doutrinária.

4 A CORRENTE QUE ATRIBUI *STATUS* DE LEI ORDINÁRIA AOS TRATADOS INTERNACIONAIS QUE VERSAM SOBRE DIREITOS HUMANOS

A terceira corrente é a que sustenta *status* de autênticos *atos normativos infraconstitucionais* aos tratados e convenções internacionais, possuindo a hierarquia de qualquer *lei ordinária* e que se sujeita ao pórtico da supremacia da Constituição, além de ser suscetível de invalidamento via Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI)⁵⁶. Tratados que não cuidam de direitos humanos (mercantis, econômicos, de cooperação, de demarcação territorial, etc.) constituem tratados com valor legal. No entanto, a exceção, nesse grupo, reside nos tratados de direito tributário porque, nesse caso, possuem valor supralegal por força do art. 98 do Código Tributário Nacional (CTN) – Lei nº 5.172/1966⁵⁷.

53 Argentina. Constitución de la Nación Argentina de 1994: "Art. 75. Corresponde al Congreso: [...] 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción Del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por Ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional" (Disponível em <http://www.argentina.gob.ar/argentina/portal/documentos/constitucion_nacional.pdf> . Acesso em: 10 set. 2009).

54 Mendes; Coelho; Gonet Branco, 2007, p. 658.

55 Venezuela. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 2000: "Art. 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público" (Disponível em: <<http://www.ministeriopublico.gob.ve/leyes/1-constitucion.pdf>> . Acesso em: 10 set. 2009).

56 BULOS, Uadi Lammêgo. Op. cit., p. 413-414; Ferreira Filho, 2006, p. 101-102.

57 GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Op. cit., p. 8, ago. 2009. Segundo jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o REsp 209.526/RS, 2ª T., Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, traz a seguinte ementa: "[...] O art. 98/CTN não admite a revogação de tratado pela legislação tributária antecedente

Manoel Gonçalves Ferreira Filho leciona que, embora haja quem defenda que uma norma de tratado internacional seja sempre superior à legislação interna – de tal modo que prevaleça mesmo quando esta (legislação interna) fosse posterior àquela (norma de tratado internacional) –, há quem pretenda que seja a norma do tratado internacional superior à própria norma constitucional para o notável jurista; nenhuma dessas duas teses encontra fundamento no direito brasileiro⁵⁸.

Para o expoente jurista, no Direito brasileiro, três normas regem a matéria: primeira, jamais norma de tratado prevalece sobre a Constituição; segunda, a norma de tratado, desde que devidamente incorporada ao direito pátrio, prevalece sobre a legislação interna anterior; terceira, ao ter, porém, a mesma estatura hierárquica das leis do direito interno, a norma de tratado não prevalece sobre lei posterior (esta pode, inclusive, revogar, derogar a norma de tratado). Além disso, Manoel Gonçalves Ferreira Filho cita a lição de Francisco Rezek⁵⁹, o qual adverte que o Estado brasileiro continua, no plano do Direito internacional, vinculado à obrigação que contraiu, mas ao advir uma nova lei interna dispondo em contrário os termos do tratado poderá este ser descumprido, até que pelo caminho adequado se desvincule da obrigação internacional contraída⁶⁰.

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ante os argumentos expendidos, resulta prevalecer sempre o regime do direito tal qual estabelecido na Constituição brasileira sobre o que estiver definido no tratado, seja este anterior ou posterior à Constituição⁶¹. E conclui ao asseverar que

[...] as normas do Pacto de San José da Costa Rica [Convenção Americana de Direitos Humanos, assinada em 1969 e ratificada pelo Brasil no ano de 1992 – nota nossa], a que adere o Brasil, não prevalecem sobre o direito constitucional positivo brasileiro. *Têm apenas a força de legislação ordinária.*⁶²

A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn 1.480-3/DF, Relator Ministro Celso de Mello, julgada em 04.09.1997, suscitou interessantes aspectos relacionados à hierarquia dos tratados internacionais no contexto jurídico brasileiro.

ou superveniente [...]” (decisão em 18.04.2000, publicada no Diário da Justiça em 26.06.2000, p. 145). E outra mais recente verificada no AAREsp 259.097/RJ, 2ª T., Rel. Min. Castro Meira, possui o seguinte excerto: “[...] Em se tratando de matéria tributária, a superveniência de legislação nacional não revoga disposição contida em tratado internacional contratual, consoante dispõe o art. 98 do CTN [...]” (decisão em 12.05.2005, publicada no Diário da Justiça em 01.07.2005, p. 458).

58 Ferreira Filho, 2006, p. 101.

59 REZEK, Francisco. *Direito internacional público*: curso elementar. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 96-102.

60 Idem, p. 98-100.

61 Ferreira Filho, 2006, p. 101.

62 Idem, p. 102 – grifo nosso.

O aludido julgado evidenciou que os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de *paridade normativa*⁶³.

Para o Ministro Celso de Mello, em voto proferido na supracitada ADIn, entendeu que, no sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico *lex posterior derogat priori* ou, quando cabível, do critério da especialidade⁶⁴.

Segundo Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, a mudança constitucional, com o advento da EC 45/2004, a qual trouxe como um de seus estandartes a incorporação do § 3º ao art. 5º, pois os tratados de direitos humanos, para ingressarem no ordenamento jurídico na qualidade de emendas constitucionais terão que ser aprovados por um *quorum* qualificado nas duas Casas do Congresso, acenou para a insuficiência da tese da legalidade ordinária (propugnada pela 3ª corrente) dos tratados e das convenções já ratificadas pelo Brasil, a qual vinha sendo preconizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde o remoto julgamento paradigmático do RE 80.004/SE, de relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque (julgado em 01.06.1977, DJ de 29.12.1977), e encontra respaldo em um largo repertório de casos julgados após a promulgação da Constituição de 1988, tais como: HC 79.870/SP, Rel. Moreira Alves, DJ de 20.10.2000; HC 72.131/RJ, Rel. Marco Aurélio, DJ de 01.08.2003; RE 206.482/SP, Rel. Maurício Corrêa, DJ de 05.09.2003 – entre outros⁶⁵.

Importante clarificar, conforme escólio de Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, que a tese da legalidade ordinária, à medida que permitia ao Estado brasileiro o descumprimento unilateral de um acordo internacional, violava os princípios internacionais

63 Parte do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello na referida ADIn 1.480-3/DF, julgada em 04.09.1997. Em momento posterior, no ano de 2008, ao proferir seu voto no RE 466.343/SP, o próprio Ministro Celso de Mello alterou sua posição que defendia na retrocitada ADIn, ou seja, a paridade normativa entre atos internacionais e normas infraconstitucionais de direito interno, ao propugnar agora a tese de que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, mesmo os firmados antes da promulgação da Constituição de 1988, devem ter o *mesmo status* dos dispositivos inscritos na Constituição Federal.

64 Parte do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello na referida ADIn 1.480-3/DF, J. 04.09.1997.

65 Mendes; Coelho; Gonet Branco, 2007, p. 659.

fixados pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, a qual, em seu art. 27, determina que nenhum Estado pactuante “pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”⁶⁶.

O anacronismo da tese da legalidade ordinária dos tratados de direitos humanos, mesmo antes da reforma constitucional levada a efeito pela EC 45/2004, está bem demonstrado por Antônio Augusto Cançado Trindade no seguinte excerto:

A disposição do art. 5º, § 2º, da Constituição brasileira vigente, de 1988, segundo a qual os direitos e garantias expressos nesta não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil é parte, representa, a meu ver, um grande avanço para a proteção dos direitos humanos em nosso País. Por meio deste dispositivo, os direitos consagrados em tratados de direitos humanos em que o Brasil seja parte incorporam-se *ipso iure* ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Ademais, por força do art. 5º, § 1º, da Constituição, têm aplicação imediata. A intangibilidade dos direitos e garantias individuais é determinada pela própria Constituição Federal, que inclusive proíbe expressamente até mesmo qualquer emenda tendente a aboli-los (art. 60, § 4º, IV). A especificidade e o caráter especial dos tratados de direitos humanos encontram-se, assim, devidamente reconhecidos pela Constituição brasileira vigente.

Se, para os tratados internacionais em geral, tem-se exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar a suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente, no tocante aos tratados de direitos humanos em que o Brasil é parte, os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição brasileira de 1988, pela primeira vez entre nós a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano de nosso 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 os tratados internacionais e a legislação infraconstitucional*.

Foi esta a motivação que me levou a propor à Assembleia Nacional Constituinte, na condição de então Consultor Jurídico do Itamaraty, na audiência pública de 29 de abril de 1987 da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, a inserção em nossa Constituição Federal – como veio a ocorrer no ano seguinte – da cláusula que hoje é o art. 5º, § 2º. Minha esperança, na época, era no sentido de que esta disposição constitucional fosse consagrada concomitantemente com a pronta adesão do Brasil aos dois Pactos de Direi-

66 Idem, p. 665.

tos Humanos das Nações Unidas e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o que só se concretizou em 1992.

É esta a interpretação correta do art. 5º, § 2º, da Constituição brasileira vigente, que abre um campo amplo e fértil para avanços nesta área, ainda lamentavelmente e em grande parte desperdiçado. Com efeito, não é razoável dar aos tratados de proteção de direitos do ser humano (a começar pelo direito fundamental à vida) o mesmo tratamento dispensado, por exemplo, a um acordo comercial de exportação de laranjas ou sapatos, ou a um acordo de isenção de vistos para turistas estrangeiros. À hierarquia de valores, deve corresponder uma hierarquia de normas, no plano tanto nacional quanto internacional, a ser interpretadas e aplicadas mediante critérios apropriados. Os tratados de direitos humanos têm um caráter especial, e devem ser tidos como tais. Se maiores avanços não se têm logrado até o presente neste domínio de proteção, não tem sido em razão de obstáculos jurídicos – que na verdade não existem –, mas antes da falta de compreensão da matéria e da vontade de dar real efetividade àqueles tratados no plano do direito interno.⁶⁷

5 A CORRENTE QUE ATRIBUI CARÁTER SUPRALEGAL AOS TRATADOS E ÀS CONVENÇÕES SOBRE DIREITOS HUMANOS

Então, para a 4ª (quarta) corrente, capitaneada pelos multicitados juristas – Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco –, os quais perfilham a tese de que é mais consistente a interpretação que atribui a característica de *supralegalidade* aos tratados e às convenções de direitos humanos, essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, ante seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de *supralegalidade*⁶⁸. Nesse sentido, no julgamento final do Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, o STF firmou posição ao acolher o *status de supralegalidade* dos tratados internacionais sobre direitos humanos na ordem jurídica interna⁶⁹.

Para os ínlitos juristas retrocitados, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar

67 CANÇADO TRINDADE, Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: MELLO, Celso de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Arquivos de direitos humanos 1*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 46-47 – grifo nosso.

68 Mendes; Coelho; Gonet Branco, 2007, p. 665.

69 Brasil. STF, RE 466.343/SP: “Prisão civil. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentabilidade da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inciso LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7º, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE 349.703 e dos *Habeas Corpus* nºs 87.585 e 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito” (Recorrente: Banco Bradesco S/A, Recorrido: Luciano Cardoso Santos, Rel. Min. Cezar Peluso, J. 03.12.2008). Acórdão publicado no Diário da Justiça eletrônico em 05.06.2009. Íntegra do acórdão disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 20 out. 2009.

especial reservado no ordenamento jurídico, e que equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana⁷⁰. Na experiência do direito comparado, o mesmo tratamento hierárquico-normativo é dado aos tratados e convenções internacionais pela Constituição da Alemanha (art. 25)⁷¹, pela Constituição da França (art. 55)⁷² e pela Constituição da Grécia (art. 28)⁷³.

Portanto, segundo magistério dos retrorreferidos juristas, ante o inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante. Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada⁷⁴.

Os juristas supracitados que integram a 4ª (quarta) corrente aduzem que o legislador constitucional não fica impedido de submeter, por exemplo, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, além de outros tratados de direitos humanos, ao procedimento especial de aprovação previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição, tal como definido pela EC 45/2004, conferindo-lhes *status de emenda constitucional*⁷⁵.

A tese que sustenta o *status* supralegal conferido aos tratados e às convenções de direitos humanos já havia sido aventada no RHC 79.785/RJ, pelo voto do Relator, Ministro Sepúlveda Pertence, o qual acenou a possibilidade de considerar os tratados sobre direitos humanos como documen-

70 Mendes; Coelho; Gonet Branco, 2007, p. 666.

71 Alemanha. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949. "Art. 25. *Las reglas generales del Derecho Internacional Público son parte integrante del Derecho federal. Tienen primacía sobre las leyes y crean directamente derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal*" (tradução livre para o espanhol). Disponível em: <http://www.brasilia.diplo.de/Vertretung/brasilia/pt/01/Constituicao/grundgesetz_espanol_down,property=Daten.pdf>. Acesso em: 10 set. 2009.

72 França. Constituição da V República da França de 1958. "Art. 55. Devidamente ratificado ou aprovado tratados ou acordos devem, após a sua publicação, substituir as leis, sob reserva, para cada acordo ou tratado, a sua aplicação pela outra parte" (tradução livre). Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/icl/fr00000_.html>. Acesso em: 10 set. 2009.

73 Grécia. Constituição da Grécia de 1975. "Art. 28: 1. *Forman parte integrante del derecho helénico interno y tendrán un valor superior a toda disposición en contrario de la ley las reglas del derecho internacional generalmente aceptadas, así como los tratados internacionales una vez ratificados por vía legislativa y entrados en vigor con arreglo a las disposiciones de cada uno. Estará siempre sujeta a condición de reciprocidad la aplicación de las normas del derecho internacional general y los tratados internacionales a los extranjeros*" (tradução livre para o espanhol). Disponível em: <<http://html.rincodelvago.com/constitucion-de-gracia-de-1975.html>>. Acesso em: 10 set. 2009.

74 Mendes; Coelho; Gonet Branco, 2007, p. 670-671.

75 Idem, p. 671.

tos supralegais. O referido Ministro manifestou seu pensamento da seguinte forma:

Desde logo, participo do entendimento unânime do Tribunal que recusa a prevalência sobre a Constituição de qualquer convenção internacional. Na ordem interna, direitos e garantias fundamentais o são, com grande frequência, precisamente porque – alçados ao Texto Constitucional – se erigem em limitações positivas ou negativas ao conteúdo das leis futuras, assim como à recepção das anteriores à Constituição (KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo/Brasília: Martins Fontes/UnB, 1990. p. 255). Se for assim, à primeira vista, parificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5º, § 2º, da CF/1988 seria esvaziar de muito do seu sentido útil a inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento da internacionalização dos direitos humanos. Ainda sem certezas suficientemente amadurecidas, tendo assim a aceitar a outorga de força supralegal às convenções de direitos humanos, contra a lei ordinária – sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes.⁷⁶

Luiz Flávio Gomes, ao versar sobre o valor jurídico dos tratados de direitos humanos, sobretudo ao posicionar-se ante o voto proferido pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, em 22.11.2006, no RE 466.343/SP, cujo julgado fora concluído com a publicação do acórdão do STF no Diário da Justiça eletrônico (DJe) em 05.06.2009 – prevalência da tese do *status* de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos⁷⁷ –, consigna que, embora entenda os tratados de direitos humanos com *status* ou com paridade constitucional, terminou não sendo sufragado pelo citado Ministro, “[...] mas não se pode negar que seu voto retrata um significativo avanço nessa matéria, visto que os concebe com *status* supralegal (estão acima das leis ordinárias e abaixo da Constituição)”⁷⁸. O expoente jurista destaca que

76 Brasil. STF, RO-HC 79.785/RJ: “I – Duplo grau de jurisdição no Direito brasileiro, à luz da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos. II – A Constituição do Brasil e as convenções internacionais de proteção aos direitos humanos: prevalência da Constituição que afasta a aplicabilidade das cláusulas convencionais antinômicas. III – Competência originária dos Tribunais e duplo grau de jurisdição” (Reclamante: Jorgina Maria de Freitas Fernandes, Reclamado: Ministério Público Federal, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, J. 29.03.2000). Acórdão publicado no Diário da Justiça em 22.11.2002. Íntegra do acórdão disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 set. 2009.

77 Em conclusão de julgamento, o STF concedeu *habeas corpus* (HC 87.585/TO) em que se questionava a legitimidade da ordem de prisão, por 60 dias, decretada em desfavor do paciente, que, intimado a entregar o bem do qual depositário, não adimplira a obrigação contratual. Entendeu-se que a circunstância de o Brasil haver subscrito o Pacto de São José da Costa Rica, que restringe a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia (art. 7º, 7), conduz à inexistência de balizas visando à eficácia do que está previsto no art. 5º, LXVII, da CF (“não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel; [...]”). Concluiu-se, assim, que, com a introdução do aludido Pacto no ordenamento jurídico nacional, restaram derrogadas as normas estritamente legais definidoras da custódia do depositário infiel. Prevaleceu, no julgamento, por fim, a tese do *status* de supralegalidade da referida Convenção no julgamento do RE 466.343/SP. Detalhamento desse julgado poderá ser averiguado no *Informativo* n. 531/STF, de 11.12.2008.

78 GOMES, Luiz Flávio. O valor jurídico dos tratados de direitos humanos. Disponível em: <http://www.lfg.blog.br>. Acesso em: 12 abr. 2007, p. 1-2.

o que de mais relevante se depreende desse voto é o seguinte: todo direito interno que conflita com o Direito humanitário internacional não possui validade. É vigente, mas não é válido. Isso foi afirmado (com todas as letras) pelo Ministro Gilmar Mendes na questão da prisão civil do depositário infiel no caso de alienação fiduciária. A lei ordinária prevê essa prisão civil, a Constituição brasileira também, mas ela é refutada pela Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 7º, 7). Logo, não tem validade (RE 466.343/SP).

Isso significa que a produção do Direito, agora, não conta só com limites formais, senão também materiais. Esses últimos são dados, sobretudo pelos direitos humanos fundamentais contemplados na Constituição e nos Tratados de Direitos Humanos. Rompendo com as concepções clássicas do positivismo legalista, impõe-se concluir que nem toda lei vigente é válida. E quando ela é válida? Somente quando conta com dupla compatibilidade vertical, ou seja, compatibilidade com o Direito humanitário internacional assim como com a Constituição.⁷⁹

6 A CORRENTE QUE PROPUGNA A EQUIVALÊNCIA COM AS *EMENDAS CONSTITUCIONAIS* SE APROVADOS PELO *QUORUM* PREVISTO NO § 3º DO ARTIGO 5º DA CF/1988 E FORÇA JURÍDICA DE *LEI ORDINÁRIA* SE APROVADOS POR MAIORIA SIMPLES DO CONGRESSO NACIONAL

Por fim, delinea-se a tese vertida pela 5ª (quinta) e última corrente, para a qual, em razão da EC 45/2004, propugna a existência de duas categorias de tratados internacionais, caso incorporem no Direito brasileiro normas de direitos humanos: equivalentes a *emendas constitucionais* se aprovados pelo *quorum* previsto no § 3º do art. 5º da CF/1988, e força jurídica de *lei ordinária* se aprovados por maioria simples do Congresso Nacional.

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins entendem que a EC 45/2004 permitiu a ratificação de tratados internacionais sobre direitos humanos de acordo com o procedimento do art. 49, inciso I, da CF/1988. Em razão disso, segundo os autores, têm-se atualmente duas categorias de tratados internacionais que incorporam ao direito brasileiro normas de direitos humanos⁸⁰.

Para os autores supracitados, a primeira categoria compreende os tratados que serão aprovados segundo o *procedimento das emendas constitucionais*, equivalendo formalmente a essas. Integram o bloco de constitucionalidade, submetendo-se à exigência de respeitar as cláusulas pétreas. Só podendo ser modificados ou retirados do ordenamento mediante emenda constitucional posterior. Em virtude de sua constitucionalização, tais trata-

79 Idem, p. 2.

80 Dimoulis; Martins, 2007, p. 49.

dos não admitem emenda constitucional tendente a abolir normas do tratado, protegidas como cláusulas pétreas⁸¹.

A segunda categoria, segundo os referidos autores, compreende os tratados *aprovados por maioria simples do Congresso Nacional*. Para eles, têm força de lei ordinária e podem ser derogados ou ab-rogados mediante lei posterior. Pertencem a essa categoria todos os tratados internacionais aprovados antes da entrada em vigor da EC 45/2004. Não tendo ocorrido uma modificação completa do procedimento de ratificação dos tratados, não se aplica o argumento em favor de sua constitucionalização oferecido pela teoria da recepção. E concluem ao consignarem que caberia ao Congresso Nacional avaliar, futuramente, a oportunidade de proceder a uma nova discussão e eventual aprovação desses tratados, com *status* de emenda constitucional⁸².

Não é diferente a posição de Alexandre de Moraes, o qual aponta as características essenciais da incorporação no plano do direito interno os atos ou tratados internacionais, nestes termos⁸³.

- a) a norma internacional contida em um ato ou tratado do qual o Brasil seja signatário (art. 84, VIII, da CF/1988), por si só, não dispõe de qualquer vigência e eficácia no direito interno;
- b) direito constitucional brasileiro não exige a edição de lei formal para a incorporação do ato ou tratado internacional (dualismo extremado);
- c) a incorporação do ato ou tratado internacional, no âmbito do direito interno, exige primeiramente a aprovação de um decreto legislativo⁸⁴ pelo Congresso Nacional, e, posteriormente, a promulgação do Presidente da República, via decreto, do texto convencional (dualismo moderado);
- d) a simples aprovação do ato ou tratado internacional por meio de decreto legislativo, devidamente promulgado pelo Presidente do Senado Federal e publicado, não assegura a incorporação da norma ao direito interno;

81 Idem, p. 50.

82 Idem, ibidem.

83 Moraes, 2007, p. 409.

84 Segundo lição de Alexandre de Moraes, *decreto legislativo* é a espécie normativa destinada a veicular matérias de competência exclusiva do Congresso Nacional, previstas, basicamente, no art. 49 da Constituição Federal. Além dessas matérias, em virtude da Resolução nº 1/2002 do Congresso Nacional (publicada no DOU de 10.05.2002), também é de competência do *decreto legislativo* a regulamentação exigida no art. 62, parágrafo único, da Lei Suprema (Moraes, 2007, p. 1016).

- e) após a aprovação realizada pelo Congresso Nacional, será a promulgação do Chefe do Poder Executivo que garantirá a aplicação imediata da norma na legislação interna;
- f) as normas previstas nos atos, tratados, convenções ou pactos internacionais devidamente aprovadas pelo Poder Legislativo e promulgadas pelo Presidente da República, inclusive quando preveem normas sobre direitos fundamentais, ingressam no ordenamento jurídico como *atos normativos infraconstitucionais*, salvo a hipótese do § 3º do art. 5º, pelo qual a EC 45/2004 estabeleceu que os tratados e as 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*.

Segundo magistério de Alexandre de Moraes, a opção pela incorporação de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, nos termos do art. 49, I, ou do § 3º do art. 5º – ambos da CF/1988 –, será uma ação discricionária do Congresso Nacional⁸⁵.

CONCLUSÃO

O impacto da Emenda Constitucional nº 45/2004, ao adicionar o § 3º ao art. 5º da CF/1988, sem dúvida, repercutiu na doutrina brasileira tanto acerca da incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos pela ordem interna quanto pela hierarquia destes mesmos tratados, após a devida incorporação.

Analisadas as opiniões antes e após a promulgação da EC 45/2004, pode-se identificar uma tendência dos que sustentam a hierarquia materialmente constitucional dos tratados e das convenções internacionais de direitos humanos, por força do art. 5º, § 2º, da CF/1988, e poderão ainda ser formalmente constitucionais, ou seja, ser *equivalentes* às emendas constitucionais, desde que a qualquer momento, depois de sua entrada em vigor, sejam aprovados pelo *quorum* do § 3º do art. 5º da Constituição. Perfilha-se tal entendimento, pois todos os direitos fundamentais instituídos por tratados internacionais e os positivados na Constituição brasileira são explicitações do princípio da dignidade da pessoa ao ostentarem fundamentalidade material e formal, merecendo idêntico tratamento jurídico-constitucional.

85 Moraes, 2007, p. 410.

Frise-se que, após a histórica decisão do STF no RE 466.343/SP, a síntese acerca dos possíveis níveis hierárquicos dos tratados e das convenções sobre direitos humanos no Direito brasileiro pode ser deste modo sistematizada:

- a) Tratados de direitos humanos não aprovados com *quorum* qualificado – art. 5º, § 3º, da CF/1988: valor supralegal;
- b) Tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados com *quorum* qualificado pelo Congresso Nacional: *status* de emenda constitucional (caráter constitucional);
- c) Tratados e convenções que não versam sobre direitos humanos: *status* de lei ordinária (tese da equiparação ou paridade normativa com as leis ordinárias);
- d) Exceção à regra do item “c” está no eventual tratado sobre direito tributário, visto que ele usufrui de caráter supralegal em razão do disposto no art. 98 do Código Tributário Nacional (CTN).

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 15. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: RT, 2010.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Elementos fundamentais da evolução da proteção internacional dos direitos humanos. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, a. 44, n. 177, p. 39-60, jan./jun. 1991.

_____. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: MELLO, Celso de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Arquivos de direitos humanos 1*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 12. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. O valor jurídico dos tratados de direitos humanos. Disponível em: <http://www.lfg.blog.br>. Acesso em: 12 abr. 2007.

_____; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Tratados internacionais: valor legal, suprallegal, constitucional ou supraconstitucional? *Revista de Direito*, Valinhos/SP, v. XII, n. 15, p. 7-20, ago. 2009.

LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*. São Paulo: Manole, 2005.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra, t. 4, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 7. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.