

# O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia

Valerio de Oliveira Mazzuoli

## Sumário

1. Introdução. 2. A situação constitucional atual na América Latina. 3. As incongruências do novo § 3º do art. 5º da Constituição de 1988. 4. Em que momento do processo de celebração de tratados tem lugar o novo § 3º do art. 5º da Constituição? 5. Hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos independentemente da entrada em vigor da Emenda nº 45/2004. 6. Aplicação imediata dos tratados de direitos humanos independentemente da regra do novo § 3º do art. 5º da Constituição. 7. Conclusão.

## 1. Introdução

A promulgação da Constituição brasileira de 1988 foi, sem dúvida, um marco significativo para o início do processo de redemocratização do Estado brasileiro e de institucionalização dos direitos humanos no país. Mas se é certo que a promulgação do texto constitucional significou a abertura do nosso sistema jurídico para essa chamada *nova ordem* estabelecida a partir de então, também não é menos certo que todo esse processo desenvolveu-se concomitantemente à cada vez mais intensa ratificação, pelo Brasil, de inúmeros tratados internacionais globais e regionais protetivos dos direitos da pessoa humana, os quais perfazem uma imensa gama de normas diretamente aplicáveis pelo Judiciário e que agregam vários novos direitos e garantias àqueles já constantes do nosso ordenamento jurídico interno.

Valerio de Oliveira Mazzuoli é Mestre em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade Estadual Paulista (UNESP). Professor Honorário da Faculdade de Direito e Ciências Políticas da Universidade de Huánuco (Peru). Professor de Direito Internacional Público e Direitos Humanos no Instituto de Ensino Jurídico Professor Luiz Flávio Gomes (IELF), em São Paulo, e de Direito Constitucional Internacional nos cursos de Especialização da Universidade Estadual de Londrina (UEL-PR).

Atualmente, no Brasil, já se encontram ratificados e em pleno vigor praticamente todos os tratados internacionais significativos sobre direitos humanos pertencentes ao sistema global, de que são exemplos a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948), a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951), o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados (1966), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), o Protocolo Facultativo Relativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1979), o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1999), a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989) e ainda o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (1998).

No que tange ao sistema interamericano de direitos humanos, o Brasil também já é parte de praticamente todos os tratados existentes, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988), o Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte (1990), a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985), a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994), a Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (1994) e a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (1999).

A Constituição de 1988, dentro desse contexto internacional marcadamente humanizante e protetivo, erigiu a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III) e a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, inc. II) a princípios fundamentais da República Federativa do Brasil. Este último passou a ser, inclusive, princípio pelo qual o Brasil deve-se reger no cenário internacional. A Carta de 1988, dessa forma, instituiu no país novos princípios jurídicos que conferem suporte axiológico a todo o sistema normativo brasileiro e que devem ser sempre levados em conta quando se trata de interpretar quaisquer normas do ordenamento jurídico pátrio.

Dentro dessa mesma trilha, que começou a ser demarcada desde a Segunda Guerra Mundial, em decorrência dos horrores e atrocidades cometidos pela Alemanha Nazista no período sombrio do Holocausto, a Constituição brasileira de 1988 deu um passo extraordinário rumo a abertura do nosso sistema jurídico ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, quando, no § 2º do seu art. 5º, deixou bem estatuído que:

“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*”. (grifo nosso)

Com base nesse dispositivo, que segue a tendência do constitucionalismo contemporâneo, sempre defendemos que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm índole e nível constitucionais, além de aplicação imediata, não podendo ser revogados por lei ordinária posterior. E a nossa interpretação sempre foi a seguinte: se a Constituição estabelece que os *direitos e garantias* nela elencados “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, é porque ela própria está a autorizar que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tra-

tados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil “se incluem” no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem. É dizer, se os direitos e garantias expressos no texto constitucional “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, é porque, pela lógica, na medida em que tais instrumentos passam a assegurar outros direitos e garantias, a Constituição “os inclui” no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu “bloco de constitucionalidade”<sup>1</sup>.

Da análise do § 2º do art. 5º da Carta brasileira de 1988, percebe-se que três são as vertentes, no texto constitucional brasileiro, dos direitos e garantias individuais: a) direitos e garantias *expressos* na Constituição, a exemplo dos elencados nos incisos I ao LXXVIII do seu art. 5º, bem como outros fora do rol de direitos mas dentro da Constituição, como a garantia da anterioridade tributária, prevista no art. 150, III, b, do Texto Magno; b) direitos e garantias *implícitos*, subentendidos nas regras de garantias, bem como os decorrentes do regime e dos princípios pela Constituição adotados, e c) direitos e garantias *inscritos nos tratados internacionais* em que a República Federativa do Brasil seja parte<sup>2</sup>.

A Carta de 1988, com a disposição do § 2º do seu art. 5º, de forma inédita, passou a reconhecer claramente, no que tange ao seu sistema de direitos e garantias, uma *dupla fonte normativa*: a) aquela advinda do direito interno (direitos *expressos* e *implícitos* na Constituição, estes últimos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados), e; b) aquela outra advinda do direito internacional (decorrente dos *tratados internacionais* de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil seja parte). De forma expressa, a Carta de 1988 atribuiu aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos devidamente ratificados pelo Estado brasileiro a condição de *fonte* do sistema constitucional de proteção de direitos. É

dizer, tais tratados passaram a ser fonte do sistema constitucional de proteção de direitos no mesmo plano de eficácia e igualdade daqueles direitos, expressa ou implicitamente, consagrados pelo texto constitucional, o que justifica o *status* de norma constitucional que detêm tais instrumentos internacionais no ordenamento jurídico brasileiro. E essa dualidade de fontes que alimenta a completude do sistema significa que, em caso de conflito, deve o intérprete *optar* preferencialmente pela fonte que proporciona a norma *mais favorável* à pessoa protegida, pois o que se visa é a *otimização* e a *maximização* dos sistemas (interno e internacional) de proteção dos direitos e garantias individuais<sup>3</sup>.

Para nós, cláusula aberta do § 2º do art. 5º da Carta da 1988 sempre admitiu o ingresso dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no *mesmo grau* hierárquico das normas constitucionais, e não em outro âmbito de hierarquia normativa. Portanto, segundo sempre defendemos, o fato de esses direitos se encontrarem em tratados internacionais jamais impediu a sua caracterização como direitos de *status* constitucional<sup>4</sup>.

Ainda em sede doutrinária, também não faltaram vozes que, dando um passo mais além do nosso, defenderam cientificamente o *status* supraconstitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos, levando-se em conta toda a principiologia internacional marcada pela força expansiva dos direitos humanos e pela sua caracterização como normas de *jus cogens* internacional<sup>5</sup>.

Em sede jurisprudencial, entretanto, a matéria nunca foi pacífica em nosso país, tendo o Supremo Tribunal Federal tido a oportunidade de, em mais de uma ocasião, analisar o assunto, não tendo chegado a uma solução uniforme e tampouco satisfatória<sup>6</sup>.

Em virtude das controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais existentes até então no Brasil, e com o intuito de pôr fim às discussões relativas à hierarquia dos tratados

internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio, acrescentou-se um parágrafo subsequente ao § 2º do art. 5º da Constituição, por meio da recente Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, proveniente da PEC 29/2000 relativa à “Reforma do Judiciário”, com a seguinte redação:

“§ 3º 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 redação do dispositivo, como se percebe, é materialmente semelhante à do art. 60, § 2º da Constituição, segundo o qual toda proposta de emenda à Constituição “será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros”. A semelhança dos dispositivos está ligada ao fato de que, antes da entrada em vigor da Emenda nº 45/2004, os tratados internacionais de direitos humanos, antes de serem ratificados pelo Presidente da República, eram exclusivamente aprovados (por meio de Decreto Legislativo) por maioria simples, nos termos do art. 49, inc. I, da Constituição, o que gerava inúmeras controvérsias jurisprudenciais (a nosso ver infundadas) sobre a aparente hierarquia *infraconstitucional* (nível de normas ordinárias) desses instrumentos internacionais no nosso direito interno.

A inspiração do legislador constitucional brasileiro talvez tenha sido o art. 79, §§ 1º e 2º da Lei Fundamental alemã, que prevê que os tratados internacionais, sobretudo os relativos à paz (com a observação de que a Lei Fundamental alemã não se refere expressamente aos tratados “sobre direitos humanos” como faz agora o texto constitucional brasileiro), podem *complementar* a Constituição, uma vez que esta seja emendada por lei, aprovada por dois terços dos membros

do Parlamento Federal e dois terços dos votos do Conselho Federal, nestes termos:

“Artigo 79 [Emendas à Lei Fundamental]

1. A Lei Fundamental só poderá ser emendada por uma lei que *altere* ou *complemente* expressamente o seu texto. Em matéria de tratados internacionais que tenham por objeto regular a paz, prepará-la ou abolir um regime de ocupação, ou que objetivem promover a defesa da República Federal da Alemanha, será suficiente, para esclarecer que as disposições da Lei Fundamental não se opõem à conclusão e à entrada em vigor de tais tratados, *complementar*, e tão-somente isso, o texto da Lei Fundamental.

2. Essas leis precisam ser aprovadas por dois terços dos membros do Parlamento Federal e dois terços dos votos do Conselho Federal”<sup>7</sup>. (grifo nosso).

A alteração do texto constitucional brasileiro, sob o pretexto de acabar com as discussões referentes às contendas doutrinárias e jurisprudenciais relativas ao *status* hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, veio causar, como veremos no decorrer deste estudo, graves problemas interpretativos relativos à integração, eficácia e aplicabilidade destes tratados no nosso direito interno, sendo que o primeiro e mais estúpido deles foi o de ter feito tábula rasa de uma interpretação do § 2º do art. 5º da Constituição, que já estava sedimentada na doutrina humanista mais abalizada, bem como na jurisprudência de vários tribunais de diversos Estados brasileiros<sup>8</sup>.

Na medida em que a nova alteração constitucional prevê que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos somente equivalerão às emendas constitucionais uma vez que sejam aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos seus respectivos membros, fica a questão de

saber se o novo § 3º do art. 5º da Constituição, acrescentado pela Emenda nº 45/2004, prejudica ou não o entendimento que já vinha sendo seguido em relação ao § 2º do mesmo art. 5º da Carta de 1988, no sentido de terem os tratados de direitos humanos *status* de norma constitucional.

Antes de estudarmos todas as facetas do novo § 3º do art. 5º da Constituição, mister verificar como se encontra a situação dos tratados de direitos humanos nas Constituições latino-americanas. Esse panorama comparado auxiliará na contextualização do problema e ajudará o intérprete na sua resolução.

## 2. A situação constitucional atual na América Latina

Vários países latino-americanos têm concedido *status* normativo constitucional aos tratados de proteção dos direitos humanos, sendo crescente a preocupação dos mesmos em se deixar bem assentado, em nível constitucional, a questão da hierarquia normativa de tais instrumentos internacionais protetivos dos direitos da pessoa humana<sup>9</sup>.

Abstraindo-se a Constituição brasileira de 1988, pode-se verificar várias Constituições de países latino-americanos que, seguindo a tendência mundial de integração dos direitos humanos ao direito interno, passaram a incorporar em seus respectivos textos regras bastante nítidas sobre a hierarquia desses instrumentos nos seus ordenamentos internos. Nesse sentido, a Constituição peruana anterior, de 1979, estabelecia no seu art. 101 que “os tratados internacionais, celebrados pelo Peru com outros Estados, formam parte do direito nacional”, e que, “em caso de conflito entre o tratado e a lei, prevalece o primeiro”<sup>10</sup>. No art. 105, a mesma Carta determinava que os preceitos contidos nos tratados de direitos humanos têm *hierarquia constitucional*, não podendo ser modificados senão pelo procedimento para a reforma da própria Constituição, o que,

infelizmente, não mais se encontra na atual Constituição do Peru de 1993, “a qual se limita a determinar (4ª disposição final e transitória) que os direitos constitucionalmente reconhecidos se interpretam de conformidade com a Declaração Universal de Direitos Humanos e com os tratados de direitos humanos ratificados pelo Peru”<sup>11</sup>.

A Constituição da Guatemala também atribui aos tratados internacionais de direitos humanos condição especial (art. 46), diferindo, contudo, da Carta peruana de 1979, na medida em que esta dava a ditos tratados a hierarquia de norma materialmente constitucional, enquanto aquela atribuía a estes preeminência sobre a legislação ordinária, bem como sobre o restante do direito interno. A Constituição da Nicarágua, por sua vez, integra à sua enumeração constitucional de direitos, para fins de proteção, os direitos consagrados nos seguintes instrumentos: Declaração Universal dos Direitos Humanos, Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

A Constituição do Chile, reformada em 1989, passou a dispor, no seu art. 5º, inc. II, que: “É dever dos órgãos do Estado respeitar e promover tais direitos garantidos por esta Constituição, assim como pelos tratados internacionais ratificados pelo Chile e que se encontrem vigentes”. Nessa mesma linha, encontra-se a Constituição da Colômbia de 1991, reformada em 1997, cujo art. 93 traz disposição no sentido de que os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos devidamente ratificados pela Colômbia têm *prevalência* na ordem interna, e que os direitos humanos constitucionalmente assegurados serão interpretados de conformidade com os tratados de direitos humanos ratificados pela Colômbia. Acrescenta ainda o seu art. 94 que a “enunção dos direitos e garantias contidos na Constituição e em convênios internacionais vigentes, não

deve ser entendida como negando outros que, sendo inerentes à pessoa humana, não figurem expressamente neles”<sup>12</sup>. E ainda, segundo o art. 164 da Carta colombiana, “o Congresso dará *prioridade* ao trâmite de projetos de lei aprovatórios dos tratados sobre direitos humanos que sejam submetidos à sua consideração pelo governo”.

Seguindo essa nova tendência das Constituições latino-americanas, a Constituição Argentina, reformada em 1994, estabelece em seu artigo 75, inc. 22, que determinados tratados e instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos nele enumerados têm *hierarquia constitucional*, só podendo ser denunciados mediante prévia aprovação de dois terços dos membros do Poder Legislativo. A Carta Magna Argentina indica que têm essa hierarquia os seguintes instrumentos: a) Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; b) Declaração Universal dos Direitos Humanos; c) Convenção Americana sobre Direitos Humanos; d) Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; e) Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; f) Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio; g) Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial; h) Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; i) Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, e a j) Convenção sobre os Direitos da Criança.

A reforma constitucional argentina de 1994 foi grandemente influenciada por uma inovadora jurisprudência que começava a se formar, reconhecendo a primazia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos sobre a legislação interna (exatamente o que o poder reformador brasileiro deveria ter feito, seguindo a doutrina mais especializada, mas que infelizmente não fez). A Carta Argentina frisa ainda que tais direitos são “complementares” aos direitos e garantias nela reconhecidos<sup>13</sup>.

Segundo Cançado Trindade (1996, p. 21-22), uma outra técnica seguida pelas recentes reformas constitucionais latino-americanas “tem consistido em dispor sobre a procedência do recurso de *amparo* para a salvaguarda dos direitos consagrados nos tratados de direitos humanos (Constituição da Costa Rica, reformada em 1989, artigo 48; além da Constituição da Argentina, artigo 43); outras Constituições optam por referir-se à normativa internacional em relação a um determinado direito, para o qual ‘a fonte internacional adquire hierarquia constitucional’ (Constituições do Equador, artigos 43 e 17; de El Salvador, artigo 28; de Honduras, artigo 119, 2)”. E continua: “As Constituições latino-americanas supracitadas reconhecem assim a relevância da proteção internacional dos direitos humanos e dispensam atenção e tratamento especiais à matéria. Ao reconhecerem que sua enumeração de direitos não é exaustiva ou supressiva de outros, descartam desse modo o princípio de interpretação das leis *inclusio unius est exclusio alterius*. É alentador que as conquistas do direito internacional em favor da proteção do ser humano venham a projetar-se no direito constitucional, enriquecendo-o, e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista. (...) A tendência constitucional contemporânea de dispensar um tratamento especial aos tratados de direitos humanos é, pois, sintomática de uma escala de valores na qual o ser humano passa a ocupar posição central”.

Entretanto, a Constituição latino-americana que mais evoluiu em termos de proteção dos direitos humanos foi a recente Carta venezuelana de 1999, verdadeiro “modelo” de constitucionalismo democrático e protetor de direitos e que deveria ser seguido pelo legislador constitucional brasileiro (e que, lamentavelmente, também não foi). De fato, a Constituição da Venezuela dispõe agora, em seu art. 23, que os tratados,

pactos e convenções internacionais relativos a direitos humanos, subscritos e ratificados pela Venezuela, “têm *hierarquia constitucional e prevalecem* na ordem interna, na medida em que contenham normas sobre seu gozo e exercício *mais favoráveis* às estabelecidas por esta Constituição e pela Lei da República, e são de *aplicação imediata* e direta pelos tribunais e demais órgãos do Poder Público” (grifo nosso). Trata-se da consagração, em sede constitucional, das regras que vários internacionalistas vêm defendendo há vários anos, tendo em vista que dá aos tratados de direitos humanos *hierarquia constitucional e incorporação automática*, além, é claro, de erigir expressamente o *princípio da primazia da norma mais favorável* a princípio hermenêutico constitucional.

Tais textos constitucionais latino-americanos são, portanto, reflexo do constitucionalismo que vem-se desenvolvendo em todos os países democráticos do mundo. O Brasil, como se verá, ficou atrasado em relação aos demais países da América Latina, em relação à eficácia interna dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, não obstante ter tido a oportunidade de rever alguns dos conceitos equivocados que a jurisprudência atual veio sedimentando através dos tempos, quando promulgou a Emenda Constitucional nº 45/2004, que não incorporou sequer os avanços doutrinários que há tempos vêm sendo desenvolvido no país, tendo preferido seguir o que diz a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em relação ao tema.

### 3. *As incongruências do novo § 3º do art. 5º da Constituição de 1988*

Sempre entendemos inevitável a mudança do texto constitucional brasileiro, a fim de se eliminar as controvérsias a respeito do grau hierárquico conferido pela Constituição de 1988 aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. Entendíamos ser premente, mais do que nunca, incluir em nossa Carta Magna não um dispo-

sitivo hierarquizando os tratados de direitos humanos, mas sim um dispositivo que reforçasse o significado do § 2º do art. 5º, dando-lhe interpretação autêntica. Por esse motivo, também havíamos proposto, como alteração constitucional, a introdução de mais um parágrafo no art. 5º da Carta de 1988, mas não para contrariar o espírito inclusivo que o § 2º já tem. A redação que propusemos, publicada em nosso livro *Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais*, foi a seguinte:

“§ 3º Os tratados internacionais referidos pelo parágrafo anterior, uma vez ratificados, incorporam-se automaticamente na ordem interna brasileira com hierarquia constitucional, prevalecendo, no que forem suas disposições mais benéficas ao ser humano, às normas estabelecidas por esta Constituição”<sup>14</sup>.

Como se vê, a redação que queríamos, já há algum tempo, para um terceiro parágrafo ao rol dos direitos e garantias fundamentais, não invalida a interpretação doutrinária relativa aos §§ 1º e 2º do art. 5º da Carta de 1988, que tratam, conjugadamente, da hierarquia constitucional e da aplicação imediata dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro. Nesse caso, a inserção de um terceiro parágrafo ao rol dos direitos e garantias fundamentais do art. 5º da Constituição valeria tão-somente como *interpretação autêntica* do parágrafo anterior, ou seja, do § 2º do elenco constitucional dos direitos e garantias.

Essa proposta que fizemos, inspirada no legislador constitucional venezuelano de 1999, teria a vantagem de evitar os graves inconvenientes sofridos pela atual doutrina, no que tange à interpretação do efetivo grau hierárquico conferido pela Constituição aos tratados de proteção dos direitos humanos. Afastaria, ademais, as controvérsias até então existentes em nossos tribunais superiores, notadamente no Supremo Tribunal Federal, relativamente ao assunto.

Uma tal mudança, a nosso ver, era o mínimo que poderia ter sido feito pelo legislador constitucional brasileiro, retirando a Constituição do atraso de muitos anos em relação às demais Constituições dos países latino-americanos e do resto do mundo, no que diz respeito à eficácia interna das normas internacionais de proteção dos direitos humanos.

A Emenda Constitucional nº 45, entretanto, não seguiu essa orientação, e estabeleceu, no § 3º do art. 5º da Carta de 1988, que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos serão equivalentes às emendas constitucionais, uma vez aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos seus respectivos membros (que é exatamente o *quorum* para a aprovação de uma emenda constitucional).

Essa alteração do texto constitucional, que pretendeu pôr termo ao debate quanto ao *status* dos tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro, é um exemplo claro de falta de compreensão e de interesse do nosso legislador, no que tange à normatividade internacional de direitos humanos. Além de demonstrar total desconhecimento do direito internacional público, notadamente das regras basilares da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, em especial as de *ius cogens*, traz o velho e arraigado ranço da já ultrapassada noção de soberania absoluta. Com o texto proposto, as convenções internacionais de direitos humanos equivaleriam, em grau hierárquico, às emendas constitucionais, desde que aprovadas pela maioria qualificada que estabelece.

A redação do dispositivo induz à conclusão de que apenas as convenções assim aprovadas teriam valor hierárquico de norma constitucional, o que traz a possibilidade de alguns tratados, relativamente a essa matéria, serem aprovados sem esse *quorum*, passando a ter (aparentemente) valor de norma infraconstitucional, ou seja, de mera lei ordinária. Como o texto proposto, ambí-

guo que é, não define quais tratados deverão ser assim aprovados, poderá ocorrer que determinados instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, aprovados por processo legislativo não qualificado, acabem por subordinar-se à legislação ordinária, quando de sua efetiva aplicação prática pelos juizes e tribunais nacionais (que poderão preferir o tratado a fim de aplicar a legislação “mais recente”), o que certamente acarretaria a responsabilidade internacional do Estado brasileiro<sup>15</sup>.

Surgiria ainda o problema de saber se os tratados de direitos humanos ratificados anteriormente à entrada em vigor da Emenda nº 45, a exemplo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e tantos outros, perderiam o *status* de norma constitucional que aparentemente detinham em virtude do § 2º do art. 5º da Constituição, caso agora não aprovados pelo *quorum* do § 3º do mesmo art. 5º.

Como se deduz da leitura do novo § 3º do art. 5º do Texto Magno, basta que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos sejam *aprovados* pela maioria qualificada ali prevista, para que possam equivaler às emendas constitucionais. Não há, no citado dispositivo, qualquer menção ou ressalva dos compromissos assumidos anteriormente pelo Brasil e, assim sendo, poderá ser interpretado no sentido de que, não obstante um tratado de direitos humanos tenha sido ratificado há vários anos, pode o Congresso Nacional novamente aprová-lo, mas agora pelo *quorum* do § 3º, para que esse tratado mude de *status*. Mas de qual *status* mudaria o tratado? Certamente daquele que o nosso Pretório Excelso sempre entendeu que têm os tratados de direitos humanos – o *status* de lei ordinária –, para passar a deter o *status* de norma constitucional. O Congresso Nacional teria, assim, o poder de, a seu alvedrio e a seu talante, decidir qual a hierarquia normativa que

devem ter determinados tratados de direitos humanos em detrimento de outros, violando a completude material do bloco de constitucionalidade.

O nosso poder reformador, ao conceber esse § 3º, parece não ter percebido que ele, além de subverter a ordem do processo constitucional de celebração de tratados, uma vez que não ressalva (como deveria fazer) a fase do *referendum* congressual do art. 49, inc. I, da Constituição (que diz competir exclusivamente ao Congresso Nacional “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”), também rompe a harmonia do sistema de integração dos tratados de direitos humanos no Brasil, uma vez que cria “categorias” jurídicas entre os próprios instrumentos internacionais de direitos humanos ratificados pelo governo, dando tratamento diferente para normas internacionais que têm o mesmo fundamento de validade, ou seja, hierarquizando diferentemente tratados que têm o mesmo conteúdo ético, qual seja, a proteção internacional dos direitos humanos.

Por tudo isso, pode-se inferir que o recém criado § 3º do art. 5º da Constituição seria mais condizente com a atual realidade das demais Constituições latino-americanas, bem como de diversas outras Constituições do mundo, se determinasse expressamente que todos os tratados de direitos humanos pelo Brasil ratificados têm hierarquia constitucional, aplicação imediata, e ainda prevalência sobre as normas constitucionais no caso de serem suas disposições mais benéficas ao ser humano.

Isso faria com que se evitassem futuros problemas de interpretação constitucional, bem como contribuiria para afastar de vez o arraigado equívoco que assola boa parte dos constitucionalistas brasileiros, no que diz respeito à normatividade internacional de direitos humanos e sua proteção.

Na verdade, tal fato não seria necessário se fosse aplicável no Brasil o princípio de

que a jurisprudência seria a lei escrita, atualizada e lida com olhos das necessidades prementes de uma sociedade. Apesar de já existirem os “princípios” do art. 4º da Constituição, a nosso ver, para a Excelsa Corte nada valem, mesmo que tenham sido colocados pelo legislador constituinte em nosso texto constitucional.

Como o novo § 3º do art. 5º da Constituição já está em vigor (e, aparentemente, não se vislumbra uma reforma breve de seu texto), cabe à doutrina interpretá-lo segundo os princípios constitucionais garantidores da dignidade da pessoa humana e da prevalência dos direitos humanos. Mas antes de se verificar qual a interpretação mais condizente do novo § 3º do art. 5º da Constituição, uma questão que tem que ser obrigatoriamente colocada (embora não tenhamos visto ninguém fazê-lo até agora) diz respeito ao *momento* em que deve-se manifestar o Congresso Nacional quando pretender aprovar um tratado de direitos humanos nos termos do § 3º do art. 5º da Constituição, bem como se esta manifestação congressual poderia suprimir a fase constante do art. 49, inc. I, da Constituição, que trata do poder do Parlamento em decidir definitivamente sobre os tratados internacionais (quaisquer que sejam) assinados pelo Presidente da República.

#### *4. Em que momento do processo de celebração de tratados tem lugar o novo § 3º do art. 5º da Constituição?*

A Constituição de 1988 cuida do processo de celebração de tratados em tão-somente dois de seus dispositivos (arts. 84, inc. VIII, e 49, inc. I), que assim dispõem:

“Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional; (...)”

“Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional; (...).”

Como se percebe pela leitura dos artigos transcritos, a vontade do Executivo, manifestada pelo Presidente da República, não se aperfeiçoará enquanto a decisão do Congresso Nacional sobre a viabilidade de se aderir àquelas normas internacionais não for manifestada, no que se consagra, assim, a colaboração entre o Executivo e o Legislativo no processo de conclusão de tratados internacionais<sup>16</sup>.

Esse procedimento estabelecido pela Constituição vale para todos os tratados e convenções internacionais de que o Brasil pretende ser parte, sejam eles tratados comuns ou de direitos humanos. Nem se diga que a referência aos “encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional” exclui da apreciação parlamentar os tratados de direitos humanos, uma vez que o art. 84, inc. VIII, da Constituição é claro em submeter *todos* os tratados internacionais assinados pelo Presidente da República ao referendo do Parlamento, como já pacificado na melhor doutrina<sup>17</sup>.

Assim, uma primeira interpretação que poderia ser feita é no sentido de que a competência do Congresso Nacional para referendar os tratados internacionais assinados pelo Executivo, autorizando este último a ratificação do acordo, constante do art. 49, inc. I, da Constituição, não fica suprimida, em absoluto, pela regra do novo § 3º do art. 5º da Carta de 1988, posto que a participação do Parlamento no *processo de celebração* de tratados internacionais no Brasil é uma só: aquela que aprova ou não o seu conteúdo, e mais nenhuma outra. Não há que se confundir o *referendo* dos tratados internacionais, de que cuida o art. 49, inc. I, da Constituição, materializado por meio de um Decreto Legislativo (aprovado por maioria simples) promulgado pelo Presidente do Senado Federal, com a segunda eventual mani-

festação do Congresso para fins de pretensamente decidir sobre qual *status* hierárquico deve ter certo tratado internacional de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, de que cuida agora o novo § 3º do art. 5º da Constituição.

A segunda interpretação que poderia ser dada é no sentido de que o § 3º do art. 5º da Carta de 1988 excepcionou a regra do art. 49, inc. I, da Constituição e, dessa forma, poderia, no caso da celebração de um tratado de direitos humanos, *fazer as vezes* deste último dispositivo constitucional. Mas caso seja esse o entendimento adotado, deve-se fazer a observação de que o referido § 3º foi mal colocado no fim do rol dos direitos e garantias fundamentais do art. 5º da Constituição, uma vez que seria mais preciso incluí-lo como uma segunda parte do próprio art. 49, inc. I. Será difícil entender como correta essa segunda interpretação, sob pena de o processo de celebração de tratados ficar com a ordem desvirtuada, uma vez que o § 3º do art. 5º não diz que cabe ao Congresso Nacional *decidir* sobre os tratados assinados pelo Chefe do Executivo, como faz o art. 49, inc. I, deixando entender que a *aprovação* ali constante serve tão-somente para equiparar os tratados de direitos humanos às emendas constitucionais, o que poderia ser feito após o tratado já estar ratificado pelo Presidente da República e depois de este já se encontrar em vigor internacional.

Perceba-se que o § 3º do art. 5º não *obriga* o Poder Legislativo aprovar eventual tratado de direitos humanos pelo *quorum* qualificado que estabelece. O que o parágrafo faz é tão-somente *autorizar* o Congresso Nacional a dar, quando lhe convier e a seu alvedrio e a seu talante, a “equivalência de emenda” aos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Isso significa que tais instrumentos internacionais poderão continuar sendo aprovados por maioria simples no Congresso Nacional (segundo a regra do art. 49, inc. I, da Constituição), deixando-se para um momento futuro (depois da ratificação) a decisão do povo brasileiro em atri-

buir a equivalência de emenda a tais tratados internacionais.

Assim, o *iter* procedimental de celebração dos tratados de direitos humanos, nos termos da nova sistemática introduzida pelo § 3º do art. 5º da Constituição, poderia, em princípio, dar-se de duas formas, eleitas à livre escolha do Poder Legislativo, quais sejam:

1ª) Depois de assinados pelo Executivo, os tratados de direitos humanos seriam aprovados pelo Congresso nos termos do art. 49, inc. I, da Constituição (maioria simples) e, uma vez ratificados, promulgados e publicados no *Diário Oficial da União*, poderiam, mais tarde, quando o nosso Parlamento Federal decidisse por bem atribuir-lhes a equivalência de emenda constitucional, serem novamente apreciados pelo Congresso, para serem dessa vez aprovados pelo *quorum* qualificado do § 3º do art. 5º, ou;

2ª) Depois de assinados pelo Executivo, tais tratados já seriam imediatamente aprovados (seguindo-se o rito das propostas de emenda constitucional) por três quintos dos votos dos membros de cada uma das Casas do Congresso Nacional em dois turnos, suprimindo-se, em face do critério da especialidade, a fase do art. 49, inc. I, da Constituição, autorizando-se a futura ratificação do acordo já com a aprovação necessária para que o tratado, *uma vez ratificado* pelo Presidente da República e já se encontrando em vigor internacional, ingresse no nosso ordenamento jurídico interno equivalendo a uma emenda constitucional, dispensando-se, portanto, segunda manifestação congressual após o tratado já se encontrar concluído e produzindo seus efeitos.

Perceba-se que essa segunda hipótese é perigosa e pode ser mal interpretada lendo-se friamente o § 3º do art. 5º, que, à primeira vista, leva o intérprete a entender que a partir da aprovação congressual, pelo *quorum* que ali se estabelece, os tratados de direitos humanos já passam a equivaler às emendas constitucionais, o que não é verdade, posto que, para que um tratado entre em vi-

gor, é imprescindível a sua futura *ratificação* pelo Presidente da República e, ainda, que já tenha a potencialidade para produzir efeitos na órbita interna, não se concebendo que um tratado de direitos humanos passe a ter efeitos de emenda constitucional – e, conseqüentemente, passe a ter o poder de reformar a Constituição – antes de ratificado e, muito menos, antes de ter entrado em vigor internacionalmente. Essa falsa idéia surge da leitura desavisada do texto do referido parágrafo, segundo o qual 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 colocação que se pode fazer é seguinte: uma vez *aprovado* eventual tratado de direitos humanos, logo depois de sua assinatura, nos termos do § 3º do art. 5º da Constituição (suprimindo-se, portanto, a fase do art. 49, inc. I), já seria ele *equivalente* a uma emenda constitucional? É óbvio que não. Jamais uma convenção internacional, aprovada nesse momento do *iter* procedimental de celebração de tratados poderá, desde já, ter o efeito que pretende atribuir-lhe o § 3º em exame, a menos que se queira subverter a ordem constitucional por completo, pois é impossível que um tratado tenha efeitos internos antes de ratificado e antes de começar a vigorar internacionalmente.

Como se já não bastasse esse fato constatado, pode-se agregar ainda um outro: um tratado, mesmo já ratificado, poderá jamais entrar em vigor dependendo de determinadas circunstâncias, como por exemplo nos casos dos tratados condicionais ou a termo, em que se estabelece um número mínimo de ratificações para a sua entrada em vigor internacional. Imagine-se, então, que o Brasil aprove determinado instrumento internacional de direitos humanos, pelo *quorum* do § 3º do art. 5º, na fase que seria, em princípio, do art. 49, inc. I, da Constituição, e que o ratifique, promulgue o seu texto e o

publique no *Diário Oficial da União*. Esse tratado já pode ser aplicado no Brasil? A resposta somente poderá ser dada verificando-se o que dispõe o próprio tratado. Tomando-se como exemplo o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional de 1998, lê-se no seu art. 126, § 1º, que o “presente Estatuto entrará em vigor no primeiro dia do mês seguinte ao termo de um período de 60 dias após a data do depósito do sexagésimo instrumento de ratificação, de aceitação, de aprovação ou de adesão junto do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas”. Assim, mesmo que o Brasil tenha sido o primeiro país a ratificar dito tratado, caso ainda não tivessem sido depositados os sessenta instrumentos de ratificação exigidos para sua entrada em vigor internacional, não haveria que se falar que o seu texto já equivale a uma emenda constitucional em nosso país, uma vez que não se concebe (por absurda que é essa hipótese) que algo que sequer existe juridicamente (e que pode levar anos para vir a existir) já tenha valor interno em nosso ordenamento jurídico, inclusive com poder de reformar a Constituição.

Essas colocações já bastam para, cientificamente, rechaçar a aplicação do § 3º do art. 5º em supressão da fase do art. 49, inc. I, da Constituição, podendo-se concluir que o único momento do processo de celebração de tratados em que poderá ter lugar o referido § 3º será depois de ratificado o acordo e depois de o mesmo já se encontrar em vigor internacional. Ou seja, caso o Congresso Nacional decida integrar formalmente o tratado à Constituição, para além do seu *status* materialmente constitucional, deverá aguardar a ratificação do acordo e o seu início de vigência internacional. Mas caso assim não entenda o Congresso Nacional, a nossa opinião é a de que se deve então deixar expresso no instrumento congressual aprobatório do tratado que o mesmo apenas terá o efeito que prevê o § 3º do art. 5º depois de ter sido o instrumento ratificado e depois de o mesmo se encontrar em vigor, a fim de que se evite uma subversão completa da ordem

constitucional e dos princípios gerais do Direito dos Tratados universalmente reconhecidos.

Como se vê, esse tipo de procedimento de aparência dúplice agora estabelecido pelo texto constitucional não é salutar nem ao princípio da segurança jurídica, que deve reger todas as relações sociais, nem aos princípios que regem as relações internacionais do Brasil. Seria muito melhor ter a jurisprudência se posicionado a favor da índole constitucional e da aplicação imediata dos tratados de direitos humanos, nos termos do § 2º do art. 5º da Constituição, do que criar um terceiro parágrafo que só traz insegurança às relações sociais e, ademais, cria distinção entre instrumentos internacionais que têm o mesmo fundamento ético.

Ademais, deixar à livre escolha do Poder Legislativo atribuir aos tratados de direitos humanos equivalência às emendas constitucionais é permitir que se trate de maneira diferente instrumentos com igual conteúdo principiológico, podendo ocorrer de se atribuir equivalência de emenda constitucional a um *Protocolo* de um tratado de direitos humanos (que é suplementar ao tratado principal) e deixar sem esse efeito o seu respectivo *Tratado-quadro*. Admitir uma tal interpretação seria consagrar um verdadeiro paradoxo no sistema, correspondente à total inversão de valores e princípios dentro do nosso ordenamento jurídico. Daí o porquê de se entender que o novo § 3º do art. 5º da Constituição não pode, de qualquer maneira, prejudicar o entendimento que vinha sendo seguido por boa parte da doutrina brasileira em relação ao § 2º do mesmo art. 5º da Constituição, como veremos no tópico subsequente deste estudo.

##### *5. Hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos independentemente da entrada em vigor da emenda nº 45/2004*

Transita-se, agora, à quinta parte deste estudo, em que buscaremos interpretar o §

3º do art. 5º da Constituição conjugadamente com o § 2º do mesmo dispositivo, uma vez que ambos os parágrafos encontram-se dentro de um mesmo *contexto* jurídico, devendo assim ser interpretados.

Neste estudo, defendemos que os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil já têm *status* de norma constitucional, em virtude do disposto no § 2º do art. 5º da Constituição, segundo o qual os direitos e garantias expressos no texto constitucional “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, pois na medida em que a Constituição *não exclui* os direitos humanos provenientes de tratados, é porque ela própria *os inclui* no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu “bloco de constitucionalidade” e atribuindo-lhes hierarquia de norma constitucional, como já asentamos no início deste trabalho. Portanto, já se exclui, desde logo, o entendimento de que os tratados de direitos humanos não aprovados pela maioria qualificada do § 3º do art. 5º equivaleriam hierarquicamente à lei ordinária federal, uma vez que os mesmos teriam sido aprovados apenas por maioria simples (nos termos do art. 49, inc. I, da Constituição) e não pelo *quorum* que lhes impõe o referido parágrafo. O que se deve entender é que o *quorum* que tal parágrafo estabelece serve tão-somente para atribuir eficácia *formal* a esses tratados no nosso ordenamento jurídico interno, e não para atribuir-lhes a índole e o nível *materialmente* constitucionais que eles já têm em virtude do § 2º do art. 5º da Constituição.

Sem pretender invocar o art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, segundo o qual uma parte “não pode invocar as disposições do seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado” (dispositivo esse que atribui nível *supraconstitucional* a quaisquer tratados ratificados pelo Estado), poder-se-ia, num primeiro momento, fazer o seguinte

raciocínio: como o § 2º do art. 5º da Constituição já atribui índole e nível constitucionais para todos os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil *antes* da entrada em vigor da Emenda nº 45, isso significa que apenas aqueles instrumentos internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil passará a ser parte *depois* da entrada em vigor da referida emenda é que necessitarão ser aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos seus respectivos membros, para serem equivalentes às emendas constitucionais. Dessa forma, atribuir-se-ia apenas efeito *ex nunc* à disposição do § 3º do art. 5º da Constituição.

O raciocínio faz chegar à conclusão de que o § 3º do art. 5º não pode abranger situações pretéritas (como as normas constitucionais em geral também não podem), não podendo ter jamais efeito *ex tunc*, e, portanto, poderá somente ser aplicado aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados posteriormente à data de sua entrada em vigor (8 de dezembro de 2004).

O § 3º do art. 5º, contudo, não faz nenhuma ressalva quanto aos compromissos assumidos pelo Brasil anteriormente, em sede de direitos humanos, bem como em nenhum momento induz ao entendimento de que estará regendo situações pretéritas. O que aparentemente ele faz é tão-somente permitir que o Congresso Nacional, a qualquer momento (antes de sua ratificação ou mesmo depois desta), atribua aos tratados de direitos humanos o caráter de emenda constitucional. Em tese, nada obsta que o referido § 3º seja também aplicado em relação aos tratados ratificados anteriormente à entrada em vigor da Emenda nº 45, o que faz com que a tese acima desenvolvida perca validade.

O que aqui se defende é que o novo § 3º do art. 5º da Constituição em nada influi no “*status* de norma constitucional” que os tratados de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro já detêm no nosso ordenamento jurídico, em virtude da regra do § 2º

do mesmo art. 5º. Defende-se, neste estudo, que os dois referidos parágrafos do art. 5º da Constituição cuidam de coisas similares, mas diferentes. Quais coisas diferentes? Então para que serviria a regra insculpida no § 3º do art. 5º da Carta de 1988, senão para atribuir *status* de norma constitucional aos tratados de direitos humanos?

A diferença entre o § 2º, *in fine*, e o § 3º, ambos do art. 5º da Constituição, é bastante sutil: nos termos da parte final do § 2º do art. 5º, os “tratados internacionais [de direitos humanos] em que a República Federativa do Brasil seja parte” são, *a contrario sensu*, incluídos pela Constituição, passando conseqüentemente a deter o “*status* de norma constitucional” e a ampliar o rol dos direitos e garantias fundamentais (“bloco de constitucionalidade”); já nos termos do § 3º do mesmo art. 5º da Constituição, uma vez aprovados tais tratados de direitos humanos pelo *quorum* qualificado ali estabelecido, esses instrumentos internacionais, uma vez ratificados pelo Brasil, passam a ser “*equivalentes às emendas constitucionais*”.

Mas, há diferença em dizer que os tratados de direitos humanos têm “*status* de norma constitucional” e dizer que eles são “*equivalentes às emendas constitucionais*”? Perceba-se que o § 3º do art. 5º não diz que os tratados de direitos humanos, uma vez aprovados pela maioria qualificada que prevê, serão “*equivalentes às normas constitucionais*”, preferindo ter dito que serão “*equivalentes às emendas constitucionais*”. Portanto, qual a diferença entre os dois parágrafos?

No nosso entender, a diferença existe, e nela está fundada a única e exclusiva serventia do imperfeito § 3º do art. 5º da Constituição, fruto da Emenda Constitucional nº 45/2004. Falar que um tratado tem “*status* de norma constitucional” é o mesmo que dizer que ele integra o bloco de constitucionalidade material (e não formal) da nossa Carta Magna, o que é menos amplo que dizer que ele é “*equivalente a uma emenda constitucional*”, o que significa que esse mesmo tratado já integra formalmente (além de

materialmente) o texto constitucional. Perceba-se que, neste último caso, o tratado assim aprovado será, além de materialmente constitucional, também formalmente constitucional. Assim, fazendo-se uma interpretação sistemática do texto constitucional em vigor, à luz dos princípios constitucionais e internacionais de garantismo jurídico e de proteção à dignidade humana, chega-se à seguinte conclusão: o que o texto constitucional reformado quis dizer é que esses tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, que já têm *status* de norma constitucional, nos termos do § 2º do art. 5º, poderão ainda ser formalmente constitucionais (ou seja, ser *equivalentes às emendas constitucionais*), desde que, a qualquer momento, depois de sua entrada em vigor, sejam aprovados pelo *quorum* do § 3º do mesmo art. 5º da Constituição.

Mas, quais são esses efeitos *mais amplos* em se atribuir a esses tratados *equivalência de emenda* para além do seu *status* de norma constitucional? São dois os efeitos:

1) eles passarão a *reformular* a Constituição, o que não é possível tendo apenas o *status* de norma constitucional;

2) eles não poderão ser *denunciados*, nem mesmo com Projeto de Denúncia elaborado pelo Congresso Nacional, podendo ser o Presidente da República responsabilizado em caso de descumprimento dessa regra (o que não é possível fazer tendo os tratados apenas *status* de norma constitucional).

Os números 1 e 2 acima merecem ser detalhadamente explicados, a fim de se demonstrar que § 3º do art. 5º não prejudica o entendimento de que os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil já têm *status* de norma constitucional, nos termos do § 2º do mesmo art. 5º da Constituição.

A primeira conseqüência de se atribuir equivalência de emenda constitucional a um tratado de direitos humanos, exposta no número 1 acima, é a de que eles passarão a *reformular* a Constituição, o que não é possível quando se tem apenas o *status* de norma constitucional. Ou seja, uma vez aprovado

certo tratado pelo *quorum* previsto pelo § 3º, opera-se a imediata reforma do texto constitucional conflitante, o que não ocorre pela sistemática do § 2º do art. 5º, pelo qual os tratados de direitos humanos (que têm *nível* de normas constitucionais, sem contudo serem *equivalentes* às emendas constitucionais) serão aplicados atendendo ao *princípio da primazia da norma mais favorável ao ser humano* (expressamente consagrado pelo art. 4º, inc. II, da Carta de 1988, segundo o qual o Brasil deve-se reger nas suas relações internacionais pelo princípio da “prevalência dos direitos humanos”).

Essa diferença entre *status* e *equivalência* já tinha sido por nós estudada em trabalho anterior, no qual escrevemos: “E isto significa, na inteligência do art. 5º, § 2º da Constituição Federal, que o *status* do produto normativo convencional, no que tange à proteção dos direitos humanos, não pode ser outro que não o de verdadeira norma materialmente constitucional. Diz-se ‘materialmente constitucional’, tendo em vista não integrarem os tratados, formalmente, a Carta Política, o que demandaria um procedimento de emenda à Constituição, previsto no art. 60, § 2º, o qual prevê que tal proposta ‘será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros’”<sup>18</sup>.

Assim, nunca entendemos que os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil *integram formalmente* a Constituição. O que sempre defendemos é que eles têm *status* de norma constitucional (o que é absolutamente normal em quase todas as democracias modernas). Mas agora, uma vez aprovados pelo *quorum* que estabelece o § 3º do art. 5º da Constituição, os tratados de direitos humanos ratificados *integrarão formalmente* a Constituição, uma vez que serão equivalentes às emendas constitucionais. Contudo, frise-se que essa integração *formal* dos tratados de direitos humanos no ordenamento brasileiro não abala a integra-

ção *material* que esses mesmos instrumentos já apresentam desde a sua ratificação e entrada em vigor no Brasil.

Dizer que um tratado equivale a uma emenda constitucional significa dizer que ele tem a mesma potencialidade jurídica que uma emenda. E o que faz uma emenda? Uma emenda *reforma* a Constituição, para melhor ou para pior. Portanto, o detalhe que poderá passar despercebido de todos (e até agora também não vimos ninguém cogitá-lo) é que atribuir *equivalência de emenda* aos tratados internacionais de direitos humanos, às vezes, pode ser perigoso, bastando imaginar o caso em que a nossa Constituição é *mais benéfica* em determinada matéria que o tratado ratificado. Nesse caso, seria muito mais salutar, inclusive para a maior completude do nosso sistema jurídico, se se admitisse o “*status* de norma constitucional” desse tratado, nos termos do § 2º do art. 5º – e, nesse caso, não haveria que se falar em reforma da Constituição, sendo o problema resolvido aplicando-se o *princípio da primazia da norma mais favorável ao ser humano* –, do que atribuir-lhe uma equivalência de emenda constitucional, o que poderia fazer com que o intérprete aplicasse o tratado em detrimento da norma constitucional mais benéfica.

Poderia objetar-se que a Constituição, no art. 60, § 4º, inc. IV, proíbe qualquer proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais e, assim sendo, os tratados de direitos humanos (aprovados por maioria qualificada) conflitantes com a Constituição seriam inconstitucionais. Seria imenso o trabalho em se verificar, nas várias comissões do Congresso Nacional responsáveis pela análise preliminar da compatibilidade do tratado com o direito brasileiro vigente, quais dispositivos de cada tratado poderiam eventualmente conflitar com a Constituição. Às vezes, certo dispositivo de determinado tratado não *abole* nenhum direito ou garantia individual previsto no texto constitucional, mas traz tal direito ou tal garantia de forma *menos protetora*,

como é o caso, por exemplo, da prisão civil do devedor de alimentos que, segundo a Constituição brasileira de 1988 (art. 5º, inc. LXVII), somente pode ter lugar quando o inadimplemento da obrigação alimentar for *voluntário e inescusável*. Atente-se bem: a Carta de 1988 somente permite seja preso o devedor de alimentos se for ele responsável pelo inadimplemento “voluntário e inescusável” da obrigação alimentar. Não é, pois, qualquer obrigação alimentar inadimplida que deve gerar a prisão do devedor. O inadimplemento pode ser *voluntário* mas *escusável*, no que não se haveria falar em prisão nessa hipótese. Pois bem. Essa redação atribuída pela nossa Constituição em relação à prisão civil por dívida alimentar difere da redação dada pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), que, depois de estabelecer a regra genérica de que “ninguém deve ser detido por dívidas”, acrescenta que “este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar” (art. 7, nº 7). Como se percebe, o Pacto de San José permite que sejam expedidos mandados de prisão pela autoridade competente, em virtude de *inadimplemento de obrigação alimentar*. Não diz mais nada: basta o simples *inadimplemento* da obrigação para que seja autorizada a prisão do devedor. Nesse caso, é a nossa Constituição *mais benéfica* que o Pacto, pois contém uma adjetivação restrigente não encontrada no texto deste último e, por isso, seria prejudicial ao nosso sistema de direitos e garantias reformá-la em benefício da aplicação do tratado<sup>19</sup>.

Aplicando-se o princípio da *primazia da norma mais favorável* nada disso ocorre, pois, atribuindo-se aos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil o *status* de norma constitucional, não se pretende *reformular* a Constituição, mais sim aplicar, em caso de conflito entre o tratado e o texto constitucional, a norma que, no caso, mais proteja os direitos da pessoa humana, posição

essa que tem em Cançado Trindade o seu maior expoente<sup>20</sup>.

A segunda consequência em se atribuir aos tratados de direitos humanos equivalência às emendas constitucionais, exposta no *número 2* visto acima, significa que tais tratados não poderão ser denunciados nem mesmo com Projeto de Denúncia elaborado pelo Congresso Nacional, podendo o Presidente da República ser responsabilizado caso o denuncie (o que não ocorria à égide em que o § 2º do art. 5º encerrava sozinho o rol dos direitos e garantias fundamentais do texto constitucional brasileiro). Assim sendo, mesmo que um tratado de direitos humanos preveja expressamente a sua denúncia, essa não poderá ser realizada pelo Presidente da República unilateralmente (como é a prática brasileira atual em matéria de denúncia de tratados internacionais)<sup>21</sup>, e nem sequer por meio de Projeto de Denúncia elaborado pelo Congresso Nacional, uma vez que tais tratados equivalem às emendas constitucionais, que são (em matéria de direitos humanos) *cláusulas pétreas* do texto constitucional.

Há que se enfatizar que vários tratados de proteção dos direitos humanos prevêm expressamente a possibilidade de sua denúncia. Contudo, trazem eles disposições no sentido de que, eventual denúncia por parte dos Estados-partes não terá o efeito de os desligar das obrigações contidas no respectivo tratado, no que diz respeito a qualquer ato que, podendo constituir violação dessas obrigações, houver sido cometido por eles anteriormente à data na qual a denúncia produziu seu efeito<sup>22</sup>.

A impossibilidade de denúncia dos tratados de direitos humanos já tinha sido por nós defendida anteriormente, com base no *status* de norma constitucional dos tratados de direitos humanos, que passariam a ser também cláusulas pétreas constitucionais. Sob esse ponto de vista, a denúncia dos tratados de direitos humanos é *tecnicamente possível* (sem a possibilidade de se responsabilizar o Presidente da República nesse

caso), mas totalmente *ineficaz* sob o aspecto prático, uma vez que os *efeitos* do tratado denunciado continuam a operar dentro do nosso ordenamento jurídico, pelo fato de eles serem cláusulas pétreas do texto constitucional.

No que tange aos tratados de direitos humanos aprovados pelo *quorum* do § 3º do art. 5º da Constituição, esse panorama muda, não se admitindo sequer a interpretação de que a denúncia desses tratados seria *possível* mas *ineficaz*, pois agora ela será *impossível* do ponto de vista técnico, existindo a possibilidade de responsabilização do Presidente da República caso venha pretender operá-la.

Quais os motivos da impossibilidade técnica de tal denúncia? De acordo com o § 3º do art. 5º, uma vez aprovados os tratados de direitos humanos, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão eles “equivalentes às emendas constitucionais”. Passando a ser *equivalentes* às emendas constitucionais, isso significa que não poderão esses tratados ser denunciados mesmo com base em Projeto de Denúncia encaminhado pelo Presidente da República ao Congresso Nacional. Caso o Presidente entenda por bem denunciar o tratado e realmente o denuncie (perceba-se que o Direito Internacional *aceita* a denúncia feita pelo Presidente, não se importando se, de acordo com o seu direito interno, está ele autorizado ou não a denunciar o acordo), poderá ser responsabilizado por violar disposição expressa da Constituição, o que não ocorria à égide em que o § 2º do art. 5º encerrava sozinho o rol dos direitos e garantias fundamentais. Assim sendo, mesmo que um tratado de direitos humanos preveja expressamente sua denúncia, essa não poderá ser realizada pelo Presidente da República unilateralmente (como autoriza a prática brasileira atual em matéria de denúncia de tratados internacionais), e nem sequer por meio de Projeto de Denúncia elaborado pelo Congresso Nacional, uma vez que tais tratados

equivalem às emendas constitucionais. Isso impede, aliás, a interpretação que se poderá fazer, no sentido de que seria possível a denúncia do tratado caso o Congresso aprovasse tal Projeto pela mesma maioria qualificada com que aprovou o acordo.

No Brasil, apesar de forte divergência doutrinária, a prática brasileira em relação à matéria tem sido no sentido de que a conjugação de vontades dos Poderes Executivo e Legislativo é obrigatória somente em relação à *ratificação* dos tratados internacionais. Pela prática brasileira a respeito, a *denúncia* de tratados, infelizmente, ainda continua sendo ato exclusivo do Chefe do Poder Executivo, tão-somente. Sem embargo dessa prática, sempre estivemos com Pontes de Miranda (1987, p. 109), para quem, “aprovar tratado, convenção ou acordo, permitindo que o Poder Executivo o denuncie, sem consulta, nem aprovação, é subversivo dos princípios constitucionais”. Do mesmo modo que o Presidente da República necessita da aprovação do Congresso Nacional, dando a ele permissão para ratificar o acordo, o mais correto, consoante as normas constitucionais em vigor, seria que idêntico procedimento parlamentar fosse aplicado em relação à denúncia.

Esse, aliás, o sistema adotado pela Constituição espanhola de 1978, que submete eventual denúncia de tratados sobre direitos humanos fundamentais ao requisito da prévia autorização ou aprovação do Legislativo (arts. 96, nº 2 e 94, nº 1 “c”). O mesmo se diga em relação às Constituições da Suécia (art. 4º, com as emendas de 1976-1977), da Dinamarca de 1953 (art. 19, nº 1), da Holanda de 1983 (art. 91, nº 1), além da Constituição da República Argentina que, a partir da reforma de 1994, passou a exigir que os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos sejam denunciados pelo Executivo mediante a prévia aprovação de dois terços dos membros de cada Câmara. A Constituição do Paraguai, por sua vez, determina que os tratados internacionais relativos a direitos humanos “não

poderão ser denunciados senão pelos procedimentos que vigem para a emenda desta Constituição” (art. 142).

Entretanto, nos termos da nova sistemática constitucional brasileira, aprovado um tratado de direitos humanos nos termos do § 3º do art. 5º da Constituição, nem sequer por meio de Projeto de Denúncia votado com o mesmo *quorum* exigido para a conclusão do tratado (votação nas duas Casas do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos seus respectivos membros) será possível o país desengajar-se desse seu compromisso, quer no âmbito interno, quer no plano internacional.

Agora, portanto, será preciso distinguir se o tratado que se pretende denunciar equivale uma emenda constitucional (ou seja, se é *material e formalmente constitucional*, nos termos do art. 5º, § 3º) ou se apenas detém *status* de norma constitucional (é dizer, se é apenas *materialmente constitucional*, em virtude do art. 5º, § 2º). Caso o tratado de direitos humanos se enquadre apenas nesta última hipótese, com o ato da denúncia, o Estado brasileiro passa a não mais ter responsabilidade em responder pelo descumprimento do tratado tão-somente no âmbito internacional e não no âmbito interno. Ou seja, nada impede que, tecnicamente, denuncie-se um tratado de direitos humanos que tem apenas *status* de norma constitucional, pois internamente nada muda, uma vez que eles já se encontram petrificados no nosso sistema de direitos e garantias, importando tal denúncia apenas em livrar o Estado brasileiro de responder pelo cumprimento do tratado no âmbito internacional. Mas, caso o tratado de direitos humanos tenha sido aprovado nos termos do § 3º do art. 5º, o Brasil não pode mais desengajar-se do tratado quer no plano internacional, quer no plano interno (o que não ocorre quando o tratado detém apenas *status* de norma constitucional), podendo o Presidente da República ser responsabilizado caso o denuncie (devido tal denúncia ser declarada ineficaz). Assim, repita-se, quer nos termos do § 2º, quer

nos termos do § 3º do art. 5º, os tratados de direitos humanos são insuscetíveis de denúncia por serem cláusulas pétreas constitucionais. O que difere é que, uma vez aprovado o tratado pelo *quorum* do § 3º, sua denúncia acarreta a responsabilidade do denunciante, o que não ocorre na sistemática do § 2º do art. 5º.

Portanto, a afirmação antes correntemente utilizada, no sentido de que anteriormente à entrada em vigor da Emenda nº 45 existia um paradoxo, na medida em que os tratados de direitos humanos eram aprovados por maioria simples, o que autorizava o Presidente da República, a qualquer momento, denunciar o tratado, desobrigando o país ao cumprimento daquilo que assumiu no cenário internacional desde o momento da ratificação do acordo<sup>23</sup>, não será mais válida a partir do momento em que o tratado que pretende ser denunciado passe a equivaler a uma emenda constitucional.

#### 6. Aplicação imediata dos tratados de direitos humanos independentemente da regra do novo § 3º do art. 5º da Constituição

Por fim, registre-se ainda que, além de o novo § 3º do art. 5º da Constituição não prejudicar o *status* constitucional que os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil já têm de acordo com o § 2º desse mesmo artigo, ele também não prejudica a aplicação imediata dos tratados de direitos humanos já ratificados ou que vierem a ser ratificados pelo nosso país no futuro. Isso porque a regra que garante aplicação imediata às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, insculpida no § 1º do art. 5º da Constituição (*verbis*: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”), nem remotamente induz a pensar que os tratados de direitos humanos só terão tal aplicabilidade imediata (pois eles também são normas *definidoras dos direitos e garantias fundamentais*) depois de aprovados pelo

Congresso Nacional pelo *quorum* estabelecido no § 3º do art. 5º. Pelo contrário: a Constituição é expressa em dizer que as “*normas definidoras* dos direitos e garantias fundamentais” têm aplicação imediata, mas não diz quais são ou quais deverão ser essas normas. A Constituição não especifica se elas devem provir do direito interno ou do direito internacional (por exemplo, dos tratados internacionais de direitos humanos), mas apenas diz que todas elas têm aplicação imediata, independentemente de serem ou não aprovadas por maioria simples ou qualificada.

Isso tudo somado significa que os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil podem ser imediatamente aplicados pelo Poder Judiciário, independentemente de promulgação e publicação no *Diário Oficial da União* e independentemente de serem aprovados de acordo com a regra no novo § 3º do art. 5º da Carta de 1988. Tais tratados, de forma idêntica à que se defendia antes da reforma, continuam dispensando a edição de decreto de execução presidencial para que irradiem seus efeitos tanto no plano interno como no plano internacional, uma vez que têm aplicação imediata no ordenamento jurídico brasileiro<sup>24</sup>.

## 7. Conclusão

Ao fim e ao cabo desta exposição teórica, a conclusão mais plausível a que se pode chegar em relação à interpretação do novo § 3º do art. 5º da Constituição é a de que essa nova disposição constitucional não anula a interpretação segundo a qual os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil já têm *status* de norma (materialmente) constitucional em decorrência da norma expressa no § 2º do mesmo art. 5º da Carta Magna de 1988. Ou seja, todos os tratados internacionais de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil é parte têm índole e nível materialmente constitucionais na exegese do §

2º do art. 5º da Constituição de 1988, mas apenas terão os efeitos de equivalência às emendas constitucionais (ou seja, somente integrarão *formalmente* a Constituição, com todos os consectários que lhe são inerentes) se aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos seus respectivos membros, nos termos do novo § 3º do art. 5º do texto constitucional brasileiro.

Dessa forma, dizer que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm índole e nível de normas constitucionais, em virtude do § 2º do art. 5º, da Constituição, não é o mesmo que dizer que eles “equivalem” às emendas constitucionais, o que tem um sentido e uma conotação muito mais ampla (por-se tratar de integração formal à Constituição) e, portanto, somente será possível com sua aprovação pelo *quorum* estabelecido pelo § 3º do art. 5º, da Carta de 1988. Nesse caso, os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil serão, além de materialmente constitucionais, também formalmente constitucionais, o que impede definitivamente a sua denúncia por ato do Poder Executivo.

Além de o novo § 3º do art. 5º da Constituição não prejudicar o *status* constitucional que os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil já têm de acordo com o § 2º desse mesmo artigo, ele também não prejudica a aplicação imediata dos tratados de direitos humanos já ratificados ou que vierem a ser ratificados pelo nosso país no futuro, consoante a regra do § 1º do art. 5º da Constituição, que nem remotamente autoriza uma interpretação diversa.

A nossa vontade é a de que esse § 3º, que apenas trouxe imperfeições ao sistema e que certamente prestará um desserviço à interpretação constitucional mais lúcida envolvendo os tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é parte, seja reformado por nova emenda constitucional, que venha conter a redação que já propusemos em estudos anteriores, à semelhança da Constituição da

Venezuela de 1999, no sentido de apenas trazer uma interpretação autêntica ao § 2º do art. 5º da Carta de 1988, dizendo que “os tratados internacionais referidos pelo parágrafo anterior, uma vez ratificados, incorporam-se automaticamente na ordem interna brasileira com hierarquia constitucional, prevalecendo, no que forem suas disposições mais benéficas ao ser humano, às normas estabelecidas por esta Constituição”.

Por ora, como não está à vista uma nova reforma constitucional, o que se pode esperar, caso os nossos tribunais não entendam da maneira como cremos estar correta e como deixamos expresso neste estudo, é que a sociedade civil impulse um forte movimento no Congresso Nacional para a aprovação em bloco, pela maioria qualificada requerida pelo § 3º do art. 5º da Constituição, de todos os tratados internacionais de direitos humanos já ratificados pelo Brasil.

### Notas

<sup>1</sup> São inúmeros os outros argumentos em favor da índole e do nível constitucionais dos tratados de direitos humanos no nosso ordenamento jurídico interno, que preferimos não tratar neste estudo, por já terem sido detalhadamente estudados em vários outros trabalhos sobre o tema, os quais se recomenda a prévia leitura para a melhor compreensão deste texto. São eles: (MAZZUOLI, 2000a, p. 179-200; 2000b, p. 231-250; 2002a, p. 233-252; 2002b, p. 109-176; 2004, p. 357-395). Nesse exato sentido, defendendo o *status* constitucional e a aplicação imediata dos tratados de direitos humanos, pela interpretação do § 2º do art. 5º da CF, *vide* também: Trindade (1996a, p. 210 et seq.); e Piovesan, (2002, p. 75-98); em que, pioneiramente, defendeu-se com clareza a hierarquia constitucional e a aplicação imediata desses tratados no direito interno brasileiro); e ainda Piovesan (2003, p. 44-48). Também defenderam esta tese, *en passant*, Silva, (2000, p. 195-196); Magalhães, (2000, p. 64 et seq.); e Velloso, (2004, p. 39).

<sup>2</sup> Cf. VELLOSO, 2004, p. 38-39.

<sup>3</sup> Cf. MAZZUOLI, 1969, p. 359-360; CAMPOS, 1995, p. 282.

<sup>4</sup> Cf. ARNOLD, 2002, p. 22.

<sup>5</sup> No Brasil, a tese da supraconstitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos é muito bem defendida pelo Prof. Celso D. de Albu-

querque Mello, que se diz “ainda mais radical no sentido de que a norma internacional prevalece sobre a norma constitucional, mesmo naquele caso em que uma norma constitucional posterior tente revogar uma norma internacional constitucionalizada”, tese esta que “está consagrada na jurisprudência e tratado internacional europeu de que se deve aplicar a norma mais benéfica ao ser humano, seja ela interna ou internacional”. Cf. “O § 2º do art. 5º da Constituição Federal”, Torres, (2001, p. 25).

<sup>6</sup> Vide, sobre a posição majoritária do STF até então – segundo a qual os tratados internacionais ratificados pelo Estado (inclusos os de direitos humanos) têm nível de lei ordinária –, o julgamento do HC 72.131-RJ, de 22.11.1995, que teve como relator o Min. Celso de Mello, tendo sido vencidos os votos dos Ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence. Em relação à posição minoritária do STF, destacam-se os votos dos Ministros Carlos Velloso, em favor do *status* constitucional dos tratados de direitos humanos (v. HC 82.424-2/RS, relativo ao famoso “caso Ellwanger”, e ainda seu artigo “Os tratados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, já cit., p. 39), e Sepúlveda Pertence, que, apesar de não admitir a hierarquia constitucional desses tratados, passou a aceitar, entretanto, o *status* de norma supralegal desses instrumentos, tendo assim se manifestando: “Se assim é, à primeira vista, parificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5º, § 2º, da Constituição, seria esvaziar de muito do seu sentido útil a inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos. Ainda sem certezas suficientemente amadurecidas, tendo assim (...) a aceitar a outorga de força supra-legal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas – até, se necessário, contra a lei ordinária – sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes” (v. RHC79.785-RJ. In: *Informativo do STF*, nº 187, de 29.03.2000).

<sup>7</sup> Para detalhes, vide Von Simson; Schwarze, (1996, p. 33 et seq.).

<sup>8</sup> Em sede jurisprudencial, vale destacar um dos votos precursores em relação ao tema no país, do então Juiz Antonio Carlos Malheiros, proferido no julgamento do *Habeas Corpus* nº 637.569-3, da 8ª Câmara do 1º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, em que ficou bem colocado que “os princípios emanados dos tratados internacionais, a que o Brasil tenha ratificado, equívalem-se às próprias normas constitucionais”. No mesmo sentido, *vide* o voto proferido na Apelação nº 483.605-0/1 do 2º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, 5ª Câm., rel. Dyrceu Cintra, julg. em 23.04.97 (voto nº 781).

<sup>9</sup> Cf., para um estudo mais amplo do tema, Buergenthal, (1997, p. 216-217); e Fix-Zamudio, (2004, p. 141-180). Aliás, como destaca Fix-Zamudio (2004, p. 175): “En los ordenamientos constitucionales latinoamericanos se observa una evolución dirigida a otorgar jerarquía superior, así sea con ciertas limitaciones, a las normas de derecho internacional, particularmente las de carácter convencional, sobre los preceptos de nivel interno, inspirándose de alguna manera la evolución que se observa en los países de Europa continental con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial”.

<sup>10</sup> Cf. FIX-ZAMUDIO, 1991, p. 173.

<sup>11</sup> Cf. TRINDADE, 1996, p. 19.

<sup>12</sup> Estas disposições já são suficientes, segundo Sandra Morelli Rico, para atribuir um caráter “supranacional” aos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, tendo essa interpretação sido reconhecida inclusive pela Corte Constitucional colombiana. Cf. RICO, 2002, p. 208-209.

<sup>13</sup> Como leciona Bidart Campos (1995, p. 277-278), o termo “complementares” inserido no inciso 22 do art. 75 da Carta Magna argentina reformada, não significa que aqueles instrumentos por ela elencados têm hierarquia inferior à Constituição, e muito menos que eles têm mero caráter secundário ou acessório; “complementário” não quer dizer “supletório”. “Complementário”, para Bidart Campos, quer dizer que “algo” deve agregar-se a outro “algo” para que este esteja *completo*. De sorte que aqueles *instrumentos internacionales com hierarquia constitucional conferem completude ao sistema de direitos da Constituição* gerando uma dupla fonte: a *interna* e a *internacional*, para que só assim o sistema argentino de direitos esteja abastecido. Do contrário, segundo ele (e com absoluta razão, a nosso ver), o texto constitucional não estará completo. Cf. também, Fix-Zamudio, (2002, p. 524-528).

<sup>14</sup> Cf. MAZZUOLI, 2002a, p. 348.

<sup>15</sup> Nesse sentido, assim já se referia Barral, 1999, p. 03-04.

<sup>16</sup> Para um estudo detalhado do processo constitucional de celebração de tratados no Brasil, vide Mazzuoli, (2004, p. 265-336).

<sup>17</sup> Vide, a propósito, Cachapuz de Medeiros (1995, p. 395-398).

<sup>18</sup> Cf. MAZZUOLI, 2002a, p. 241.

<sup>19</sup> Para um estudo detalhado da matéria, vide Mazzuoli (2002b, p. 160-162).

<sup>20</sup> Cf., por tudo, Trindade (1997, p. 401-402); Piovesan (2002, p. 115-120); e Mazzuoli (2002a, p. 272-295).

<sup>21</sup> Para um estudo do procedimento e das teorias relativas à *denúncia* de tratados, vide Mazzuoli (2004, p. 188-198).

<sup>22</sup> Cf. nesse sentido, art. 21 da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discrimina-

ção Racial (1965); art. 12 do Protocolo Facultativo relativo ao Pacto Internacional dos Direitos civis e Políticos (1966); art. 78, nº 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969); art. 31, nº 2 da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984); e art. 52 da Convenção sobre os Direitos da Criança (1989).

<sup>23</sup> Sobre este assunto, assim lecionava Oscar Vilhena Vieira (2004, p. 204-205) antes da reforma constitucional de 2004: “O problema [do § 2º do art. 5º da Constituição, antes da existência do novo § 3º], no entanto, é que o *quorum* exigido para a incorporação destes tratados é o de maioria simples, criando assim uma situação paradoxal, onde a Constituição passaria a ser efetivamente emendada pelo *quorum* ordinário. Mais do que isto, o conteúdo dessas emendas se transformaria automaticamente em cláusula pétrea. O paradoxo é ainda mais grave, na medida em que o Presidente da República pode, a qualquer momento, denunciar o tratado, desengajando a União das obrigações previamente contraídas durante o processo de ratificação. Em última *ratio* o Presidente estaria autorizado a desobrigar o Estado do cumprimento de algo que foi transformado em cláusula pétrea”. E continuava: “Com a nova redação, este problema ficou solucionado (parcialmente), tanto do ponto de vista político quanto jurídico. Politicamente, não mais estaremos alterando nossa Constituição por maioria simples do parlamento. Da perspectiva jurídica, estabeleceu-se claramente a posição hierárquica daqueles tratados de direitos humanos que houverem sido aprovados por maioria de três quintos das duas casas do Congresso”.

<sup>24</sup> Cf. MAZZUOLI, 2002a, p. 253-259; e ainda 2004, p. 370-375.

## Bibliografia

ARNOLD, Rainer. El derecho constitucional europeo a fines del siglo XX: desarrollo y perspectivas. In: MANCHEGO, José F. Palomino; GARBONELL, José Carlos Remotti (Coords.). *Derechos humanos y constitución en Iberoamérica*: libro-homenaje a Germán J. Bidart Campos. Lima: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2002.

BARRAL, Welber. Reforma do judiciário e direito internacional. *Informativo Jurídico do INCIJUR*, [S. l.], n. 4, nov. 1999.

BUERGENTHAL, Thomas. Modern constitutions and human rights treaties. *Columbia Journal of Transnational Law*, New York, n. 36, 1997.

CAMPOS, German J. Bidart. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima, 1995.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. El derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Latinoamericana de Derecho*, México, a. 1, n. 1, enero./jun. 2004.

\_\_\_\_\_. La protección procesal de los derechos humanos en la reforma constitucional argentina de agosto de 1994. In: MANCHEGO, José F. Palomino; GARBONELL, José Carlos Remotti (Coords.). *Derechos humanos y constitución en iberoamérica*: libro-homenaje a Germán J. Bidart Campos. Lima: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2002.

\_\_\_\_\_. *Protección jurídica de los derechos humanos*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991.

MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional: uma análise crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. A incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 37, n. 147, p. 179-200, jul./set. 2000a.

\_\_\_\_\_. *Direitos humanos, constituição e os tratados internacionais*: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002a.

\_\_\_\_\_. Hierarquia constitucional e incorporação automática dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 37, n. 148, p. 231-250, out./dez. 2000b.

\_\_\_\_\_. *Prisão civil por dívida e o pacto de San José da Costa Rica*: especial enfoque para os contratos de alienação fiduciária em garantia. Rio de Janeiro: Forense, 2002b.

\_\_\_\_\_. *Tratados internacionais*: com comentários à Convenção de Viena de 1969. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

\_\_\_\_\_. *Temas de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

RICO, Sandra Morelli. Reconocimiento y efectividad de la carta de derechos contenida en la constitución colombiana de 1991. In: MANCHEGO, José F. Palomino; GARBONELL, José Carlos Remotti (Coords.). *Derechos humanos y constitución en iberoamérica*: libro-homenaje a Germán J. Bidart Campos. Lima: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular*: estudos sobre a Constituição. São Paulo: Malheiros, 2000.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos*: a incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro. 2. ed. Costa Rica; Brasília: IIDH, 1996a.

\_\_\_\_\_. Direito internacional e direito interno: sua interação na proteção dos direitos humanos. In: SÃO PAULO (Estado). Procuradoria Geral do Estado. *Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1996b.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. v. 1.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Os tratados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 41, n. 162, abr./jun. 2004.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Que reforma?. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 18, n. 51, maio/ago. 2004.

VON SIMSON, Werner; SCHWARZE, Jorge. Integración europea y ley fundamental: mastrique y sus consecuencias para el derecho constitucional alemán". In: BENDA, Ernst et al. *Manual de derecho constitucional*. Madri: Marcial Pons Ediciones, 1996.