

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC-SP

Guilherme Newton do Monte Pinto

**TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS
EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA:**

Uma Perspectiva Interpretativa Após a Emenda Constitucional n. 45/2004

São Paulo
2010

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC-SP

Guilherme Newton do Monte Pinto

**TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS
EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA:**

Uma Perspectiva Interpretativa Após a Emenda Constitucional n. 45/2004

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação *lato sensu* – Especialização em Direito Penal e Processo Penal – da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, como requisito para a obtenção do título de Especialista.

ORIENTADOR: Prof. Hugo Crepaldi Netto

São Paulo
2010

À minha esposa Flávia, que me inspirou, entre tantas outras coisas, o gosto e a empolgação pelo mundo acadêmico.

AGRADECIMENTOS

Ao meu pai Newton Pinto, que continua trilhando comigo todos os caminhos da busca do saber jurídico, à minha mãe Nair e aos meus irmãos Lyenka e Agostinho, pelo apoio de toda a vida.

Aos meus filhos Lucas, Thaís e Luis Guilherme, que me cederam o tempo para que eu pudesse me dedicar a esta jornada acadêmica.

Ao Professor Marco Antônio Marques da Silva, coordenador-geral do curso e amigo de longa data, sempre solícito e cortês, e de quem partiu o convite para que eu ingressasse na PUC-SP.

Ao Professor Hugo Crepaldi Netto, exemplo da mais absoluta dedicação na coordenação deste curso, pela cordialidade, respeito e amizade que sempre me dedicou e pelo imprescindível apoio durante todo o curso, culminando com a orientação no presente trabalho;

Ao Desembargador Heraldo Silva, pela amizade constante, fiel e incondicional e pelo acolhimento no seio de sua família e de seus amigos.

Aos professores que abrilhantaram com os seus nomes e ensinamentos toda esta jornada, e que aqui faço representar pelos mestres Antônio Carlos da Ponte, Dirceu de Mello, Paulo de Barros Carvalho, Antônio Scarance Fernandes, Vidal Serrano, Pedro Demercian, Antônio Carlos Malheiros, Hermínio Marques Porto e Luiz Alberto David Araújo.

Aos meus colegas de turma, pelo respeito e amizade e por terem feito agradáveis até mesmo as aulas de todos os sábados.

Ao Poder Judiciário do Rio Grande do Norte, através do seu Tribunal de Justiça, pela visão institucional que tem permitido o aperfeiçoamento dos seus magistrados.

RESUMO. O fato de a Constituição Federal, no § 2º do seu artigo 5º, não excluir os direitos e garantias que decorrem dos tratados internacionais não obsta a conclusão de que a norma decorrente de tratado internacional sobre direitos humanos aprovado pelo Congresso Nacional na forma singela do artigo 49, inciso I – tal qual ocorreu com todos os referendados anteriormente à Emenda Constitucional n. 45/2004 – tem necessariamente hierarquia infraconstitucional. O § 3º do artigo 5º da Constituição Federal, acrescido pela referida Emenda estabelece formalidades específicas e quórum qualificado apenas para que os tratados e as convenções internacionais tenham hierarquia constitucional, não sendo incompatível com a exigência de formalidades mais simplórias para aprovação dos tratados sem caráter de norma constitucional, inclusive permitindo que o legislador infraconstitucional adote procedimento dúplice para que um tratado internacional sobre direitos humanos possa ser objeto de votação para simples aprovação e, ao mesmo tempo, adquira hierarquia de Emenda Constitucional, bem como para que os tratados aprovados anteriormente sejam submetidos a referendo exclusivamente para aquisição da equivalência a Emenda Constitucional.

PALAVRAS-CHAVE. Direito Penal. Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos. Emenda Constitucional n. 45/2004. Hierarquia Constitucional.

ABSTRACT. The fact that the rights and guarantees assured in international treaties are not excluded by the §2º, article 5 of the Federal Constitution does not avoid the conclusion that the rule that emerges from international treaties on human rights approved by the National Congress according to the singular form of article 49, I – as well as what happened with those approved before the Constitutional Amendment n. 45/2004 – necessarily has infraconstitutional hierarchy. The article 5, § 3º of the Federal Constitution, added by the mentioned amendment, establishes specific formalities and qualified quorum only for the international treaties and conventions that have constitutional hierarchy, not being inconsistent with the requirement of simpler formalities for the approval of treaties without constitutional rule character, even allowing the infraconstitutional legislator to adopt a doubled procedure in order that an international treaty on human rights becomes able to be a simple voting approval object and, at the same time, acquires constitutional amendment hierarchy, as well as to submit the treaties approved previously to a referendum exclusively for acquisition of constitutional amendment equivalence.

KEYWORDS. Criminal law. International treaties on human rights. Constitutional Amendment n. 45/2004. Constitutional hierarchy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
1 O ALCANCE DO § 2º DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	09
1.1 A Não Exclusão pela Constituição Federal dos Direitos Decorrentes de Tratados e Convenções Internacionais.....	09
1.2 Ingresso da Norma no Ordenamento Jurídico Brasileiro.....	10
1.3 Hierarquia da Norma Internacional Recepcionada.....	16
1.4 Crítica ao Posicionamento Doutrinário pela Recepção dos Tratados como Norma de Natureza Constitucional pela só Dicção do § 2º do Artigo 5º da Constituição Federal.....	20
1.5 Inconveniência da Admissão do Ingresso dos Tratados como Norma Constitucional Fundamentada Apenas no § 2º do Artigo 5º da Constituição Federal.....	28
1.6 Posição do Supremo Tribunal Federal.....	32
2 UMA PERSPECTIVA INTERPRETATIVA APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/2004.....	39
2.1 Sentido e Alcance da Norma do § 3º do Artigo 5º da Constituição Federal.....	39
2.2 Tratados e Convenções Anteriores à Emenda Constitucional n. 45/2004.....	45
CONCLUSÃO.....	47
BIBLIOGRAFIA.....	49

INTRODUÇÃO

Neste início do século XXI, momento em que o movimento de internacionalização dos direitos humanos deixou para a história a fase em que a mera declaração de direitos satisfazia os anseios dos povos e partiu definitivamente para a consolidação dos direitos declarados através de tratados e convenções, com a pretensão de vinculação e obrigatoriedade dos países à observância de seus preceitos, faz-se necessária uma reflexão acerca do ingresso das normas de direito internacional no ordenamento jurídico brasileiro, com a mensuração adequada da hierarquia destas normas e de sua relação com o ordenamento interno, em especial com a Constituição Federal.

Tal reflexão é de importância capital para a seara penal do direito, em especial em face da umbilical relação entre os dois temas – direito penal e direitos humanos. Isso se evidencia de forma cada vez mais acentuada em decorrência do chamado movimento de globalização e de sua repercussão nesta específica área das relações sociais, com a proliferação e o aumento de visibilidade dos chamados crimes transnacionais e a consequente necessidade de criação de órgãos internacionais de persecução penal e, ao mesmo tempo, de entidades de preservação de direitos humanos, abrindo perspectiva, até mesmo – ainda que em uma visão um pouco mais utópica – para a consolidação de uma legislação penal internacionalmente aplicável ou, pelo menos, para a ampliação dos órgãos jurisdicionais penais de âmbito transnacional, a exemplo do Tribunal Penal Internacional.

Não se trata, adverte-se, de retomar discussões pontuais já objetos de exaustiva análise – inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, em especial quando se deparou com a questão do acolhimento da proibição da prisão civil decorrente de contrato e da exigência do duplo grau de jurisdição constantes do Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos). Tais discussões, ainda que sejam referências primeiras e necessárias na análise da questão do ingresso de tratados e convenções internacionais no direito interno brasileiro, não são, no entanto, suficientes a exaurir o tema, antes constituindo ponto de partida para se examinarem, com serenidade e numa perspectiva do presente para o futuro, o verdadeiro papel e a exata dimensão destas normas internacionais dentro do ordenamento jurídico nacional.

O exame da questão será feito, por imposição da necessidade e em decorrência da evidente existência de tratados anteriores à Emenda Constitucional n. 45/2004, segundo dois ambientes constitucionais distintos, partindo do contexto em que se contempla tão somente o

§ 2º do artigo 5º da Constituição Federal – determinante para a compreensão da dimensão dos tratados já internalizados no direito brasileiro quando do advento da referida emenda –, para se chegar ao exame de contexto mais amplo, no qual já se insere o § 3º do mesmo dispositivo.

Pretende-se, ao final, lançar posição sobre o que se entende mais correto, adequado, conveniente e juridicamente aceitável acerca da hierarquia que devem ter tais tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio, tanto os que adentraram no direito brasileiro antes, quanto os que foram acolhidos posteriormente à Emenda Constitucional n. 45/2004.

1 O ALCANCE DO § 2º DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

1.1 A Não Exclusão pela Constituição Federal dos Direitos Decorrentes de Tratados e Convenções Internacionais

Em primeiro lugar, ainda que patente, não é desnecessário o registro de que a Constituição Federal não exclui – e não excluindo, acolhe – de maneira ampla e aberta os tratados e convenções internacionais que se somam a direitos e garantias expressos no texto constitucional. É o que se depreende da literalidade do § 2º de seu artigo 5º.¹

A Constituição Federal, no *caput* de seu artigo 5º, contido no capítulo intitulado “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, proclama a igualdade de todos perante a lei, garantindo a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, para, em 78 incisos, prescrever os termos em que reconhece tais direitos.

Tamanho rol, por mais cuidadoso que pudesse ter sido o legislador constitucional – e o foi –, não poderia ter a pretensão de ser exaustivo na contemplação dos direitos, tampouco de ser restritivo de outros tão legítimos quanto os direitos enunciados e que com eles pudessem se harmonizar, sejam decorrentes das variantes naturais que pudessem se estabelecer a partir de percepções diferentes das necessidades de proteção aos direitos decorrentes dos valores já protegidos ou fruto de necessidades novas objeto da perene mutação e evolução das relações sociais.

O certo é que o texto constitucional tratou de expressar a sua posição não excludente de outros direitos e garantias, fossem eles decorrentes do próprio regime jurídico e dos princípios por ele adotados ou, ainda, aqueles decorrentes dos tratados internacionais.

No primeiro caso, isso se verifica em decorrência da própria lógica constitucional, já que não seria imaginável, nem razoável, nem aceitável, que a Constituição Federal reconhecesse e declarasse um enorme número de direitos e garantias e se fechasse a outros que estivessem em perfeita harmonia ou, mais do que isto, que decorressem diretamente dos princípios por ela adotados. No segundo caso, trata-se de consequência inafastável de uma nação que, constituindo-se em Estado Democrático de Direito, se funda na dignidade da

¹ Art. 5º, § 2º, CF: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

pessoa humana (art. 1º, III)² e proclama reger-se, em suas relações internacionais, pelos princípios da prevalência dos direitos humanos e da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (art. 4º, II e IX).³

Portanto, o que se assimila como absolutamente certo é que a Constituição Federal, no § 2º do seu artigo 5º, não exclui os direitos e garantias que sejam decorrentes dos tratados internacionais de que o Brasil seja parte, assim como também não exclui os que decorram do regime democrático e dos princípios constitucionais, além dos já enunciados.

Tal assertiva, entretanto, não conduz necessariamente à conclusão, como pretendem alguns, de que haja recepção automática, com *status* constitucional, dos direitos e garantias que decorram dos tratados internacionais, razão pela qual se faz necessário avançar no exame do verdadeiro alcance do § 2º do artigo 5º da Constituição Federal, o que se fará nos tópicos subsequentes, a partir da apreciação de como se dá o ingresso no direito pátrio das normas contidas em tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos e, principalmente, da hierarquia que a norma recepcionada terá dentro do ordenamento jurídico nacional.

Salienta-se, desde já, que o exame que aqui se propõe dar-se-á, em um primeiro momento e para que melhor se possa compreender o tema, de forma isolada, sem se levar em conta o § 3º, introduzido pela Emenda Constitucional n. 45/2004 – panorama que, inclusive, norteou as grandes divergências até então travadas. Somente em capítulo posterior adentrar-se-á no exame da matéria, contemplando o ordenamento constitucional a partir da inserção do novo dispositivo.

1.2 Ingresso da Norma no Ordenamento Jurídico Brasileiro

A primeira questão cujo exame se faz necessário para que se possa delimitar o alcance do § 2º do artigo 5º da Constituição Federal, consiste em saber como ocorre o ingresso das normas decorrentes dos tratados internacionais – com foco nos que versam sobre direitos humanos – no ordenamento jurídico pátrio.

² Art. 1º, inciso III, CF: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana.”

³ Art. 4º, CF: “A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...) II – prevalência dos direitos humanos; (...) IX – cooperação entre os povos pelo progresso da humanidade”.

Para os fins do presente trabalho, parece pouco relevante examinar o ingresso dos tratados internacionais no Brasil sob a ótica da polêmica acerca da adoção, pelo direito brasileiro, das teorias dualista ou monista, tendo em vista ser esta uma questão muito mais acadêmica, alimentada pelos seguidores de Henrich Triepel e Hans Kelsen, do que de importância e repercussão práticas.⁴

Apenas para pontuar, pode-se invocar a lição de Luís Roberto Barroso quando, ao abordar o tema da relação entre os tratados internacionais e a Constituição, refere-se a estas duas grandes linhas teóricas:

O tema do conflito entre as normas internacionais e a ordem interna evoca duas grandes correntes doutrinárias que disputam o melhor equacionamento da questão: o dualismo, pregado no âmbito internacional por Triepel e Anzilotti e seguido no Brasil por Amílcar de Castro, e o monismo, concepção desenvolvida por Hans Kelsen e seguida no Brasil pela maior parte da doutrina, inclusive Valladão, Tenório, Celso D. de Albuquerque Mello e Marotta Rangel.

Para os dualistas inexiste conflito possível entre a ordem internacional e a ordem interna simplesmente porque não há qualquer interseção entre ambas. São esferas distintas, que não se tocam. Assim, as normas de direito internacional disciplinam as relações entre Estados, e entre estes e os demais protagonistas da sociedade internacional. De sua parte, o direito interno rege as relações intra-estatais, sem qualquer conexão com elementos externos. Nesta ordem de idéias, um ato internacional qualquer, como um tratado normativo, somente operará efeitos no âmbito interno de um Estado se uma lei vier incorporá-lo ao ordenamento jurídico positivo. Os autores se referem a esta lei como 'ordem de execução'.

O monismo jurídico afirma, com melhor razão, que o direito constitui uma unidade, um sistema, e que tanto o direito internacional quanto o direito interno integram esse sistema. Por assim ser, torna-se imperativa a existência de normas que coordenem esses dois domínios e que estabeleçam qual deles deve prevalecer em caso de conflito. Kelsen admite, em tese, o monismo com prevalência da ordem interna e o monismo com prevalência da ordem internacional, embora seja partidário deste último.⁵

De qualquer forma, o presente exame será feito à margem desta polêmica teórica, a qual é desprovida de maior relevância prática. Sob este ângulo, não serão apreciadas a essência e a natureza dos atos necessários a que um tratado internacional tenha vigência para o Brasil e adentre no ordenamento jurídico interno.

O que interessa, em princípio, e que parece não suscitar controvérsia, é que as normas decorrentes de tratados internacionais ingressam no ordenamento jurídico brasileiro

⁴ Para uma compreensão histórica das teorias acerca das relações entre os direitos internacionais e os direitos internos, é interessante consultar a obra de Mariângela Ariosi. ARIOSI, Mariângela. *Conflitos entre Tratados Internacionais e Leis Internas*. São Paulo: Renovar, 2000.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 15-16.

sem necessidade de lei que reproduza o seu conteúdo – o que se convencionou chamar de autoaplicabilidade. Deve-se ressaltar, entretanto, que isso não significa que se dispensam as formalidades constitucionalmente exigidas para que os referidos instrumentos convencionais possam ter vigência na ordem jurídica interna.

De fato, o texto constitucional brasileiro deixa bem claro, em diversas passagens, que os tratados internacionais, vigentes que sejam, têm vida própria, autonomia e, como tratados são considerados - o que afasta qualquer pretensão de que a aplicabilidade dos mesmos esteja condicionada a um processo que os transforme em legislação - no fenômeno clássico que representaria, para os dualistas, o “ato de transformação” do direito internacional em direito nacional.

Em outras palavras, o tratado internacional de que faça parte o Brasil, seja pelo fato de tê-lo ratificado, seja por ter a ele aderido, ingressa na ordem jurídica interna tão logo esteja perfectibilizado e na qualidade de tratado mesmo, sem necessidade de lei que reproduza o seu conteúdo. Neste sentido é que se fala que são autoaplicáveis, ou seja, ao entrarem em vigor em relação ao Brasil, como tratados, automaticamente se inserem na ordem jurídica interna para que possam ser aplicados.

Salienta-se, entretanto – de forma repetida – que a Constituição Federal é expressa quando, em seu artigo 84, inciso VIII, atribui ao Presidente da República a competência para “celebrar tratados, convenções e atos internacionais”, e sujeita os mesmos a “referendo do Congresso Nacional”,⁶ ou seja, não dispensa as formalidades internas necessárias a que o instrumento convencional tenha vigência, em especial os atos dos dois Poderes – Legislativo e Executivo – materializados no decreto legislativo e no decreto presidencial de promulgação.

Aqui, vale observar preliminarmente a necessária distinção entre vigência internacional do tratado, vigência do tratado para o Brasil e vigência do tratado no âmbito do sistema jurídico brasileiro, na precisa observação de Pedro Bohomoletz de Abreu Dallari:

a vigência do tratado no plano internacional resulta do atendimento de requisitos imprescindíveis, fixados no seu próprio corpo. Em geral, essas exigências expressam-se na forma de consumação de um número mínimo de ratificações ou adesões e de decurso do prazo previamente assinalado, a ser contado a partir do momento em que esse patamar obrigatório é alcançado.

Já a *vigência do tratado para o Brasil* resulta da prática do ato de ratificação ou adesão e principiará a partir de sua formalização, ou do decurso de prazo, a ser contado a partir dessa formalização, caso assim esteja disposto no texto convencional internacional.

⁶ Art. 84, CF: “Compete privativamente ao Presidente da República: (...) VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”.

Finalmente, quanto à *vigência do tratado na ordem jurídica brasileira*, esta tem como requisitos preliminares justamente a vigência internacional da norma convencional e a sua vigência para o Brasil, decorrente, neste último caso, da promoção do ato de ratificação ou adesão.⁷

Na esteira desta distinção e somando-se à autoaplicabilidade do tratado – entendida como a vigência do tratado na ordem jurídica brasileira a partir da vigência do tratado para o Brasil, independentemente de sua transformação em legislação –, Alexandre de Moraes, de forma esquemática, bem resume as três fases necessárias para que um tratado internacional seja incorporado ao ordenamento interno brasileiro:

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 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 através da 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 exequibilidade interna a norma inserida pelo ato ou tratado internacional, podendo, inclusive, ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade.⁸

Há, portanto, duas situações distintas. A primeira consiste em terem os tratados vigência para o Brasil e, portanto, submetem-se às formalidades constitucionalmente exigidas, inclusive à aprovação do Congresso Nacional e ao ato final de promulgação do Presidente da República. A segunda situação se traduz por, vigentes que estejam e vinculando o Estado brasileiro no contexto da ordem internacional – o que só ocorre após o cumprimento de todas as formalidades necessárias –, ingressarem os tratados no ordenamento jurídico interno nacional para que possam ser aplicados, o que, como já se afirmou, ocorre automaticamente, independentemente de lei que os transforme em direito nacional e sem perder a natureza jurídica de tratados.

De qualquer forma, não há interesse prático, insiste-se, em definir se as formalidades internas podem ser consideradas, ou não, em sua essência, como ato de transformação, ainda que implícitos,⁹ de forma a que a Constituição brasileira esteja prestando reverência à teoria

⁷ DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. *Constituição e Tratados Internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 98-99.

⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 691.

⁹ Há algumas formalidades, além das comumente consideradas como necessárias à perfectibilização do tratado e à sua vigência para o Brasil, que objetivam dar publicidade interna aos tratados vigentes, a exemplo da publicação no Diário Oficial da União, e que são mencionadas por Pedro Bohomoletz de Abreu Dallari ao enunciar os requisitos necessários à vigência dos tratados na ordem jurídica interna brasileira, nos seguintes

dualista ou adotando a linha monista. É suficiente constatar, a partir do exame da norma constitucional, a necessidade de o instrumento convencional submeter-se às formalidades exigidas (inclusive à aprovação do Congresso Nacional) para que tenha vigência para o Brasil, dispensando-se lei reprodutora do conteúdo do instrumento convencional para que o mesmo passe a integrar o ordenamento jurídico brasileiro.

É comum, por exemplo, comparar-se o caso brasileiro ao de Portugal, onde a Constituição proclama, em seu artigo 8º, que as normas e os princípios de direito internacional geral são parte integrante do direito nacional,¹⁰ o que leva José Joaquim Gomes Canotilho a afirmar que “as normas e os princípios do direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português e as normas constantes das convenções internacionais vigoram na ordem interna sem necessidade de qualquer acto interno de transformação”.¹¹

Tal situação, para muitos, se distinguiria totalmente do que ocorre no Brasil. A Constituição brasileira não faz referência literal às normas e aos princípios gerais do direito internacional e, sujeita as cláusulas convencionais a formalidades que incluem, inclusive, a aprovação do Congresso Nacional.

Ocorre que, também no direito português, não obstante a autoaplicabilidade declarada quanto às normas e aos princípios gerais do direito internacional, de forma que se poderia concluir, inclusive, que integram o direito interno independentemente de outro qualquer ato, não é esta a conclusão a que se chega a partir das próprias disposições constitucionais relativas ao direito internacional convencional.

O próprio artigo 8º da Constituição de Portugal, em seu item 2, prescreve que “as normas constantes de convenções internacionais regularmente *ratificadas ou aprovadas* vigoram na ordem interna após a sua *publicação oficial* e enquanto vincularem

termos: “mas a satisfação de tais requisitos, embora necessários, não é suficiente. Há que se dar publicidade à assunção do vínculo obrigacional na esfera internacional, bem como à vigência do tratado para o País e ao respectivo conteúdo normativo. Na regra brasileira, isso ocorre com a promulgação do tratado por meio da edição de decreto do Presidente da República, com o inteiro teor do texto convencional anexo, à qual se segue a respectiva publicação no Diário Oficial da União”. (DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. *Constituição e Tratados Internacionais*, p. 99). A maioria da doutrina não tem considerado tais atos como *atos de transformação*, mesmo que implícitos, mas como mera formalidade para que ao tratado se dê conhecimento público interno. Tal questão teórica, entretanto, como já se afirmou, não será objeto de nosso exame.

¹⁰ Constituição de Portugal. Art. 8º: “As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português”.

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Métodos de Proteção de Direitos, Liberdade e Garantias. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso-Brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 138.

internacionalmente o Estado Português”,¹² o que leva a concluir, por dedução lógica e a partir das expressões “ratificadas”, “aprovadas” e, principalmente, “publicação oficial”, que também no direito lusitano – como não poderia deixar de ser – não se dispensam regras de formalização interna para a plena vigência dos instrumentos convencionais, o que, sob este ângulo, não se distingue, em essência, do ordenamento brasileiro.

Neste particular, é novamente salutar a lição de José Joaquim Gomes Canotilho acerca do significado e do alcance do dispositivo constitucional português, inclusive quanto ao fato de considerar-se, ou não, como atos de transformação as formalidades exigidas para a vigência dos atos convencionais:

poderão suscitar-se dúvidas, motivadas pelo facto de a Constituição falar em ‘normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas’, se considerarmos a ratificação e aprovação como os actos internos inseridos no processo da criação do direito internacional transformadores da norma de direito internacional em norma de direito interno (sistemas da transformação implícita). No entanto, como os requisitos constitucionais de ratificação e/ou aprovação são requisitos de validade do tratado, pode dizer-se que *a idéia do legislador constituinte foi a de aceitar a vigência das normas internacionais como tais e não como normas internas.*¹³

Há, pois, pelo menos em relação ao direito internacional convencional, similitude entre o tratamento dispensado pelas Constituições brasileira e portuguesa, o que parece não ocorrer – é verdade – em relação ao direito internacional geral, cuja autoaplicabilidade tem, na Constituição lusitana, um sentido e um alcance que admitem uma interpretação muito mais abrangente do que no caso brasileiro.

Portanto, a questão da autoaplicabilidade deve ser examinada estritamente sob o ângulo de sua essência, evitando-se a utilização descuidada do termo, e que poderia levar a uma distinção entre situações idênticas ou a uma equiparação de situações diversas.

O importante, portanto, antes de se fazerem comparações muitas vezes incorretas ou imprecisas, é se perceber, a partir do ordenamento específico em exame, a forma como as regras de direito internacional – geral ou convencional – adentram no ordenamento brasileiro.

No caso português, há uma regra expressa referente ao direito internacional geral – regra esta que não se encontra presente na Constituição do Brasil – e outra em relação ao direito internacional convencional, e que, neste caso específico, muito se assemelha à

¹² MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa: lei do Tribunal Constitucional*. 8. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 821. Grifos ausentes no original.

brasileira. De qualquer forma, o essencial, no caso em exame, consiste em extraírem-se do texto constitucional os requisitos necessários à plena vigência e aplicação da norma decorrente de tratado internacional sobre direitos humanos no ordenamento interno brasileiro, o que, de certa forma, já foi feito.

No Brasil, portanto, nos termos anteriormente já assinalados, os tratados internacionais, inegavelmente, ingressam no ordenamento sem necessidade de lei que reproduza o seu conteúdo, ou seja, desde que tenham vigência para o Brasil passam a integrar o ordenamento na qualidade mesmo de tratados ou, para se usar a expressão comum, são autoaplicáveis. E para que adquiram vigência para o Brasil, por sua vez, sujeitam-se às formalidades internas constitucionalmente exigidas.

Afasta-se, portanto, desde já, a pretensão mais radical de que o disposto no § 2º do artigo 5º da Constituição Federal poderia constituir porta de entrada para os direitos humanos, que adentrariam em nosso ordenamento independentemente de outras formalidades, numa espécie de autoaplicabilidade ampla, semelhante à que se poderia inferir da Constituição lusitana em relação às regras do direito internacional geral. O próprio dispositivo constitucional se refere a “tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, o que não poderia ser senão aqueles instrumentos perfeitos e acabados em todos os seus trâmites externos e internos, ou seja, submetidos às formalidades exigidas e, portanto, vigentes para o Brasil.

Assim, parece extirpado de dúvidas que os direitos e garantias decorrentes dos tratados internacionais referentes a direitos humanos adentram no ordenamento nacional independentemente de lei que reproduza o seu conteúdo – sendo, portanto, autoaplicáveis neste exato sentido, porém deve-se observar o cumprimento das formalidades internas exigidas constitucionalmente para que haja validade e vigência do tratado para o Brasil, em especial a aprovação pelo Congresso Nacional, exteriorizada pelo decreto legislativo, e a promulgação por decreto presidencial.

1.3 Hierarquia da Norma Internacional Recepcionada

Ultrapassada esta primeira questão e estando claro que os tratados internacionais, ao adquirirem vigência para o Brasil em face do cumprimento das formalidades necessárias para tanto, ingressam no ordenamento interno para serem aplicados como tratados mesmo – e,

portanto, sem transmudarem a sua natureza através de transformação em lei –, deve-se examinar a hierarquia que a norma recepcionada adquire no ordenamento jurídico.

Vale salientar, de início, a observação do constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho que, ao analisar o valor jurídico das normas do direito internacional geral – que, inclusive, fazem parte integrante do direito português por expressa disposição constitucional – em face do direito interno, advertiu que “reconhecer a recepção automática do direito internacional comum não significa, concomitantemente, proclamar a superioridade das normas de direito internacional perante as normas de direito interno”.¹⁴

Assimilada e acatada que seja a lição do jurista lusitano e transportando-a para o exame de nosso texto constitucional, não se poderia supor que a recepção das normas emanadas dos tratados internacionais, a que faz alusão o § 2º do artigo 5º da Constituição Federal, pudesse significar que tais normas se sobreponham às normas integrantes do ordenamento nacional. Em absoluto. Não excluir outra norma como assinala o texto constitucional, desde que sejam observados os demais preceitos constitucionais, conforme já analisado, pode até evoluir para o conceito de recepção da norma e o seu consequente ingresso no ordenamento jurídico. Daí alçá-la a um *status* de supremacia sobre as demais regras do ordenamento, elevando-as ao nível constitucional, demandaria raciocínio que não se sustenta na sistemática constitucional, muito menos na abrangência restrita do § 2º do artigo 5º da Constituição Federal.

Com efeito, não se pode extrair o caráter de norma constitucional dos tratados internacionais relativos a direitos humanos apenas da abrangência da literalidade do § 2º do artigo 5º da Constituição Federal, que nada mais faz do que proclamar que os direitos e garantias declarados não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais, o que não implica dizer, por mero exercício de raciocínio lógico, que os reconheça como norma de natureza constitucional.

Aliás, dispositivo semelhante existe na própria Constituição portuguesa (art. 16/1),¹⁵ o que não é suficiente para que seja proclamada, pelos constitucionalistas lusitanos, a hierarquia constitucional de tais normas, até porque não é esta a expressão constitucional, cabendo, neste particular, a observação de José Joaquim Gomes Canotilho:

Falta, no texto constitucional, uma norma como a da Grundgesetz alemã (art. 25º), onde, depois de se afirmar, como no art. 8º da Constituição Portuguesa,

¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 820.

¹⁵ CONSTITUIÇÃO DE PORTUGAL. Art. 16/1: “Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional”.

que as normas do direito internacional geral são parte integrante do Direito federal, se acrescenta que ‘*essas normas (do direito internacional geral) prevalecem sobre as leis*, criando, de forma directa, direitos e obrigações para os habitantes do território federal.¹⁶

De qualquer forma, a comparação entre o texto constitucional português e o brasileiro é elucidativa e de grande valia a que se possa reforçar a compreensão acima exposta. A Constituição brasileira proclama que os direitos ali enunciados “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”, enquanto a lusitana declara que tais direitos “não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional”.

Em essência, ambas têm o mesmo sentido e alcance, significando que o rol de direitos constitucionalmente contemplados não é taxativo, ou seja, que os direitos ali proclamados não têm carácter excludente de outros direitos que decorram do regime e dos princípios ali adotados ou de tratados internacionais (na expressão constitucional brasileira) ou de outros direitos que constem em lei ou em regras de direito internacional (na dicção lusitana).

Considerar, a partir do exposto, que estes outros direitos não excluídos teriam *status* constitucional é dedução que daí não decorre. Seria tão ilógico concluir, pela mera literalidade do dispositivo brasileiro, que os direitos constantes de tratados internacionais teriam *status* constitucional quanto chegar à mesma conclusão, no caso lusitano, que os direitos constantes das leis teriam igual *status*, o que conduziria ao absurdo desfecho de que todo direito desta natureza previsto nas leis portuguesas teriam *status* constitucional, igualando, de forma inusitada, os direitos previstos pela lei e aqueles previstos pela Constituição.

Portanto, não se pode extrair, da simples abrangência do § 2º do artigo 5º da Constituição brasileira, o *status* constitucional dos direitos decorrentes dos tratados internacionais celebrados pelo Brasil.

Igualmente não se pode buscar tal carácter na sistemática constitucional, que não parece apontar, com a expressão do § 2º do artigo 5º, para um *status* de norma constitucional dos direitos emanados dos tratados internacionais referidos. Primeiramente, porque não há qualquer referência expressa atribuindo valor constitucional a estes tratados – pelo menos até o acréscimo do § 3º ao artigo 5º do texto constitucional, o que adiante será examinado –, o que seria de se esperar se assim tivesse querido o legislador constitucional. Em segundo lugar,

¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 820. Grifo ausente no original.

porque quando o texto constitucional se refere aos tratados internacionais os trata como legislação ordinária, sem abrir qualquer exceção para aqueles relativos a direitos humanos, a exemplo da atribuição ao Supremo Tribunal Federal da competência recursal extraordinária para julgar as causas cuja decisão tenha declarado a “inconstitucionalidade de tratado ou lei federal”,¹⁷ ou seja, equipara os tratados à legislação federal e, mais ainda, admite a submissão de ambos ao controle de constitucionalidade.

Por fim, não se pode fugir do fato de ter a Constituição Federal submetido todos os tratados, sem excetuar os referentes a direitos humanos, a referendo do Congresso Nacional (art. 84, VIII), não exigindo, em princípio, forma diferenciada de aprovação pelas Casas Legislativas, satisfazendo-se com a forma simplória do artigo 49, inciso I, e permitindo a instrumentalização por simples decreto legislativo.

Neste contexto, não poderia ter pretendido a Constituição empregar força de norma constitucional se valendo de procedimento legislativo que não ultrapassa as formalidades exigidas para a legislação ordinária. Tal entendimento seria uma maneira de transmutar a Constituição Federal de sua forma declaradamente rígida para uma Carta flexível.

Neste particular, acertada é a lição de Luiz Alberto David Araújo quando afirma:

se pudéssemos entender que o decreto legislativo pode alterar a Constituição Federal, incluindo direitos, estaríamos afirmando que se trata de um texto flexível, não rígido, abandonando uma tradição constitucional e não aplicando os princípios do art. 60 e seus parágrafos, regra de imutabilidade implícita.¹⁸

Tal situação ganha repercussão mais abrangente quando se leva em conta a advertência do mesmo autor que, completando o raciocínio anterior observa que “se ingressar na qualidade de norma constitucional, tal direito deverá ser petrificado, por força do art. 60, § 4º, da Lei Maior”.¹⁹ Estar-se-ia diante da inusitada situação de um decreto legislativo, sem maiores exigências quanto ao processo legislativo, não só produzir norma de caráter constitucional, inserindo-a dentro de uma Constituição pretensamente rígida como, ainda, atribuir-lhe *status* de cláusula pétrea.

Não parece ser tal hipótese abrangida pela lógica constitucional e nem se insere em sua sistemática.

¹⁷ Art. 102, 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”.

¹⁸ ARAÚJO, Luiz Alberto David; SERRANO NUNES JÚNIOR, Vidal. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 215.

¹⁹ *Ibidem*, p. 216.

Salienta-se, entretanto, que a tese intermediária, que vem ganhando corpo dentro do Supremo Tribunal Federal, conforme adiante será examinado, de que os tratados referentes a direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém se situariam em patamar superior à legislação ordinária, apresenta fundamentos inegavelmente mais robustos e aceitáveis, embora não mereça integral adesão.

Com efeito, o que resulta absolutamente claro da Constituição Federal é o caráter infraconstitucional de tais tratados, o qual emana diretamente dos próprios dispositivos constitucionais. A aparência pretensamente constitucional destes instrumentos, fruto do desejo legitimamente mais ativista dos que militam pela nobre causa dos direitos humanos, não é interpretação que possa ser extraída concreta e logicamente do texto constitucional brasileiro.

Por outro lado, o pensamento que, admitindo a infraconstitucionalidade de tais tratados, contempla a superioridade destes em relação à legislação ordinária – o que decorreria da preponderância dos chamados direitos humanos –, notadamente a partir da possibilidade, decorrente do acrescido § 3º do artigo 5º, de que os tratados internacionais desta natureza possam gozar de *status* constitucional desde que submetidos a procedimento qualificado de aprovação, não parece ser a tese mais correta; não se apresenta, porém, de forma desarrazoada e ilógica diante da sistemática constitucional, sendo, portanto, tese aceitável.

De qualquer maneira, é de se concluir que a norma decorrente de tratado internacional referendada pelo Congresso Nacional na forma singela do artigo 49, inciso I, e recepcionado pela ordenamento nacional à luz do § 2º do artigo 5º da Constituição Federal, tem hierarquia de legislação infraconstitucional, não se podendo atribuir à mesma caráter de norma constitucional.

1.4 Crítica ao Posicionamento Doutrinário pela Recepção dos Tratados como Norma de Natureza Constitucional pela só Dicção do § 2º do Artigo 5º da Constituição Federal

Há respeitáveis opiniões no sentido de que os tratados internacionais sobre direitos humanos, pela mera dicção do § 2º do artigo 5º da Constituição Federal, ingressam no ordenamento nacional com *status* de norma constitucional, posição esta assumida por Antônio

Augusto Cançado Trindade e que encontra, no magistério de Flávia Piovesan, seu eco mais ressonante. Em conhecido e sempre citado trabalho, assim sustenta a constitucionalista:

Ao prescrever que ‘os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais’, a *contrario sensu*, a Carta de 1988 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 direitos.

Ao efetuar a incorporação, a Carta atribui aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional.²⁰

E mais adiante:

Há que se enfatizar ainda que, enquanto os demais tratados internacionais têm força hierárquica infraconstitucional, os direitos enunciados em tratados internacionais de proteção dos direitos humanos apresentam valor de norma constitucional.

À luz do mencionado dispositivo constitucional, uma tendência da doutrina brasileira, contudo, passou a acolher a concepção de que os tratados internacionais e as leis federais apresentavam a mesma hierarquia jurídica, sendo portanto aplicável o princípio ‘lei posterior revoga lei anterior que seja com ela incompatível’. Essa concepção não apenas compromete o princípio da boa-fé, mas constitui afronta à Convenção de Viena sobre o direito dos Tratados.²¹

Na verdade, os fundamentos trazidos por Piovesan indicam duas ordens de argumentos distintos que, no seu pensamento, assim como de alguns outros renomados doutrinadores, apontariam para o caráter constitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos. A primeira seria que tal equivalência entre tratados desta natureza e a Constituição Federal decorreria diretamente do próprio § 2º do artigo 5º. A segunda, ainda que à luz do mesmo dispositivo constitucional, busca sua fonte no direito internacional, mais precisamente na Convenção de Viena.

No que diz respeito à primeira ordem de argumentos, com o respeito devido à doutrinadora, não parece, como acima já examinado, que o fato de a Constituição não excluir outros direitos decorrentes de tratados internacionais possa significar, a *contrario sensu*, que a Carta de 1988 está incluiu tais direitos no catálogo constitucional. Em predominando tal raciocínio, seria necessário admitir que também se inserem no rol constitucional todos os direitos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, já que estes recebem idêntico

²⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 52.

²¹ *Ibidem*, p. 59 e 60.

tratamento proveniente, inclusive, do mesmo dispositivo constitucional (§ 2º, art. 5º), de forma a não se poder dar, por este raciocínio, repita-se, tratamento díspare aos mesmos.

Ao que parece, o que o texto constitucional fez nada mais foi do que proclamar que o rol ali contemplado não era exaustivo ou, melhor dizendo, não era excludente, o que se pode extrair do raciocínio, tão simplório quanto correto, de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

O dispositivo em exame significa simplesmente que a Constituição brasileira ao enumerar os direitos fundamentais não pretende ser exaustiva. Por isso, além desses direitos explicitamente reconhecidos, admite existirem outros ‘decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados’, incluindo também aqueles que derivam de tratados internacionais.²²

Ora, o dispositivo não pode indicar outro sentido, outra abrangência, senão a de que o rol de direitos constantes no texto constitucional não é taxativo, admitindo outros mais, desde que decorram do regime e dos princípios adotados pela Constituição ou dos tratados internacionais de que o Brasil faça parte. É a literalidade do dispositivo constitucional:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição **não excluem outros** decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.²³

O dispositivo é claro, simples, direto e preciso. Os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros que decorram do regime por ela adotado, assim como não excluem outros direitos e garantias decorrentes dos seus princípios e, também, não excluem outros que decorram dos tratados internacionais de que o Brasil seja parte. Nada mais.

Não se pode esquecer, ainda, e para que melhor se compreenda o alcance do dispositivo, a inspiração que norteou a inclusão do mesmo no texto constitucional brasileiro, valendo-se, para tanto, da anotação de Augusto Zimmermann, que, ao defender que o § 2º contemple os chamados direitos implícitos, assim observa:

Na realidade, a postulação doutrinária para a defesa de direitos implícitos, está inspirada no constitucionalismo norte-americano. Afinal, a Constituição dos Estados Unidos, por intermédio da nona emenda (1789), dispõe que a enumeração de direitos daquela Carta não deve ser interpretada no sentido de negação dos demais direitos não explicitamente mencionados”.²⁴⁻²⁵

²² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 87-88.

²³ Grifo ausente no original.

²⁴ CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Emenda n. 9: “The enumeration in the constitution of certain right shall not be construed to deny or disparage others retained by the people”.

²⁵ ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2006. p. 267 e 268.

Com efeito, versa a Emenda IX da Constituição dos Estados Unidos da América que “a enumeração de certos direitos na Constituição não poderá ser interpretada como negando ou coibindo outros direitos inerentes ao povo”, em técnica legislativa assemelhada à utilizada pela Constituição brasileira, de forma que tanto uma como outra indicam o mesmo sentido, ou seja, que os direitos constitucionalmente proclamados não são taxativos, não excluindo outros direitos que ali não estejam arrolados.

Portanto, também na genética constitucional se poderia buscar e compreender a vocação não excludente do dispositivo em exame, o que depõe contrariamente à sua pretensa intenção de criar um rol de outros direitos que, não obstante ainda não explicitados, seriam constitucionais e, mais ainda, pétreos.

Quanto à ordem de argumentos que, à luz do mesmo dispositivo constitucional, busca fundamentos primeiros no direito internacional, poder-se-ia resumir na alegação de que a paridade entre legislação ordinária e tratados internacionais compromete o princípio da boa-fé, além de constituir afronta à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Tal posição, igualmente, não parece convincente.

De fato, a Convenção de Viena prescreve, em seu artigo 26 que “todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé”, enquanto do artigo 27 se destaca que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.

No entanto, o fato de no ordenamento brasileiro os tratados não gozarem de paridade com a Constituição Federal – como de fato não gozam – não representa nenhuma afronta ao princípio da boa-fé e nem descumprimento, pelo Brasil, da Convenção de Viena.

Não se deve esquecer, primeiramente, que o tratado mencionado ainda não foi ratificado pelo Brasil, de forma que não entrou em vigor no ordenamento jurídico brasileiro o teor do seu artigo 84²⁶ e, portanto, não é vinculante, nos termos do que se pode extrair do próprio artigo 26. Além disso, ainda que venha a ser ratificado, não tem o condão de produzir efeitos pretéritos, conforme comando do artigo 28²⁷ da mesma Convenção. Tal fato, por si só,

²⁶ CONVENÇÃO DE VIENA. Art. 84: “Entrada em vigor: 1. A presente Convenção entrará em vigor no trigésimo dia que se seguir à data do depósito do trigésimo quinto instrumento de ratificação ou adesão. 2. Para cada Estado que ratificar a Convenção ou a ela aderir após o depósito do trigésimo quinto instrumento de ratificação ou adesão, a Convenção entrará em vigor no trigésimo dia após o depósito, por esse Estado, de seu instrumento de ratificação ou adesão”.

²⁷ CONVENÇÃO DE VIENA. Art. 28: “Irretroatividade de tratados: A não ser que uma intenção diferente se evidencie do tratado, ou seja estabelecida de outra forma, suas disposições não obrigam uma parte em relação a um ato ou fato anterior ou a uma situação que deixou de existir antes da entrada em vigor do tratado, em relação a essa parte”.

já enfraquece demasiadamente o argumento de descumprimento do tratado e, mais ainda, de afronta ao princípio da boa-fé.

Com efeito, considerando-se a própria noção que nos traz Flávia Piovesan, para quem tal princípio significa que “cabe ao Estado conferir cumprimento às disposições de tratado, com o qual livremente consentiu” e que “se o Estado, no livre e pleno exercício de sua soberania, ratifica um tratado, não pode posteriormente obstar seu cumprimento”,²⁸ não seria razoável alegar afronta a tal princípio pela suposta inobservância, pelo Brasil, de uma cláusula de um tratado que não consentiu, não ratificou.

No que diz respeito à não ratificação, pelo Brasil, do mencionado tratado, é interessante a observação de Pedro Bohomoletz de Abreu Dallari que, ao analisar a incoerência pelo fato de a norma constitucional brasileira não normatizar claramente o acolhimento dos tratados internacionais, acentua que “a não ratificação pelo país da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969, surge quase como uma confissão dessa incoerência” para concluir que “a real dificuldade para a ratificação do Brasil parece repousar basicamente na regra do art. 27 da Convenção, que trata do direito interno e da observância de tratados internacionais”.²⁹

Em outras palavras, a não ratificação, pelo Brasil, na percepção do referido autor, decorre exatamente do fato de não querer assumir uma pretensa supremacia do direito convencional, que supostamente decorreria da cláusula 27, pelo que soa ainda mais estranha a alegação de afronta ao princípio da boa-fé pelo fato de não dar cumprimento a uma cláusula com a qual deliberadamente se negou a anuir, abstendo-se de ratificá-la.

Mas ainda que se considere que se deva dar aplicação ao referido tratado pelo argumento de Valerio de Oliveira Mazzuoli – trazido por Emerson Penha Malheiro – de que tal Convenção é “unanimemente reconhecida como regra declaratória de direito consuetudinário vigente”³⁰ ou, ainda, por se buscar sentido idêntico na Convenção de Havana, de 1928, não se enxerga que devam ter os tratados internacionais hierarquia equivalente à norma constitucional, de forma que o direito brasileiro estivesse em choque com tal comando e, portanto, afrontando o direito internacional convencional e o princípio da boa-fé que deve reger tais relações. Primeiramente, porque uma pretensa aplicação do tratado como regra de direito consuetudinário, como pretende Emerson Penha Malheiros, justifica-se tão somente pelo seu caráter procedimental, por se tratar de um instrumento que regula a celebração de

²⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 63.

²⁹ DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. *Constituição e Tratados Internacionais*, p. 80.

³⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira apud MALHEIRO, Emerson Penha. *Manual de Direito Internacional Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 62.

tratados entre Estados, estabelecendo formalidades que, desta ou de outra forma, se fazem necessárias para que os Estados possam celebrar tais acordos internacionais, razão pela qual, se comprometendo ou não com as suas cláusulas, é aceitável e razoável que os Estados celebrantes destes instrumentos convencionais se atenham às suas disposições, o que não significa que assumam outras obrigações dali decorrentes e que ultrapassem o campo meramente procedimental.

Por outro lado, a invocada cláusula 27 não quer dizer mais do que efetivamente diz – que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado” – ou seja, não pode pretender desobrigar-se de um tratado sob o argumento de que estaria o mesmo a afrontar o direito interno.

Não há, no dispositivo convencional, uma fixação – ou mesmo uma orientação – no sentido de que os tratados tenham, no direito interno dos Estados que deles são participantes, um ou outro nível hierárquico em relação à sua legislação. A referida cláusula não aponta para que tais tratados tenham *status* constitucional ou legal, não sugere que sejam supra ou infraconstitucionais. Apenas não aceita que o direito interno seja invocado como justificativa para o inadimplemento dos tratados, ou seja, proclama que os tratados obrigam as partes independentemente do direito interno, melhor dizendo, consagra, como é razoável e necessário, a obrigatoriedade dos tratados.

Como é sabido, a problemática que efetivamente emerge do citado artigo 27 decorrente do choque entre a obrigatoriedade dos tratados e os impedimentos consequentes da legislação interna que venha a se opor aos mesmos se resolve pela via natural da denúncia, ou eventual responsabilidade pelo inadimplemento, como bem sintetiza Luís Roberto Barroso ao ensinar:

inexistindo entre o tratado e a lei relação de hierarquia, sujeitam-se eles à regra geral de que a norma posterior prevalece sobre a anterior. A derrogação do tratado pela lei não exclui eventual responsabilidade internacional do Estado, se este não se valer do meio institucional próprio de extinção de um tratado, que é a denúncia.³¹

Já o argumento meritório, comumente utilizado e pretensamente extraído da cláusula 27 para justificar uma pretensa paridade constitucional dos tratados de que se o direito interno pudesse preponderar sobre o tratado, estaria comprometida a sua obrigatoriedade, não parece robusto.

Dois aspectos fragilizam demasiadamente o argumento.

³¹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 31.

Primeiramente, não se pode deixar de perceber que a preponderância dos tratados sobre direitos internos, como pretensamente decorreria do artigo 27 da Convenção de Viena, acaso reconhecido, teria que significar todo o direito interno, de onde não se poderia extrair e excluir a norma de nível constitucional, ou seja, seria forçoso admitir – em se seguindo tal linha de raciocínio – que o tratado prepondera inclusive sobre a Constituição Federal. Ora, à luz de tal dispositivo convencional, que alude de forma genérica ao “direito interno”, que diferença faz se o “direito interno” tem ou não nível constitucional? Nenhuma.

A apregoada supremacia do direito internacional convencional sobre o direito interno, portanto, com fundamento na referida cláusula 27, para que guardasse um mínimo de coerência, teria que se entender como supremacia sobre todo o direito interno e não apenas sobre o direito interno de nível infraconstitucional, ou seja, teria que se entender que os tratados internacionais deveriam ter um *status* não apenas supralegal ou constitucional, mas superior à própria Constituição Federal, o que não nos parece razoável.

Registra-se, por oportuno, que esta supremacia dos tratados sobre o direito interno, considerado este em sua acepção mais ampla, ou seja, sobre todo o direito interno – constitucional ou infraconstitucional –, não é o que se verifica nos ordenamentos dos demais países tendo em vista que, valendo-se da exaustiva pesquisa de Pedro Bohomoletz de Abreu Dallari, não se identifica nenhuma nação no mundo em que os tratados internacionais preponderem sobre o ordenamento constitucional. Mesmo o caso da Holanda, cantado em verso e prosa como exemplo desta natureza, parece não corresponder, em sua essência, ao que a forma proclama.

Com efeito, após citar o dispositivo da Constituição holandesa, em que se vislumbra a possibilidade de que as disposições dos tratados “derroquem a Constituição ou obriguem a derogá-la”, Dallari, com absoluta perspicácia, observa:

a aventada possibilidade de derrogação do texto constitucional holandês por tratado internacional deve, no entanto, ser relativizada. Ao se assinalar o quórum excepcional de alteração da Constituição para a aprovação de tratado cujas disposições a ela se oponham, na verdade o que se preceitua é simplesmente a concomitância da adoção da norma convencional internacional e da realização de reforma constitucional. É essa a constatação de que o sistema constitucional holandês, na realidade não exprime hipótese de superioridade hierárquica do tratado internacional em relação à Constituição é relevante para evidenciar – na medida em que nem mesmo a única exceção reiteradamente apontada se sustenta – a regra geral da inexistência de sistema que desconsidere a supremacia do respectivo texto constitucional.³²

³² DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. *Constituição e Tratados Internacionais*, p. 33-34.

Assim, não havendo ordenamento em que os tratados preponderem sobre a Constituição e, portanto, não se vislumbrando na atual realidade mundial uma real e concreta supremacia da norma convencional sobre o direito interno, considerado este em sua expressão mais exata e abrangente, não se poderia utilizar o argumento do comprometimento da obrigatoriedade dos tratados para se apregoar a superioridade destes em face da legislação infraconstitucional, tendo em vista que igual comprometimento já teria sido operado pela mera submissão dos tratados aos textos constitucionais.

O segundo aspecto é o de que a diferenciação que se possa fazer entre tratados sobre direitos humanos e os demais tratados, conforme se extrai da lição de Flávia Piovesan, a ponto de se defender que a preponderância sobre o direito interno seja tão somente dos primeiros, não encontra nenhum respaldo na cláusula 27 da Convenção de Viena, já que dela não se deduz nenhuma diferença em razão da natureza do tratado.

Com efeito, a mencionada cláusula apenas dispõe que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”. Nada mais. Não especifica o tipo ou a natureza do tratado. Desta forma, tal diferenciação, ainda que se admita possa ser extraída do texto constitucional brasileiro, não se extrai da cláusula citada. Se não se pode alegar direito interno para descumprimento de tratado, é indiferente, à luz da cláusula 27, o conteúdo deste tratado, ou seja, não se pode alegar direito interno para descumprimento de nenhum tratado, independentemente de o mesmo versar ou não sobre direitos humanos.

Desta forma, ilógico seria o raciocínio de que os tratados sobre direitos humanos teriam hierarquia superior à norma infraconstitucional pelo único fato de ter a preponderância a que se refere a citada cláusula 27 e, no entanto, abster-se de desenvolver idêntico raciocínio para os demais tratados. À luz da cláusula 27 – e somente à luz desta, repita-se – não há diferença entre os tratados em decorrência do seu conteúdo e, portanto, tal cláusula não pode justificar pretensas diferenças de hierarquia dos mesmos a nível interno.

Assim, sustentar que em razão da cláusula 27 da Convenção de Viena os tratados sobre direitos humanos teriam preponderância sobre o direito interno implica – para que não se afronte a mais meridiana das lógicas e considerando que tal cláusula não faz qualquer distinção em razão da natureza dos tratados – admitir que também os tratados que não versem sobre direitos humanos deveriam ter prevalência sobre o mesmo direito interno, assim como, pelos argumentos anteriormente já postos, que tal prevalência – se entender-se ser este o sentido e alcance que se possa extrair de tal cláusula – necessariamente teria que ser aplicada sobre todo o direito interno e não apenas sobre o direito interno de nível infraconstitucional.

Nem uma nem outra posição, ao que parece, é adotada pela maioria dos doutrinadores que pretendem extrair do direito internacional convencional, particularmente da cláusula 27 da Convenção de Viena, a superioridade dos tratados internacionais (mas apenas dos tratados que versem sobre direitos humanos) sobre o direito interno (mas apenas do direito interno infraconstitucional), razão pela qual resulta absolutamente fragilizado o argumento.

Por qualquer dos fundamentos trazidos, portanto, também não se encontra base no direito internacional, em especial na Convenção de Viena, para se justificar a supremacia dos tratados referentes a direitos humanos sobre o direito interno infraconstitucional, de forma que o § 2º do artigo 5º da Constituição Federal, acatando os direitos decorrentes dos instrumentos convencionais internacionais, pudesse equiparar os mesmos aos constitucionalmente contemplados, dando-lhes idêntico *status* na hierarquia do ordenamento jurídico.

Em suma, a paridade hierárquica entre os tratados internacionais sobre direitos humanos e a Constituição Federal não se ampara na melhor interpretação do § 2º do artigo 5º do texto constitucional e nem decorre, à luz do mesmo dispositivo, do direito internacional convencional, em especial da cláusula 27 da Convenção de Viena.

Pelos argumentos postos, portanto, não parece ser a melhor interpretação a de que os tratados internacionais sobre direitos humanos, pela mera dicção do § 2º do artigo 5º da Constituição Federal, ingressam no ordenamento nacional com hierarquia de norma constitucional.

1.5 Inconveniência da Admissão do Ingresso dos Tratados como Norma Constitucional Fundamentada Apenas no § 2º do artigo 5º da Constituição Federal

É de se considerar, ainda, que a possibilidade de fazer ingressar no ordenamento constitucional, por via transversa e sem exigências explícitas e diferenciadas, normas outras que inclusive pudessem se chocar com as que já constam do texto constitucional – como ocorreria caso predominasse o entendimento de que o § 2º do artigo 5º da Constituição Federal seria suficiente para dar *status* constitucional às normas dos tratados ali referidos – levaria a uma instabilidade dos institutos que a Constituição, por entendê-los relevantes, resolveu abrigar em seu bojo, ainda que não os tenha coberto pelo manto da cláusula pétrea.

Neste particular, é necessário abrir parêntesis para se lançar um olhar sobre a evolução da internacionalização dos direitos humanos, pelo que se pode vislumbrar, em um horizonte sem névoas, uma tendência de seu uso cada vez mais abrangente, o que é alvissareiro sob o ângulo da efetivação dos direitos e da incessante busca da dignidade da pessoa humana, mas que exige um tratamento adequado para que não gere instabilidade jurídica interna.

Com efeito, em um primeiro momento as declarações de direitos centraram-se naqueles direitos básicos cujo reconhecimento parecia óbvio e natural, para não dizer inafastável, pelo menos para os países que se autoproclamam Estados Democráticos de Direito. Esta é a razão pela qual, neste contexto, restariam minimizadas as consequências do ingresso destas normas no ordenamento constitucional, ainda que sem as especificidades exigidas para sua regular admissão, até porque dificilmente se encontrariam discrepâncias entre estas e os direitos e garantias fundamentais já insculpidos na Carta Magna.

A evolução natural do reconhecimento destes direitos e, mais ainda, a tendência crescente de sua sempre maior abrangência inevitavelmente levam à consolidação dos mesmos e, por via de consequência, à busca de novos direitos, já não tão básicos, já não tão essenciais, nem tão incontroversos, ainda que contemplados pelo conceito alargado que se possa dar a *direitos humanos* e igualmente úteis ao processo de busca da dignidade da pessoa humana em sua plenitude.

Salienta-se, neste particular, a elasticidade e até mesmo certa imprecisão do termo “direitos humanos”, razão da crítica de José Afonso da Silva à utilização da expressão, uma vez que, para usar as palavras do constitucionalista, “não há direito que não seja humano ou do homem, afirmando-se que só o ser humano pode ser titular de direitos”, para acrescentar, em tom reflexivo e de certa forma irônico, que “talvez já não mais assim, porque, aos poucos, se vai formando um direito especial de proteção dos animais”.³³

Descontado que seja algum exagero e ainda que se compreenda, como Fábio Konder Comparato, a “razão do aparente pleonasma da expressão direitos humanos ou direitos dos homens”, até mesmo pelo fato de que se trata “de algo que é inerente à própria condição humana”,³⁴ não se pode negar a elasticidade do termo, o que emana, com absoluta nitidez, do próprio conteúdo dos tratados internacionais que a ele se dedicam.

³³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 176.

³⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 58.

Com efeito, e a título ilustrativo, basta lançar observação, por exemplo, sobre a Convenção Americana de Direitos Humanos – ou Pacto de San José da Costa Rica – e seu Protocolo Adicional, que contemplam, em sua abrangência, desde o mais basilar direito à vida (art. 4º da Convenção) até o direito de empresas jornalísticas, cinematográficas, de rádio ou televisão de ter uma pessoa responsável que não goze de foro especial (art. 14 da Convenção), ou, ainda, o direito dos Estados de executar programas de formação familiar (art. 15 do Protocolo Adicional).

É verdade que é possível equacionar a questão conferindo, ainda que doutrinariamente, abordagem mais científica e contornos mais nítidos aos chamados direitos humanos, como o faz Ingo Wolfgang Sarlet ao traçar uma distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos a partir do critério do seu plano de positivação e entender que o termo “direitos fundamentais” se aplica “àqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado”, enquanto a expressão “direitos humanos”, diferentemente,

guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram a validade universal, de todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).³⁵

Entretanto, a despeito da possibilidade de uma definição mais precisa, é impossível não haver momentos em que determinados “direitos humanos” não correspondam mais a um sentimento uníssono – como ocorre com os já declarados, reconhecidos e erigidos a cláusula pétrea em nossa Constituição –, gerando divergências, no plano interno, quanto à sua adoção e a seu reconhecimento, não pela ausência de valor que se possa atribuir aos mesmos, sem o qual sequer poderiam ser considerados *direitos humanos*, mas por se reconhecer que outros direitos, por vezes até incompatíveis com estes, seriam mais úteis e adequados à obtenção dos valores protegidos e dos objetivos perseguidos.

Invoca-se, a título de exemplo, uma situação hipotética, mas não irreal: suponha-se que o presidente da República Federativa do Brasil, detentor da prerrogativa de celebrar tratados internacionais, assim o faça adotando a regra de extinção de qualquer Juízo criminal que tenha instrução sumária sob o argumento de que tais juízos afrontariam os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, em especial o da plenitude de defesa. Celebrado tal

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 29.

tratado, submetido ao Congresso Nacional e aprovado por maioria simples nas duas Casas, conferir-se-lhe-ia, se adotado o pensamento acima repudiado, o *status* de norma constitucional e, por consequência, abolir-se-iam os Juizados Especiais Criminais instituídos pelo artigo 98, inciso I, da Constituição Federal (cuja abolição, em regra, necessita de uma maioria qualificada que altere o texto constitucional). Mais robusto fica o exemplo se se considerar que o tratado acolhido passaria a ter natureza pétrea, por força do já citado artigo 60, § 4º, inciso IV, e que, portanto, o instituto constitucional abolido não poderia ser restaurado nem mesmo por emenda constitucional com votação qualificada.

Do exemplo se extraem várias percepções, das quais se pode destacar, em primeiro lugar, que a abrangência dada ao conceito de direitos humanos, inegavelmente elástico e até mesmo impreciso, abre espaço – e isso, acentua-se, não se traduz em um fato negativo – para que após a consolidação dos direitos básicos inicialmente reconhecidos se parta para a busca de novas conquistas que, por sua vez, abrem as portas para a contemplação de novos direitos. Estes, por mais valorosos que sejam, já não se revestem do caráter absoluto nem estão protegidos pela aura incontestada dos primeiros.

Em segundo lugar, destaca-se que os direitos decorrentes da evolução acima referida podem se deparar com outros direitos e garantias que, muitas vezes, buscam os mesmos valores ou valores igualmente relevantes, inclusive com realce constitucional, ainda que sem a proteção da imutabilidade e que, portanto, não são necessariamente inferiores aos direitos que venham a ser reconhecidos pela ordem internacional. Por último, a adoção de vias distintas para o ingresso de um direito na seara constitucional, máxime quando revestidas de formalidades díspares, pode gerar situações de subversão da sistemática constitucional, da lógica e da segurança jurídica.

Neste contexto é que se vislumbra uma necessária evolução no sentido de se reconhecerem, após consolidados os direitos fundamentais e básicos, outros direitos mais específicos, que, por esta razão, podem suscitar controvérsias inclusive quanto à sua utilidade e capacidade de conduzir aos valores que efetivamente se pretendem proteger. Assim, sem que se desmereça os movimentos em busca desta especificidade, não se pode admitir o ingresso de tais direitos, ainda que objeto de tratados internacionais, porém através de aprovação por maioria simples no Congresso Nacional, com caráter de norma constitucional.

A mera possibilidade de valores constitucionalmente protegidos cederem diante de valores outros que, por mais relevantes que sejam e ainda que abrangidos pelo conceito amplo – porém impreciso – de direitos humanos, não sejam capazes de obter a aprovação da sociedade, por seus representantes legislativos, com as formalidades e o quórum estabelecido

para que qualquer norma alcance ou expulse outra do patamar constitucional, já é suficiente para gerar o sentimento de instabilidade indesejável, afastando a segurança jurídica necessária à obtenção de todos os valores perseguidos pela Carta Constitucional, inclusive o da dignidade da pessoa humana.

Necessário é, para que se possa manter a mínima lógica constitucional, preservando-se a possibilidade de o ordenamento interno mensurar, pelas suas próprias instituições, os valores conferidos aos direitos atribuídos à pessoa humana em busca do reconhecimento de sua plena dignidade, que se adote sistemática na qual haja semelhança entre as formalidades exigidas para a elaboração da regra de direito interna e a aprovação dos tratados que venham a ter igual hierarquia quando integrarem o ordenamento jurídico nacional.

Portanto, é razoável que para o referendo do Congresso Nacional, constitucionalmente exigido para que tais normas tenham vigência e, em consequência, ingressem no ordenamento interno, deva observar formalidades que se assemelhem às já adotadas pelo processo legislativo brasileiro para o ingresso de outras regras no contexto constitucional se for desejável que as normas acolhidas tenham *status* constitucional..

1.6 Posição do Supremo Tribunal Federal

À luz do § 2º do artigo 5º da Constituição, o Supremo Tribunal Federal entendeu que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm natureza infraconstitucional, inclinando-se, ainda, a equipará-los à legislação ordinária.

Com efeito, ao decidir o RHC n. 79.785-7 – Rio de Janeiro, em 29 de março de 2000, e enfrentar a questão do duplo grau de jurisdição no direito brasileiro à luz da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos, a Corte Suprema exarou, na ementa do acórdão da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence, o seguinte entendimento:

EMENTA: I – Duplo grau de jurisdição no direito brasileiro, à luz da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos.

(...)

4. Prevalência da Constituição, no direito brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais, inclusive as de proteção aos direitos humanos, que impede, no caso, a pretendida aplicação da norma do pacto de São José: motivação.

II – A Constituição do Brasil e as convenções internacionais dos direitos humanos: prevalência da Constituição que afasta a aplicabilidade das cláusulas convencionais antinômicas.

1. Quando a questão, no estágio ainda primitivo e centralização e efetividade da ordem jurídica internacional – é de ser resolvida sob a perspectiva do juiz nacional – que, órgão do Estado, deriva da Constituição sua própria autoridade jurisdicional – não pode ele buscar, senão na Constituição mesma, o critério de solução de eventuais antinomias entre normas internas e normas internacionais; o que é bastante a firmar a supremacia sobre as últimas da Constituição; ainda quando esta eventualmente atribua aos tratados a prevalência no conflito: mesmo nessa hipótese a primazia derivará da Constituição e não de uma apriorística força intrínseca da convenção internacional.

2. Assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle de constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b).³⁶

Na verdade, a decisão do Supremo Tribunal Federal, da qual parte da ementa foi transcrita, adota uma linha de pensamento que, não obstante a decantada tendência monista de Kelsen, se pode extrair de sua obra a partir dos seguintes trechos:

Qual norma aplicar quando o direito nacional e o direito internacional se contradizem mutuamente. A questão só pode ser respondida pelo direito positivo. A Constituição pode estabelecer que o direito nacional será sempre aplicado, mesmo que esteja em conflito com o direito internacional, ou então que o conflito será solucionado em conformidade com o princípio de *Lex posterior derogat priori*. (...) Finalmente, a constituição pode estabelecer que o direito internacional sempre terá precedência sobre o direito nacional.

(...)

Qual dessas três possibilidades prevalece num dado caso só pode ser decidido por meio de uma interpretação da ordem jurídica positiva em questão. Da mesma maneira, a questão de saber se é necessário uma transformação do direito internacional em direito nacional só pode ser respondida pelo direito positivo, não por uma doutrina da natureza do direito internacional ou do direito nacional ou da sua relação mútua.³⁷

Em outras palavras, o direito positivo, mais precisamente pela Constituição, define o alcance da norma de direito internacional, o que bem se distingue da teoria dualista, segundo a qual as esferas jurídicas – nacional e internacional – seriam, na definição de Thomas Fleiner-Gerster, "a tal ponto distintas, que não teriam nenhum ponto de contato".³⁸

Foi nesta linha de raciocínio, de uma teoria monista, e no sentido de compreender os dois sistemas jurídicos como parte de um único sistema harmonioso, porém com primazia da ordem interna (monismo nacionalista) ou, pelo menos, com o reconhecimento de que a Constituição Federal teria o poder de estabelecer a prevalência de uma sobre a outra, que o

³⁶ RHC n. 79.785-7. Rio de Janeiro, 29 de março de 2000.

³⁷ Kelsen, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 538 e 539.

³⁸ FLEINER-GERSTER, Thomas. *Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 287.

Supremo Tribunal Federal proclamou, no acórdão referido, a necessidade de se buscar na própria Constituição o critério de solução de eventuais antinomias entre normas internas e normas internacionais, observando, inclusive, que tal é bastante a firmar a supremacia sobre as últimas da Constituição, ainda quando esta eventualmente atribua aos tratados a prevalência no conflito: mesmo nessa hipótese a primazia derivará da Constituição.

Foi por esta razão que o julgado buscou a lição de Francisco Rezek, que assim leciona:

Para o Estado soberano, a Constituição nacional, vértice do ordenamento jurídico, é a sede da determinação da estatura da norma jurídica convencional. Dificilmente uma dessas leis fundamentais desprezaria, neste momento histórico, o ideal de segurança e estabilidade da ordem jurídica a ponto de supor-se, a si mesma, ao produto normativo dos compromissos exteriores do Estado. Assim, posto o primado da Constituição em confronto com a norma *pacta sunt servanda*, é corrente que se preserva a autoridade da lei fundamental do Estado, ainda que isto signifique a prática de um ilícito pelo qual, no plano externo, deva aquele responder.³⁹

Salienta-se que o Supremo Tribunal Federal enfrentou o tema em pelo menos duas outras situações anteriores – no HC n. 72.131, de 23 de novembro de 1995, relatado pelo Ministro Moreira Alves e na ADIMC n. 1.480, de 25 de setembro de 1996, relatada pelo Ministro Celso de Mello –, quando expressou a equiparação entre a norma decorrente de tratado internacional e a legislação infraconstitucional, todas analisadas à luz do § 2º do artigo 5º. Em ambos os casos os relatores foram didáticos a respeito, conforme se pode observar nos trechos da ementa que se transcreve:

E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. (...)
 É na Constituição da República – e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas – que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro. O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe – enquanto Chefe de Estado que é – da competência para promulgá-los mediante decreto.
 (...)
SUBORDINAÇÃO NORMATIVA DOS TRATADOS À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

³⁹ REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 103.

- No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em consequência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. O exercício do treaty-making power, pelo Estado brasileiro – não obstante o polêmico art. 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos tratados (ainda em curso de tramitação perante o Congresso Nacional) –, está sujeito à necessária observância das limitações jurídicas impostas pelo texto constitucional.

(...)

PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO.

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. Precedentes. 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 especialidade. Precedentes.

É de se observar, outrossim, que mesmo em situações posteriores à Emenda Constitucional n. 45/2004, a Suprema Corte se pronunciou mantendo o entendimento pela “prevalência da Constituição Federal em relação aos tratados e convenções internacionais não aprovados segundo o procedimento descrito no § 3º do art. 5º da CF/88”.⁴⁰

É de se registrar, entretanto, que após a referida Emenda Constitucional, o Supremo Tribunal Federal, sem se afastar do entendimento da supremacia da Constituição Federal sobre os tratados internacionais, passou a adotar uma posição diversa em relação à sua equiparação à legislação ordinária, no sentido de que estariam os mesmos num nível hierárquico superior ao da lei, ainda que inferior ao da Constituição.

A decisão que registrou esta mudança de posicionamento foi a proferida pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal em 03 de dezembro de 2008 (publicada em 04 de junho de 2009) nos autos do Recurso Extraordinário n. 349.703, cujo relator originário foi o Ministro Carlos Ayres Britto, mas que teve o acórdão relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, de cuja ementa se pode extrair o seguinte e significativo trecho:

EMENTA: PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS.

⁴⁰ Ag. Reg. AI n. 513.044-5, 22.02.2005, Min. Carlos Veloso. DJ 08.04.2005, PP 00031.

INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 50 DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão.

O voto condutor do Ministro Gilmar Mendes elucida as razões que operaram esta transformação da perspectiva da hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos e que findaram por consolidar esta nova concepção em que os mesmos se situam em posição de superioridade à legislação ordinária, porém mantêm o caráter infraconstitucional.

Com efeito, o Ministro Gilmar Mendes, examinando o impacto do acréscimo do § 3º ao artigo 5º da Constituição Federal, traz as seguintes constatações conclusivas:

Em termos práticos, trata-se de uma declaração eloqüente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais. Não se pode negar, por outro lado, que a reforma também acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico.⁴¹

A partir destas constatações, o Ministro entende que a mudança constitucional “ao menos acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados e convenções internacionais já ratificados pelo Brasil, a qual tem sido preconizada pelo Supremo Tribunal Federal”⁴² desde, pelo menos, o ano de 1977, indicando a necessidade de tal jurisprudência ser “revisitada criticamente”, o que findou por acontecer já naquele julgamento com a adoção da tese da supralegalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos na ordem jurídica interna brasileira, bem como da persistência na tese da infraconstitucionalidade destes instrumentos.

É verdade que não se trata de uma posição unânime, uma vez que há na própria Corte Suprema brasileira quem contemple a hierarquia constitucional dos tratados internacionais

⁴¹ RE n. 349.703, rel. Min. Carlos Britto. DJe-104, publicado em 06.06.2009.

⁴² RE n. 349.703, rel. Min. Carlos Britto. DJe-104, publicado em 06.06.2009.

sobre direitos humanos, mesmo que internalizados no direito brasileiro, tão somente à luz do § 2º do artigo 5º da Constituição Federal. Exemplo disso é o entendimento do Ministro Celso de Mello que, em acórdão proferido nos autos do HC n. 90.450, julgado em 23 de setembro de 2008, assim como em outros de sua lavra, faz questão de frisar o seu ponto de vista pessoal, divergente da maioria do Supremo Tribunal Federal. Como segue:

E M E N T A: (...) TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: AS SUAS RELAÇÕES COM O DIREITO INTERNO BRASILEIRO E A QUESTÃO DE SUA POSIÇÃO HIERÁRQUICA. - A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, n. 7). Caráter subordinante dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos e o sistema de proteção dos direitos básicos da pessoa humana. - Relações entre o direito interno brasileiro e as convenções internacionais de direitos humanos (CF, art. 5º e §§ 2º e 3º). Precedentes. - Posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento positivo interno do Brasil: natureza constitucional ou caráter de supralegalidade? - Entendimento do Relator, Min. CELSO DE MELLO, que atribui hierarquia constitucional às convenções internacionais em matéria de direitos humanos.

Ao que parece, entretanto, e apesar do posicionamento divergente encampado pelo Ministro, consolida-se o pensamento no sentido de se vislumbrarem os tratados internacionais sobre direitos humanos em uma posição específica no ordenamento interno brasileiro, hierarquicamente superior à legislação ordinária e, portanto, a ela sobreposta, porém com preservação do seu caráter infraconstitucional.

Dois acórdãos são ilustrativos deste atual quadro da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de cujas ementas podem ser extraídos os seguintes e assemelhados trechos:

EMENTA: (...) DIREITO PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. ALTERAÇÃO DE ORIENTAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF. CONCESSÃO DA ORDEM. (...) A esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. (...).⁴³

EMENTA: PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 50 DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto

⁴³ HC n. 95.967, rel. Min. Ellen Gracie, julg. 11.11.2008, DJe 227, de 28.12.2008.

Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão.⁴⁴

A posição atual do Supremo Tribunal Federal é, pois, inequivocamente a de contemplar os tratados internacionais sobre direitos humanos em um nível infraconstitucional. À luz tão somente do § 2º do artigo 5º da Constituição Federal, a Corte equiparava os mesmos à legislação ordinária e, após o advento do § 3º do mesmo artigo, passou a contemplá-los em uma posição hierárquica específica dentro do ordenamento interno, com força supralegal, ou seja, posicionando-os acima da legislação ordinária, porém sujeitando-os aos ditames da Constituição Federal, o que implica a preservação de seu caráter infraconstitucional.

⁴⁴ RE n. 349.703, rel. Min. Carlos Britto, julg. 03.12.2008, DJe 104, de 05.06.2009.

2 UMA PERSPECTIVA INTERPRETATIVA APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/2004

A Emenda Constitucional n. 45/2004 aprovada pelo Congresso Nacional acrescentou ao artigo 5º da Constituição Federal o § 3º, que tem o seguinte teor:

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.

A partir do acréscimo de tal dispositivo ao ordenamento constitucional, não restou dúvida de que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos podem ter, agora sim, caráter de norma constitucional, desde que sejam observados os pressupostos estabelecidos e delineados no próprio dispositivo.

O acréscimo constitucional, evidentemente, veio com o intuito de tentar pacificar os incessantes debates jurídicos a respeito do *status* das normas de tratados internacionais no ordenamento interno dando clareza ao texto constitucional e, muito mais do que isto, conferindo tratamento adequado e racional ao ingresso destas normas no Direito brasileiro.

Não obstante a clareza do dispositivo em si, faz-se necessário examinar o sentido e alcance da norma do § 3º do artigo 5º e a situação de tratados e convenções anteriores à Emenda Constitucional n. 45/2004, o que se fará nos tópicos seguintes.

2.1 Sentido e Alcance da Norma do § 3º do Artigo 5º da Constituição Federal

De início, impõe-se afirmar que, diferentemente do que pretendem alguns, o referido § 3º do artigo 5º da Constituição Federal – que inegavelmente teve como objetivo pôr fim aos intermináveis debates a respeito do *status* dos tratados no direito interno, dando clareza e racionalidade ao enfrentamento da questão – não ratifica a posição dos que já contemplavam as normas internacionais como possuidoras de caráter constitucional tampouco se trata de uma “lei interpretativa”, como pretende Celso Lafer.⁴⁵

⁴⁵ LAFER, Celso apud PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 73.

Não há dúvida, evidentemente, de que a intenção do constituinte reformador foi a de pôr fim às intermináveis divergências sobre o tema, objetivo que parece ter alcançado, pelo menos de forma relativa, em relação aos tratados que vieram a ser recepcionados a partir de então.

Quanto aos tratados com vigência anterior à Emenda Constitucional n. 45, parece não terem sido estancadas todas as dúvidas, principalmente pelo não enfrentamento direto da questão, o que poderia ter sido feito com a apresentação de uma regra de transição.

A persistência da dúvida pode ser observada, por exemplo, na constatação do professor José Carlos Francisco, que em artigo sobre o tema publicado logo em seguida à reforma constitucional acentua que

uma das controvérsias mais interessantes geradas pela edição do § 3º do art. 5º do ordenamento constitucional vigente é se os tratados internacionais sobre direitos humanos, validamente editados antes de 8 de dezembro de 2004, podem ser recepcionados com força de norma constitucional, (...) o que deixa margem a divergências.⁴⁶

De qualquer forma, parece absolutamente claro que o novo dispositivo, ao prever quórum qualificado para que os novos tratados possam ter *status* constitucional, se apresenta frontalmente contrário à interpretação – não desposada neste trabalho – que já vislumbrava tal condição jurídica em face do § 2º do artigo 5º da Constituição Federal. Segundo tal dispositivo, a aprovação dos tratados sobre direitos humanos e seu consequente ingresso no ordenamento interno não exigiam qualquer requisito diferenciado, carecendo tão somente de votação e quórum simples para aprovação, tal qual previsto para qualquer outra espécie de tratado internacional.

Em decorrência desta clareza, resta absolutamente incabível a alegação de que o § 3º teria caráter interpretativo em relação ao § 2º do artigo 5º da Constituição Federal, como pretende Celso Lafer em citação trazida por Flávia Piovesan nos seguintes termos:

O novo parágrafo 3º do art. 5º pode ser considerado como uma lei interpretativa destinada a encerrar as controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias suscitadas pelo parágrafo 2º do art. 5º. De acordo com a opinião doutrinária tradicional, uma lei interpretativa nada mais faz do que declarar o que pré-existe, ao clarificar a lei existente.⁴⁷

⁴⁶ FRANCISCO, José Carlos. Bloco de Constitucionalidade e Recepção dos Tratados Internacionais. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Método, 2005.

⁴⁷ LAFER, Celso apud PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 73.

Com efeito, se uma lei interpretativa nada mais faz do que “declarar o que já pré-existe, ao clarificar a lei existente”, como acentua o doutrinador citado, como então compreender que um dispositivo absolutamente diferente do que já existia, passando a exigir um quórum qualificado para que o tratado internacional tenha equivalência constitucional, possa ser considerado mera interpretação da norma anterior? Aliás, se alguma coisa estava absolutamente clara antes de tal dispositivo, sem qualquer divergência doutrinária e jurisprudencial, era a certeza do quórum simples para aprovação do instrumento internacional, de tal forma que a norma acrescida, ao exigir um quórum qualificado, trata a questão de maneira diametralmente distinta e, portanto, não contemplando nela caráter interpretativo.

Na verdade, a norma contida no § 3º, ao exigir procedimento mais rígido para que um tratado internacional possa ter caráter constitucional, equânime ao demandado para uma Emenda Constitucional, deixou bem clara a sua mensagem: para que uma norma internacional convencional possa se inserir no ordenamento em nível constitucional, haverá de se submeter, quando de sua aprovação, às mesmas exigências formais de uma Emenda Constitucional.

Foi este, inapelavelmente, o sentido da norma acrescida.

Bem compreendido o sentido do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal, registrando-se que não contém tal dispositivo qualquer ratificação da interpretação repudiada nos tópicos anteriores, que enxergava o caráter constitucional dos tratados recepcionados à luz tão somente do § 2º, e assinalado ser absolutamente incabível contemplar o novo dispositivo como norma interpretativa dos dispositivos anteriores, será analisado o seu alcance.

Da literalidade do § 3º pode-se extrair, sem maiores dificuldades, não só que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos poderão guardar equivalência com a Emenda Constitucional como, também, que os requisitos formais objetivos para que assim ocorra são: a) aprovação em cada uma das duas Casas do Congresso Nacional; b) dois turnos de votação; c) quórum qualificado de três quintos dos votos dos respectivos membros.

Uma observação que, de início, se deve fazer a respeito é a de que o dispositivo em exame, diferentemente do que se pode concluir em uma primeira leitura, não submete tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos a uma necessária votação na sistemática ali contemplada para que sejam aprovados.

Explica-se. O novo dispositivo não afasta necessariamente a regra do artigo 47 do texto constitucional, aplicável à aprovação dos tratados a que se refere o artigo 49, inciso I, do mesmo diploma.

Com efeito, a literalidade do § 3º não indica que os instrumentos internacionais em foco necessitam daquele quórum para serem aprovados. Prescreve apenas que aqueles que

forem aprovados com os requisitos prescritos serão equivalentes às Emendas Constitucionais. Dizer que necessitam de uma determinada forma de votação e de um determinado quórum para serem aprovados é algo bem diferente de constatar que, uma vez aprovados com estes requisitos, alcançarão o *status* constitucional.

Não poderia ser de outra forma. Se se pretendesse, a partir da interpretação do novo dispositivo, entender que simplesmente houve alteração de formalidade e de quórum de aprovação, estar-se-ia dificultando e restringindo o ingresso dos tratados sobre direitos humanos no ordenamento brasileiro, ou seja, os tratados desta natureza, a pretexto de poderem ter *status* constitucional, teriam mais dificuldade em ingressar no ordenamento interno, inclusive em comparação com os tratados de outra natureza, o que não parece razoável nem desejável.

Aliás, tal entendimento não se harmonizaria com o § 2º que, conforme antes examinado, pretendeu não ser excludente em relação aos direitos e garantias contemplados pelo artigo 5º, comando que restaria mitigado caso se passasse a exigir, necessariamente, formalidades específicas e quórum qualificado para ingresso destes tratados no direito interno enquanto tratados de outra natureza permaneceriam com a via tranquila das formalidades simplórias, em um frontal desrespeito à “prevalência dos direitos humanos” a que se refere o artigo 4º, inciso II, da Constituição Federal, princípio sob o qual devem estar fundadas as relações internacionais da República Federativa do Brasil.

Vale registrar posicionamento contrário de André Ramos Tavares, do qual respeitosa e se discorda, e para quem “a não aprovação do tratado internacional pelo Congresso Nacional, nos termos do art. 5º, § 3º, não apenas descaracteriza a hierarquia constitucional desse tratado, como também impede que o Brasil o internalize como norma”,⁴⁸ bem como de Ingo Wolfgang Sarlet, que, em longo arrazoado sobre a questão, rebate especificamente os argumentos acima postos, sem, entretanto, retirar-lhes a relevância, ainda que entenda que “há sim pelo menos espaço para uma interpretação teleológica e sistemática em prol da compulsoriedade do procedimento reforçado das emendas constitucionais”.⁴⁹

Além dos argumentos já postos, em especial sobre a dificuldade de ingresso que tais tratados contempladores de direitos humanos teriam para adentrar no ordenamento jurídico brasileiro, poder-se-ia detectar neste entendimento o inconveniente de fazer desaparecer a possibilidade de tratados desta natureza poderem ter hierarquia equivalente à da legislação

⁴⁸ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 486.

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 130.

ordinária, o que colocaria em xeque os tratados anteriormente referendados que ou constituiriam uma exceção dentro do ordenamento por seu caráter infraconstitucional – o que afrontaria a sistemática dos mesmos – ou seriam recepcionados como norma de hierarquia constitucional sem que tivessem atendido às formalidades constitucionais para tanto – o que feriria a sistemática constitucional.

Portanto, há de se concluir que formalidades específicas e quórum qualificado são exigidos apenas para que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos tenham hierarquia constitucional, não sendo incompatíveis com a exigência de formalidade mais simplória para aprovação do tratado. Isso os coloca em igualdade de condições com os tratados de outra natureza, ainda que tal forma de aprovação não conduza ao caráter constitucional da norma.

Salienta-se que a aprovação do Congresso Nacional não constitui um “ato de transformação” do direito internacional em direito nacional, pelo menos no sentido próprio decorrente da teoria dualista, de forma que não se estaria, quando da aprovação do tratado sobre direitos humanos, votando uma Emenda Constitucional, mas tão somente, conforme exigido constitucionalmente, aprovando um tratado que, perfectibilizado que seja com o atendimento das formalidades exigidas, ingressaria no ordenamento jurídico nacional. A hierarquia que este tratado teria – se equivalente à da lei ou da Emenda Constitucional – dependeria da forma e do quórum obtido em sua aprovação pelas Casas do Congresso Nacional.

É de se perceber que, em se tratando de uma Emenda Constitucional, não haveria qualquer possibilidade de via diferente da prevista no artigo 60 da Constituição Federal, até porque esta é a única forma de aprovação deste tipo normativo. Diferente é o caso de aprovação do tratado, pois a Constituição Federal não prescreve uma determinada forma de aprovação, até porque não exige que o mesmo tenha hierarquia constitucional, embora contemple esta possibilidade para aqueles referentes a direitos humanos. Neste caso, o Texto Maior exige formalidades que se assemelham àquelas para aprovação das Emendas Constitucionais para que o tratado possa ser equivalente às mesmas sem, entretanto, exigir iguais requisitos para a simples aprovação, a qual não confere ao tratado *status* de emenda constitucional.

Tivesse a Constituição prescrito que os tratados sobre direitos humanos teriam hierarquia de Emenda Constitucional e, ao mesmo tempo, exigido formalidades específicas não se teria como obter a aprovação dos mesmos sem o atendimento de tais formalidades. Tendo, diferentemente, o texto constitucional se omitido quanto à aprovação dos tratados,

inclusive os que versam sobre direitos humanos, porém condicionado a equivalência destes à Emenda Constitucional se forem observadas certas formalidades, parece intuitivo que a observância de tais formalidades se faz necessária para obtenção do *status* constitucional, e não para a mera aprovação.

Em assim pensando, e considerando ter havido, quanto à aprovação, uma omissão do texto constitucional, não se poderia afastar a interpretação no sentido de, considerando a “prevalência dos direitos humanos” e a conseqüente inadequação de se estabelecerem dificuldades para a aprovação dos tratados que contemplem tais direitos, considerar aplicável o artigo 47 da Constituição Federal para a simples aprovação do tratado, sem prejuízo da necessária observância dos requisitos do § 3º do artigo 5º para a obtenção da hierarquia constitucional. Com tal interpretação não se está infringindo a Carta Constitucional nem em sua literalidade e nem em seu espírito.

Desse modo, a Constituição Federal, a partir do incluído § 3º do artigo 5º, abre espaço para que o legislador infraconstitucional (ou mesmo a via regimental das Casas Legislativas) possa adotar procedimento dúplice, sendo que um tratado internacional sobre direitos humanos pode ser objeto de votação para simples aprovação e, ao mesmo tempo, para adquirir hierarquia de Emenda Constitucional.⁵⁰

Resumindo, pode-se afirmar que o § 3º do artigo 5º da Constituição Federal tem, por um lado, o exato significado de impor condições para que uma norma constante em tratado ou convenção internacional de que o Brasil faça parte venha a ter hierarquia constitucional. Para isso, é preciso que o documento se submeta a procedimento que tenha idêntica rigidez ao que se exige para as Emendas Constitucionais como forma de preservar a estabilidade dos institutos originalmente acatados pela nossa Constituição. Por outro lado, tal procedimento mais rígido não é a imposição de um caminho único e específico que dificulta o ingresso destas normas em nosso ordenamento, mas apenas a admissão de uma determinada hierarquia para as normas recepcionadas, desde que adotados certos ritos e formalidades, sem exclusão de outros já admitidos para aprovação de instrumentos internacionais de outra natureza. Em outras palavras, admite-se a possibilidade de que tais instrumentos tenham hierarquia constitucional e fixem as exigências para que tal ocorra, mas não se fecha as portas para a

⁵⁰ Uma sugestão razoável seria a de que a votação se desse inicialmente para aprovação. Obtendo-se, nesta primeira votação, o quórum de três quintos, seria o documento submetido a um segundo turno de votação e então encaminhado à outra Casa Legislativa, que procederia da mesma forma. Atingindo, nas duas votações em cada Casa, o quórum exigido, o tratado seria equivalente à Emenda Constitucional e, caso contrário, não atingindo tal quórum em qualquer das votações, mas sim a maioria mínima, seria apenas aprovado com *status* de legislação ordinária.

aprovação sem tais exigências, ainda que, nesta última hipótese, não venham os tratados a gozar do *status* constitucional.

2.2 Tratados e Convenções Anteriores à Emenda Constitucional n. 45/2004

Quanto aos tratados anteriores à Emenda Constitucional n. 45/2004, não se desposa o entendimento dos que sustentam que os mesmos também teriam caráter constitucional, como o faz Flávia Piovesan, que assim assinala:

Desde logo há que se afastar o entendimento segundo o qual, em face do § 3º do art. 5º, todos os tratados de direitos humanos já ratificados seriam recepcionados como lei federal, pois não teriam obtido o *quorum* qualificado de três quintos, demandado pelo aludido parágrafo.

Observe-se que os tratados de proteção dos direitos humanos ratificados anteriormente à emenda constitucional n. 45/2006 contaram com ampla maioria na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, excedendo, inclusive, o quorum de três quintos dos membros em cada Casa. Todavia, não foram aprovados por dois turnos de votação, mas em um único turno de votação em cada Casa, uma vez que o procedimento de dois turnos não era tampouco previsto.

Reitere-se que, por força do art. 5º, § 2º todos os tratados de direitos humanos, independentemente do quorum de sua aprovação, são materialmente constitucionais.⁵¹

Não obstante a excelência da argumentação, não se concorda com o posicionamento da sempre citada doutrinadora. Conforme exaustivamente argumentado nos tópicos anteriores deste trabalho, não se admite a constitucionalização dos tratados com fundamento somente na dicção do § 2º do artigo 5º da Constituição Federal. Além disso, o caráter constitucional obtido com fundamento no § 3º, ainda que pudesse ser retroativo – tese com a qual este trabalho não se compromete –, somente poderia alcançar aqueles tratados que em seu processo de aprovação tivessem satisfeito as exigências previstas, o que não aconteceu com os até então aprovados, uma vez que, como bem observou a própria doutrinadora, foram aprovados em um único turno de votação e o § 3º exige, além do quórum qualificado, dois turnos de votação em cada uma das Casas Legislativas.

Portanto, os tratados aprovados anteriormente à Emenda Constitucional n. 45/2004 não têm caráter constitucional.

⁵¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 60.

Não vislumbramos, por outro lado, impedimento constitucional para que os mesmos obtenham tal *status*.

Como antes exposto, a exigência das formalidades específicas do § 3º e o quórum qualificado ali exigido são requisitos para a aquisição do *status* constitucional do tratado internacional e não para a aprovação do mesmo, de tal forma que são situações que se distinguem e não se eliminam. Assim, não se vislumbra qualquer impedimento para que um tratado anteriormente aprovado possa ser submetido ao referendo dos órgãos legislativos competentes com objetivo único de alcançar equivalência à Emenda Constitucional.

Luiz Alberto David Araújo se posiciona em sentido contrário, com o argumento de que “a Constituição projetou para o futuro e não tratou de disciplinar regra transitória nesse sentido”.⁵²

Evidentemente, a Constituição projetou um futuro, como bem diz o doutrinador pátrio, mas não se pode esquecer, como já bem acentuado, que a inclusão do dispositivo teve um fim indisfarçável de solucionar controvérsia anterior quase insolúvel e que ainda gera efeitos indesejáveis. Não se pode, outrossim, desprezar preocupações como as manifestadas por Flávia Piovesan, para quem tratados complementares e subsidiários ao principal viriam a ter hierarquia constitucional quando a estes fosse conferida hierarquia apenas legal.

Careceu a inovação constitucional, como se intui da afirmação de Luiz Alberto David Araújo, da existência de regra transitória que regulasse a matéria, o que não significa dizer que a ausência desta inviabilizou solução de transição que, no caso específico, não encontra nenhum óbice legal e, muito menos, constitucional. Pelo contrário, é decorrência do próprio texto constitucional a previsão de procedimento somente para a aquisição da hierarquia constitucional e não necessariamente para a aprovação, o que não inviabiliza que um tratado já aprovado seja submetido ao referendo das Casas Legislativas para se tornar equivalente à Emenda Constitucional.

Portanto, não há qualquer impedimento para que os tratados internacionais sobre direitos humanos já aprovados pelo Congresso Nacional e que, em princípio, não têm hierarquia de norma constitucional sejam submetidos ao referendo das Casas Legislativas e, atendidas as exigências do § 3º do art. 5º da Constituição Federal, possam adquirir equivalência à Emenda Constitucional.⁵³

⁵² ARAÚJO, Luiz Alberto David; SERRANO NUNES JÚNIOR, Vidal. *Curso de Direito Constitucional*, p. 217.

⁵³ A equivalência às Emendas Constitucionais impõe aos referidos tratados a observância ao artigo 60 da Constituição Federal e, como tal, impede a deliberação “tendente a abolir os direitos e garantias individuais”, ou seja, somente poderá acrescentar direitos e garantias e nunca eliminar os já previstos.

CONCLUSÕES

Em face do exposto, assim se podem resumir as conclusões alcançadas:

01. A Constituição Federal, no § 2º do seu artigo 5º, não exclui os direitos e garantias, além dos enunciados, decorrentes dos tratados internacionais de que o Brasil seja parte, assim como os que decorram do regime democrático e dos princípios constitucionais.

02. Os direitos e garantias decorrentes dos tratados internacionais referentes a direitos humanos adentram no ordenamento nacional independentemente de lei que reproduza o seu conteúdo – sendo, portanto, autoaplicáveis neste exato sentido. Porém, somente após o cumprimento das formalidades internas exigidas constitucionalmente para a validade e vigência do tratado para o Brasil, em especial a da aprovação pelo Congresso Nacional que é exteriorizada pelo decreto legislativo e a promulgação por decreto presidencial, é que eles adquirem essa força normativa.

03. A norma decorrente de tratado internacional referendada pelo Congresso Nacional na forma do artigo 49, inciso I, e recepcionada pelo ordenamento nacional à luz do § 2º do artigo 5º da Constituição Federal tem hierarquia de legislação infraconstitucional, não se podendo conferir à mesma caráter de norma constitucional.

04. É razoável que o referendo do Congresso Nacional constitucionalmente exigido para que tais normas tenham vigência e, em consequência, ingressem no ordenamento interno com *status* de norma constitucional, deva observar formalidades que se assemelhem às já adotadas pelo processo legislativo brasileiro para o ingresso de outras regras no contexto constitucional se for desejável que as normas acolhidas tenham *status* constitucional.

05. A posição atual do Supremo Tribunal Federal é, pois, inequivocamente, a de contemplar os tratados internacionais sobre direitos humanos em um nível infraconstitucional, sendo que à luz tão somente do § 2º do artigo 5º da Constituição Federal equiparava os mesmos à legislação ordinária e após o advento do § 3º do mesmo artigo evoluiu para contemplá-los em uma posição hierárquica específica dentro do ordenamento interno, com força supralegal, ou seja, posicionados acima da legislação ordinária, porém sujeitos aos ditames da Constituição Federal, o que implica a preservação de seu caráter infraconstitucional.

06. As formalidades específicas e o quórum qualificado a que se refere o § 3º do artigo 5º da Constituição Federal são exigidos apenas para que tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos tenham hierarquia constitucional, não sendo

incompatíveis com a exigência de formalidade mais simplória para aprovação do tratado em igualdade de condições com os tratados de outra natureza, ainda que tal forma de aprovação não conduza ao caráter constitucional da norma.

07. A Constituição Federal, a partir do incluído § 3º do artigo 5º, abre espaço para que o legislador infraconstitucional (ou mesmo a via regimental das Casas Legislativas) adote procedimento dúplice para que um tratado internacional sobre direitos humanos seja objeto de votação para simples aprovação e, ao mesmo tempo, adquira hierarquia de Emenda Constitucional.

08. Os tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados pelo Congresso Nacional anteriormente à Emenda Constitucional n. 45/2004 não têm caráter de norma constitucional, não havendo, entretanto, qualquer impedimento para que os mesmos sejam submetidos ao referendo das Casas Legislativas e, atendidas as exigências do § 3º do art. 5º da Constituição Federal, possam adquirir equivalência à Emenda Constitucional.

Em face destas conclusões tópicas extraídas de todo o desenvolvimento do presente trabalho e que representam a posição que se entende mais correta, adequada, conveniente e juridicamente aceitável acerca da hierarquia dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro – aí incluídos tanto os instrumentos que adentraram no ordenamento anteriormente à Emenda Constitucional n. 45/2004, quanto os que lhe foram supervenientes –, avalia-se ser possível equacionar adequadamente a questão que, de forma recorrente, tem ocupado espaço nas discussões sobre o tema, gerando polêmica que sobrevive inclusive à interferência do legislador constitucional em sua pretensão de solucionar a contenda.

Tal equacionamento, por sua vez, de reflexo direto e imediato sobre a seara do Direito Penal, máxime em face da indissociável relação entre este específico ramo do Direito e os chamados direitos humanos, tem o condão de permitir que, sem abdicar da estabilidade jurídica interna, o país possa se inserir de forma adequada no contexto que decorre de uma perspectiva globalizada da sociedade mundial e do qual aflora a necessidade do enfrentamento acertado e eficiente de questões como, por exemplo, a dos crimes transnacionais. Dessa forma é que se poderá, com segurança e racionalidade, a um só tempo, estabelecerem-se órgãos internacionais de persecução penal e criarem-se entidades de preservação de direitos humanos e, quem sabe, até mesmo promover-se a consolidação de uma legislação penal internacionalmente aplicável.

Com estas considerações tópicas e finais, conclui-se o presente trabalho.

BIBLIOGRAFIA

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Teoria Geral do Estado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; SERRANO NUNES JÚNIOR, Vidal. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ARIOSI, Mariângela. *Conflitos entre Tratados Internacionais e Leis Internas*. São Paulo: Renovar, 2000.

AVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 19. ed. Porto Alegre: Globo, 1980.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Trad. João Ferreira (coord.). 13. ed. Brasília: UNB, 2007.

_____; VIROLI, Maurizio. *Direitos e Deveres na República: os grandes temas da política e da cidadania*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Ciência Política*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Métodos de Proteção de Direitos, Liberdade e Garantias. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antônio Marques da (Coord.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso-Brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa: lei do Tribunal Constitucional*. 8. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1992.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. *Constituição e Tratados Internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2003.

DUVERGER, Maurice. *Instituciones Politicas y Derecho Constitucional*. Barcelona: Ariel, 1962.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

FLEINER-GERSTER, Thomas. *Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: RCS, 2007.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

_____. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

JELLINEK, George. *Teoría General del Estado*. Trad. Fernando de Los Rios. México: FCE, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MALHEIRO, Emerson Penha. *Manual de Direito Internacional Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MALBERG, Raymond Carré de. *Teoría General Del Estado*. Trad. para espanhol José Lion Depetre. México: FCE, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito Processual Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 1989.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Marco Antônio Marques da. *Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Método, 2005.

TEIXEIRA, José Elaeres Marques. *A Doutrina das Questões Políticas no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

VILLEY, Michel. *A Formação do Pensamento Jurídico Moderno*. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.