

CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DAS RELAÇÕES ENTRE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

CONSIDERATIONS ABOUT THE RELATIONSHIP BETWEEN THE BRAZILIAN CONSTITUTION AND THE INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS TREATIES

Ingo Wolfgang Sarlet*

1 Notas introdutórias

As relações entre a Constituição (mas também do direito interno dos Estados em geral) e a ordem jurídica internacional seguem merecendo lugar de destaque na pauta das principais discussões doutrinárias e jurisprudenciais, seja no Brasil,¹ seja no exterior. Com efeito, ainda mais no âmbito de um Mundo globalizado, a existência de um diálogo entre as diversas ordens jurídicas (nacionais e supranacionais) e o reconhecimento da necessidade de considerável dose de harmonização entre os ordenamentos dos diversos Estados (por meio de um efetivo Direito Internacional Público e, cada vez mais, por meio de um renovado e constitucionalizado Direito Internacional Privado), constituem demandas prioritárias. Neste contexto, à vista da abrangência do tema, optou-se aqui por desenvolver (no âmbito de uma revisita, a partir de textos anteriores!) apenas um aspecto da problemática, qual seja, o da re-

* Doutor em Direito pela Ludwig Maximilians Universität München (1997). É Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado - PUC-RS. Professor Titular da Faculdade de Direito e dos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito e em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Coordenador do GEDF (Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Fundamentais - CNPq). Professor do Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Universidade Pablo de Olavide, Sevilha, assim como do programa de pós-graduação em Direito da Universidade de Granada (Espanha). Professor visitante (como bolsista do Programa Erasmus Mundus, da União Europeia) da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa - Lisboa. Foi pesquisador visitante na Harvard Law School (2008); ingo.sarlet@puers.br

¹ Entre nós, um dos grandes especialistas na matéria, RAMOS, André de Carvalho. “O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional dos Direitos Humanos”. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 9, chegou a afirmar que “indiscutivelmente, o maior tema na doutrina brasileira referente ao Direito Internacional dos Direitos Humanos nos últimos anos foi o do estatuto normativo dos tratados internacionais de direitos humanos incorporados.”

lação entre a Constituição, os direitos fundamentais nela consagrados e os direitos humanos previstos nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

Como é notório, tal problemática gerou acirrada controvérsia na comunidade jurídica pátria, especialmente a partir da promulgação da atual Constituição Federal de 1988 (doravante referida como CF) com a previsão, no § 2º do artigo 5º, de que os direitos expressos na Constituição também abrangem os constantes dos tratados internacionais, registrando-se uma nova fase do debate quando da promulgação da Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004 (doravante denominada EC 45). A EC 45, após longa e tormentosa tramitação no Congresso Nacional, veiculou a assim chamada Reforma do Poder Judiciário, implicando a inserção de várias disposições diretamente relativas aos direitos humanos e fundamentais na CF, como foi o caso, apenas para citar o dispositivo mais próximo da temática aqui versada, da inclusão do § 3º do artigo 5º, versando sobre a forma de incorporação, ao direito interno, dos tratados internacionais de direitos humanos.

Nesta perspectiva, objetivando acima de tudo integrar o processo de discussão e contribuir, quem sabe, para alguma reflexão adicional sobre o tema, que nos parece ainda longe de ter alcançado uma fase de sedimentação e consenso na esfera doutrinária e jurisprudencial, o nosso propósito é o de retomar a análise, não apenas as possíveis consequências da inserção do atual § 3º do art. 5º da CF, versando sobre a incorporação de tratados internacionais em matéria de direitos humanos ao sistema constitucional, quanto, em especial, discutir a relação deste dispositivo com o art. 5º, § 2º, da CF e o modo pelo qual a doutrina e a jurisprudência têm tratado da matéria.

Com efeito, o dispositivo inserido por meio da Emenda Constitucional n. 45/2004 (§ 3º do art. 5º da CF), estabelecendo que “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”, ao que tudo indica, veio para complementar o já referido § 2º do mesmo artigo, que, consoante farta doutrina, consagrou expressamente a abertura material dos direitos fundamentais no sistema constitucional nacional,² inclusive no que concerne aos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, temática que tem sido amplamente versada na literatura, além de ter propiciado acirrado debate, especialmente no que se refere à hierarquia dos tratados em relação ao ordenamento jurídico interno. Embora nosso propósito seja o de explorar as principais questões vinculadas ao novo § 3º do artigo 5º, não deixaremos de tecer, naquilo que for necessário, algumas considerações sobre o § 2º, até mesmo pelo fato de não ser possível dissociar os dois dispositivos, já que conexos e a desafiarem uma exegese conjunta.

Considerando, portanto, o teor do “novo” dispositivo (no caso, o § 3º do art. 5º), não é de se estranhar que no âmbito da doutrina especializada a discussão tenha assumido novos contornos, acompanhada de grande variedade de posicionamentos, que alcançam desde a discussão em torno do regime jurídico dos tratados anteriores, até

² Sobre o tema, v, entre outros, o nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 78 e ss.

problemas vinculados ao novo processo de incorporação (por exemplo, o seu caráter facultativo ou cogente) e aspectos atinentes à hierarquia dos tratados incorporados pelo rito das emendas constitucionais, havendo até mesmo quem esteja a questionar a legitimidade constitucional da inovação trazida pela EC 45 neste particular.

Diante deste quadro, é nosso propósito retomar, aperfeiçoar e complementar uma série de considerações sobre pelo menos parte das questões ventiladas no âmbito da controvérsia doutrinária, com o intuito de contribuir de algum modo para alguma sistematização e sedimentação do debate, que, como já frisado, a despeito de todos os avanços, ainda se encontra em fase embrionária, de vez que, até o momento, apenas um tratado internacional foi submetido, no plano do processo legislativo nacional, ao procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da CF, não tendo havido, ainda, pronunciamento dos Tribunais Superiores, notadamente do Supremo Tribunal Federal, sobre a matéria, salvo no que diz respeito à hierarquia dos tratados, aspectos que serão desenvolvidos mais adiante. Por fim, adverte-se o leitor de que se em boa parte se está a reproduzir textos anteriores, houve aqui uma ampliação e atualização importante do debate, seja mediante a reavaliação e reforço de alguns argumentos, seja pela inserção de novas questões e de literatura não considerada nas versões anteriores,³ mas também em razão da consideração, com maior ênfase, da questão da hierarquia dos tratados de direitos humanos e da alteração da posição do Supremo Tribunal Federal nesta seara. Por derradeiro, ainda nesta fase preliminar, deixa-se consignado que a despeito das evidentes conexões entre os §§ 2º e 3º e o também novo § 4º do artigo 5º, este último versando sobre a sujeição à jurisdição do Tribunal Penal Internacional (conexão que se pode vislumbrar também no que diz respeito ao incidente de deslocamento da competência da Justiça Estadual para a Justiça Federal nos casos de graves violações de direitos humanos assegurados nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil (art. 109, V, § 5º, da CF) deixar-se-á de adentrar o exame dessas questões, que desafiam outros estudos.⁴

2 O § 3º do art. 5º da Constituição e seus reflexos quanto à incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos

A EC 45, que cuidou da reforma do Poder Judiciário, acrescentou – como já frisado – um § 3º ao art. 5º da nossa Constituição. Tal preceito – para além de

³ Foram publicados dois artigos de nossa autoria versando sobre a temática, um mais extenso, incluindo uma digressão sobre a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais e sobre a abertura material do catálogo constitucional (Os direitos fundamentais, a reforma do Judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: notas em torno dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição de 1988. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 1, p. 59-99, jan./mar. 2006) e outro mais reduzido, priorizando a discussão em torno do novo § 3º do art. 5º da Constituição (“A reforma do Judiciário e os tratados de direitos humanos: algumas notas sobre o novo § 3º do art. 5º da Constituição”. *Interesse Público*, n. 37, p. 49-64, maio/jun. 2006, também publicado na Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, n. 4, p. 183-200, 2006).

⁴ A respeito do incidente de deslocamento da competência inserido pela EC 45 v. SARLET, Ingo Wolfgang; FURIAN, Leonardo; FENSTERSEIFER, Tiago.”A reforma (deforma?) do Judiciário e a assim designada “federalização” dos crimes contra os direitos humanos: proteção ou violação de princípios e direitos fundamentais”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Jurisdição e Direitos Fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, v. 1, p. 49-106, 2006.

reforçar (pelo menos no que se refere ao direito constitucional positivo) a corrente distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais a partir do seu respectivo plano de reconhecimento e proteção jurídico-positivo⁵ – acabou por inserir no texto constitucional uma norma (no caso, uma regra do tipo procedimental, em primeira linha) dispondo sobre a forma de incorporação ao direito interno dos tratados em matéria de direitos humanos, que, interpretada em sintonia com o art. 5º, § 2º (de acordo com o qual os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios e os previstos em tratados internacionais), pode ser compreendida como assegurando – *em princípio e em sendo adotado tal procedimento* – a condição de direitos formal e materialmente fundamentais aos direitos consagrados no plano das convenções internacionais. Que tal exegese, como se pode perceber desde logo, não representa a única possível, é o que, a exemplo de outros, nos propomos a enfrentar com particular atenção neste segmento, ainda que sem a pretensão de esgotar as diversas alternativas hermenêuticas disponíveis. Por outro lado, importa destacar que em virtude da relação com a questão da hierarquia dos tratados uma vez regularmente incorporados, destacamos que aqui estaremos privilegiando aspectos atinentes ao procedimento e os principais problemas correlatos.

Em primeiro lugar, convém destacar que é pelo menos questionável – por mais sedutora que seja tal tese – que, por força da EC 45, todos os tratados em matéria de direitos humanos já incorporados ao sistema jurídico brasileiro (no caso, referimo-nos aos tratados aprovados antes da entrada em vigor da EC 45) possam ser considerados como equivalentes às emendas constitucionais, já que não há como aplicar neste caso o argumento da recepção quando se trata de procedimentos legislativos distintos, ainda que haja compatibilidade material, como se fosse possível transmutar um decreto legislativo aprovado pela maioria simples do Congresso Nacional em emenda constitucional que exige uma maioria reforçada de três quintos dos votos, sem considerar os demais limites formais das emendas à Constituição.⁶ Em sentido diverso, há quem sustente, fundado em respeitável doutrina, a recepção dos tratados anteriores – naquilo que efetivamente versam sobre direitos humanos (no sentido de bens jurídicos indispensáveis à natureza humana ou à convivência social) – como se tivessem sido incorporados pelo rito mais rigoroso das emendas constitucionais, assegurando-lhes a respectiva supremacia normativa, no âmbito do que se costuma designar de recepção material.⁷

⁵ Sobre esta distinção, adotada com base nas diferenças entre o plano internacional de positivação (direitos humanos) e o plano constitucional (direitos fundamentais) v. o nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais...*, p. 27 e ss.

⁶ Neste sentido, registra-se a posição de PIOVESAN, Flávia. Reforma do judiciário e direitos humanos. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCON, Pietro de Jesus Lora (Org.). *Reforma do judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005, p. 72.

⁷ Cf. TAVARES, André Ramos. *Reforma do judiciário no Brasil pós-88: (des)estruturando a justiça. Comentários completos à emenda constitucional nº 45/04*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 47-48; e, também, FRANCISCO, José Carlos. Bloco de constitucionalidade e recepção dos tratados internacionais. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCON, Pietro de Jesus Lora (Org.). *Reforma do judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005, p. 103-105.

Tal entendimento como ainda teremos oportunidade de ver ao longo da exposição subsequente, dificilmente se revela como sustentável,⁸ considerando a incompatibilidade total de rito (e natureza) dos decretos legislativos e das emendas constitucionais. A comparação entre lei ordinária e lei complementar – ainda que pressuponha diferença de rito e quorum de aprovação distinto – não pode, salvo melhor juízo, ser transposta automaticamente para os decretos legislativos e emendas constitucionais, já que tanto os decretos quanto as emendas não cumprem a mesma função das leis (ordinárias e complementares), isto sem falar na hierarquia constitucional das emendas, que passam a integrar a Constituição, o que não ocorre com as leis. Em caráter alternativo – mas substancialmente diverso da tese da recepção –, há como sustentar que os tratados internacionais (que já são materialmente constitucionais e, portanto, conforme ainda será objeto de maior desenvolvimento, *já possuem hierarquia constitucional* por força do próprio art. 5º, § 2º, da CF!) também poderão ser formalmente constitucionais, caso forem aprovados, a qualquer momento, pelo procedimento reforçado instituído pelo art. 5º, § 3º,⁹ linha argumentativa que nos parece mais sólida. Em caráter complementar, a tese da recepção acima referida esbarra na circunstância de que o Congresso Nacional, ao aprovar a Convenção sobre os direitos das pessoas portadoras de necessidades especiais, o fez valendo-se do instrumento do Decreto Legislativo (no caso, o DL 186/2008), mas observados os requisitos do art. 5º, § 3º, da CF, tudo a indicar que a tese da equivalência (pelo menos no plano formal) dos Decretos Legislativos anteriores e os que forem aprovados mediante observância do novo regime criado pela EC 45, há de ser – no mínimo! – submetida ao crivo do contraditório.

Há de se observar, neste contexto, que a recepção – com qualidade de emenda constitucional – dos tratados anteriores acabaria sendo, em determinadas circunstâncias e a depender da interpretação imprimida no âmbito da jurisdição constitucional, até menos vantajosa do que a chancela de sua condição de normas materialmente constitucionais, já que, como voltaremos a discutir mais adiante, poderiam ser objeto de declaração de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário, se este vislumbrasse uma ofensa aos limites materiais à reforma constitucional. Assim, como afirma Flávia Piovesan, quanto aos tratados incorporados pelo rito mais rigoroso das emendas, em relação a estes se estaria apenas (?) a reforçar – no plano formal – a sua hierarquia constitucional material desde logo assegurada por força do art. 5º, § 2º, da CF.¹⁰ Tal interpretação, mormente se compreendida isoladamente, não representa um avanço significativo, além de ser – como oportunamente adverte André Ramos Tavares – bastante problemática, especialmente se com isso se estiver pretendendo fundamentar a constitucionalidade dos tratados apenas no § 3º do art. 5º da CF, e não – como deveria ser – com base no § 2º

⁸ Ver, justamente neste sentido, o enfático pronunciamento de PIOVESAN, Flávia. “Reforma do judiciário e direitos humanos”, op. cit., p. 72.

⁹ Neste sentido, precisamente a conclusão de MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. *Revista da Ajuris*, v. 32, n. 98, Porto Alegre, jun. 2005, p. 321.

¹⁰ Cf. PIOVESAN, Flávia. *Reforma do Judiciário e Direitos Humanos*. op. cit., p. 72.

do mesmo dispositivo, este introduzido pelo Constituinte de 1988.¹¹ Pelo menos, consideramos que tais argumentos deveriam ser levados a sério.

O fato é que independentemente do problema da hierarquia dos tratados incorporados pelo sistema praticado até a EC 45 – do qual voltaremos a nos ocupar mais adiante – restam, notadamente em razão da redação § 3º do art. 5º, uma série de questões a serem solvidas e que aqui serão apenas anunciadas e analisadas em caráter ilustrativo e essencialmente especulativo, visto que boa parte das questões segue controversa na doutrina, ao passo que na jurisprudência pouco se decidiu sobre o tema, salvo no que se refere à hierarquia dos tratados. De qualquer modo, o que nos parece relevante registrar, desde logo, é a possibilidade – a despeito de todas as dificuldades – de se outorgar ao relativamente novo instituto uma exegese que, no seu conjunto, não represente – embora plenamente justificadas as preocupações reveladas no âmbito da doutrina¹² – um retrocesso em relação ao entendimento hoje já majoritário no seio da doutrina, pelo menos quanto à condição de direitos fundamentais em sentido material dos direitos humanos previstos em tratados incorporados ao direito interno.

Assim, apontando já um aspecto positivo, afirma-se que com a adoção do procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da CF, os tratados em matéria de direitos humanos passariam a integrar o bloco de constitucionalidade, que representa a reunião de diferentes diplomas normativos de cunho constitucional (sem prejuízo da inclusão de direito constitucional apenas em sentido material, como é o caso do costume constitucional), que atuam, em seu conjunto, como parâmetro do controle de constitucionalidade, o que configura um avanço em relação à posição mais restritiva do nosso Supremo Tribunal Federal na matéria, que, por exemplo, não outorga (pelo menos por ora) força normativa superior e vinculante ao Preâmbulo da Constituição.¹³ A despeito da correção do argumento, não se deve, contudo, perder de vista que independentemente de sua incorporação à Constituição formal, os direitos originários dos tratados internacionais, pelo menos para quem já vinha sustentando a sua condição de materialmente fundamentais (à luz do art. 5º, § 2º, da CF) são parte integrante do nosso bloco de constitucionalidade, que, consoante já frisado, não abrange necessariamente apenas normas constitucionais embasadas em disposições expressas de textos com hierarquia constitucional. Por outro lado, argumenta-se que a inovação trazida pela EC 45 é inconstitucional por violar os limites materiais à reforma constitucional, no sentido de que se acabou dificultando o processo de incorporação dos tratados internacionais sobre direitos humanos e chancelando o entendimento de que os tratados não incorporados pelo rito das emendas constitucionais teriam hierarquia meramente legal, de tal sorte que restou restringido, dessa forma, o próprio regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais oriundos dos tratados.¹⁴

¹¹ Cf. TAVARES, André Ramos. *Reforma do Judiciário no Brasil Pós-88...*, op. cit., p. 42.

¹² Cf., por todos, GALINDO, George Rodrigo Bandeira. A reforma do Judiciário como retrocesso para a proteção internacional dos direitos humanos: um estudo sobre o novo § 3º do artigo 5º da Constituição Federal. *Cena Internacional*, ano 7, n. 1, p. 1-22, 2005.

¹³ Neste sentido, novamente, FRANCISCO, José Carlos. op. cit., p. 99-101.

¹⁴ Neste sentido, mencionando a existência de um anacronismo e apontando para a “duvidosa constitucionalidade” da alteração efetuada pela EC n. 45/04, ver a opinião do advogado crimi-

Outro aspecto digno de nota – e vinculado ao problema da alegada inconstitucionalidade da inovação – diz respeito ao caráter compulsório ou facultativo da adoção do procedimento mais rigoroso das emendas constitucionais, especialmente em face da redação do dispositivo (“os tratados que forem incorporados...”), que, no mínimo, dá ensejo a tal dúvida e sustenta a adoção do entendimento que a incorporação mediante o procedimento das emendas poderia ser opcional. Tal argumento assume ainda maior relevo em se considerando que – sob o ponto de vista da forma – a incorporação dos tratados em matéria de direitos humanos – consoante já apontado – tornou-se mais dificultada, o que, em princípio, poderia ser encarado como contraditório, considerando a abertura material consagrada no art. 5º, § 2º, e o princípio (fundamental) da prevalência dos direitos humanos no plano das relações internacionais do Brasil estabelecido no art. 4º da nossa Lei Fundamental.

Em relação a este aspecto, parece-nos que há sim pelo menos espaço para uma interpretação teleológica e sistemática em prol da compulsoriedade do procedimento reforçado das emendas constitucionais. Com efeito, tendo em mente que a introdução do novo § 3º teve por objetivo (ao menos, cuida-se de interpretação em princípio afinada com a *ratio* e o *telos* do § 2º) resolver – ainda que remanescentes alguns problemas – de modo substancial o problema da controvérsia sobre a hierarquia dos tratados em matéria de direitos humanos, habitualmente incorporados por Decreto Legislativo e aprovados por maioria simples, de modo a assegurar aos direitos neles consagrados um *status* jurídico diferenciado, compatível com sua fundamentalidade, poder-se-á sustentar que, a partir da promulgação da EC 45, a incorporação destes tratados deverá ocorrer pelo processo mais rigoroso previsto no § 3º do art. 5º da CF. Quanto à objeção de que com isso se estaria a dificultar a incorporação dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos (lembre-se que há os que sustentam até mesmo a dispensa de qualquer ato formal de incorporação para além da ratificação) há como revidar com o argumento de que, além de assegurar aos direitos dos tratados pelo menos uma hierarquia constitucional equivalente às normas constitucionais do tipo derivado (para usar a terminologia mais habitual) resta enrobustecida a legitimação democrática desses direitos, o que, por sua vez, concorre para a sua maior força normativa – em suma, para uma pretensão de eficácia e efetividade reforçadas – indispensável também para reforçar a posição do nosso país em face da comunidade internacional.

A importância de uma reforçada legitimidade democrática assume ainda maior relevo em se considerando que, uma vez incorporados por via de emenda constitucional, os direitos (agora também formalmente) agregados ao catá-

nalista e professor da Universidade de Brasília, COSTA, Aldo de Campos. *Direitos humanos*. Disponível em: <http://www.unb.br/fd/colunas_Prof/aldo_campos/aldo_01.htm>. Acesso em: 12 fev. 2006. De forma mais enfática, ver LOPES, Anselmo Henrique Cordeiro. *A força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos e a Emenda Constitucional n° 45/2004*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6157>>. Acesso em: 12 fev. 2006. Na mesma linha, SGARBOSSA, Luís Fernando. *A emenda constitucional n° 45/04 e o novo regime jurídico dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6272>>. Acesso em: 11 fev. 2006 condena o fato de ter havido frustração da intenção do Constituinte no sentido de assegurar a inclusão automática dos direitos humanos no catálogo constitucional.

logo constitucional não apenas reformam a própria Constituição, mas também assumem a condição – pelo menos é isso que se advoga¹⁵ – de limites materiais à própria reforma, sendo, após, insuscetíveis de supressão e esvaziamento, ainda que por nova emenda constitucional. Com isso – é bom que se frise –, não se está evidentemente a dizer que os direitos previstos nos tratados já incorporados antes da EC 45 não estejam jusfundamentalmente protegidos, visto que, embora não possam ser objeto de abolição direta por uma emenda (de vez que materialmente constitucionais e pelo fato de as emendas serem instrumentos de mudança formal da Constituição, exigindo, portanto, sempre alguma alteração no plano textual), reclamam proteção contra limitações e retrocessos de toda ordem, por conta de seu núcleo essencial e da incidência dos demais limites às limitações de direitos fundamentais,¹⁶ temática que aqui, todavia, não poderá ser mais desenvolvida. Importa destacar, todavia, que na linha da argumentação aqui desenvolvida, há quem questione a possibilidade de tratados internacionais, ainda que aprovados pelo rito do artigo 5º, § 3º, CF, possam assumir a condição de “cláusulas pétreas”, visto que, no sistema internacional, cabível a denúncia dos tratados, o que somente poderia ser contornado se, quando da aprovação, tal possibilidade fosse excluída pelo Congresso Nacional.¹⁷

Igualmente analisando a questão de modo crítico, Valério de Oliveira Mazzuoli observa, contudo, que por meio da incorporação por emenda constitucional (em verdade, por mecanismo considerado como equivalente às emendas da constituição), a reforma constitucional daí resultante poderia até mesmo piorar a proteção de direitos fundamentais, notadamente quando a nossa Constituição for mais benéfica, sendo preferível que se admitisse pura e simplesmente a condição de norma constitucional (sem previsão do rito) de modo a sufragar a posição de acordo com a qual deverá ser dada prevalência à norma mais favorável à pessoa humana.¹⁸ Tal argumentação, conquanto bem articulada, há de ser tomada com certa reserva. Com efeito, se o tratado resultar necessariamente (portanto, não sendo viável uma interpretação conforme a Constituição) em uma situação pior para a pessoa humana do que a decorrente do nosso sistema constitucional positivo, não haverá de se incorporar o tratado neste particular, já que violador de “cláusula pétrea” de nossa Constituição, não sendo – no nosso sentir – juridicamente relevante o argumento de que tal análise demandaria demasiado trabalho (resultante de uma investigação de todos os projetos tramitando no Congresso), notadamente pelo fato de que o juízo definitivo de constitucionalidade (ou inconstitucionalidade) deverá ocorrer no âmbito do controle jurisdicional repressivo (ou, em caráter excepcional, preventivo), sempre à luz de determinado instrumento legislativo e tendo por base a parametricidade da nossa Constituição. O que pode-

¹⁵ Cf., por exemplo, PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 77.

¹⁶ Aqui estamos a nos referir aos assim designados limites dos limites (do alemão Schranken-Schranken) que compreendem as garantias constitucionais contra as restrições de direitos fundamentais, como é o caso da reserva de lei, do núcleo essencial e dos critérios da proporcionalidade.

¹⁷ RAMOS, André de Carvalho. “O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional dos Direitos Humanos”, op. cit., p. 15.

¹⁸ Cf. MAZZUOLI, Valerio. op. cit., p. 323.

rá – isto sim – resultar problemático é a hipótese em que a proteção internacional é mais favorável à pessoa, podendo, em tese, os órgãos jurisdicionais nacionais optar por privilegiar o ordenamento constitucional, louvando-se no argumento das “cláusulas pétreas”, situação que, embora deva ser rara, não é de se excluir. Aqui o problema, novamente, conecta-se com uma adequada exegese do sentido e alcance da inovação – sem dúvida problemática, como se percebe – trazida pela EC 45. Como se cuida de tópico relativo especialmente à hierarquia dos tratados, voltaremos a nos manifestar sobre este aspecto logo adiante.

Uma possível vantagem da incorporação pelo rito previsto no § 3º do art. 5º da CF poderia residir no daí decorrente reforço do argumento – já sustentado com base no art. 5º, § 2º, da CF – de que impossível (mesmo por emenda constitucional, como leciona Valério de Oliveira Mazzuoli) a denúncia do tratado por parte do Brasil, enrobustecendo não apenas a posição dos direitos humanos e agora também fundamentais no âmbito interno (desde que, é claro, adote-se uma exegese que privilegie a força normativa desses direitos), mas também avança no concernente ao plano externo, das relações internacionais, enfatizando as vinculações assumidas pelo Brasil nesta seara.¹⁹ Lembre-se, neste contexto, a pendência, no Supremo Tribunal Federal, de decisão sobre a necessidade de aprovação prévia por parte do Congresso Nacional da denúncia do tratado pelo Presidente da República,²⁰ o que se aplicaria – tal qual sustentado pelos autores da impugnação da denúncia presidencial no caso referido – inclusive a tratados incorporados antes da inserção do § 3º no art. 5º da CF, já que não faz sentido que para a incorporação do tratado seja indispensável a aprovação pelo Congresso e para uma posterior denúncia se possa dispensar a intervenção do Legislativo. Note-se que além de o texto constitucional não conter nenhuma disposição que expressamente afaste esta interpretação, ela, pelo menos no concernente aos tratados de direitos humanos, resulta de uma interpretação sistemática calcada tanto no art. 4º, II (que dispõe sobre a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais) quanto no art. 5º, § 2º, da CF, além de amparada no princípio democrático e, a depender da hipótese, no assim designado princípio da proibição de retrocesso, incidente também no âmbito da proteção internacional dos direitos humanos.²¹

¹⁹ Ver, entre outras, a argumentação bem sustentada por MAZZUOLI, Valerio. op. cit., p. 325 e ss., destacando, com perspicácia, que, uma vez incorporada pelo rito introduzido pela EC 45, a denúncia passaria a acarretar (ao contrário do que poderia ocorrer no sistema do art. 5º, § 2º) a responsabilização do denunciante. No mesmo sentido, já discorrendo sobre a EC 45, consultar TAVARES, André Ramos. op. cit., p. 44, bem como as igualmente pertinentes ponderações de GALINDO, George Rodrigo Bandeira. op. cit., p. 15-16. Para além dos autores já referidos, importa destacar, entre a doutrina que já vinha, mesmo antes da EC 45, sustentando a impossibilidade de denúncia dos tratados em matéria de direitos humanos e sua condição de “cláusulas pétreas”, v. também PAGLIARINI, Alexandre. *Constituição e Direito Internacional, Cedências Possíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 211 e ss.

²⁰ V. ADI 1625, relator Ministro Maurício Corrêa (substituído pelo Ministro Eros Grau), onde se discute a inconstitucionalidade da denúncia unilateral da Convenção n. 158 da OIT.

²¹ Cf., entre nós e por todos, RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 243. No âmbito da doutrina estrangeira, v. especialmente ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002, p. 92 e ss., embora priorizando, no contexto da obra, os direitos sociais. Sobre a proibição de retrocesso no direito constitucional, enfatizando uma

Todavia, como já referido, coloca-se a indagação sobre o fato de os tratados poderem ser objeto de denúncia pelos Estados pactuantes, o que, portanto, o próprio Congresso Nacional, ao aprovar o tratado, teria de expressamente excluir a possibilidade de denúncia. Aliás, no que diz respeito à denúncia dos tratados, segue dormitando no Supremo Tribunal Federal, aguardando julgamento, a ADI 1625, distribuída em 19 de junho de 1997!, no bojo da qual se questiona a constitucionalidade da denúncia dos tratados de direitos humanos pelo Presidente da República, quando, segundo a tese esgrimida na ADI, a denúncia deveria ser autorizada pelo Congresso Nacional.

Ainda no concernente ao procedimento, consoante aponta Valério de Oliveira Mazzuoli, existe questão relativa ao momento da incorporação pelo rito mais rigoroso, já que o novo § 3º do art. 5º da CF não suprimiu a fase prevista no art. 49, inc. I, da CF, de tal sorte que a aprovação da emenda de incorporação deverá sempre ser posterior à ratificação (portanto, pressuposta também a celebração pelo Presidente da República, a teor do art. 84, inc. VIII, da CF) do tratado regularmente vigente no âmbito internacional.²² Como igualmente aponta o referido autor, compromete a segurança jurídica (nacional e internacional) e os princípios que regem as relações internacionais deixar ao alvedrio do legislador nacional a escolha de optar, ou não, pela outorga do *status* de emenda constitucional aos tratados,²³ o que justamente parece representar, ao fim e ao cabo, mais um argumento em prol da obrigatoriedade do novo procedimento a partir da entrada em vigor da EC 45.

Em sentido diverso, todavia, há como argumentar que nada impede o legislador nacional (em especial mediante proposta de emenda constitucional) de, mesmo que o tratado internacional não esteja ainda em vigor, por falta das ratificações necessárias, inserir no seu sistema interno direitos humanos reconhecidos por determinado tratado, muito embora aqui não se trate da aprovação do tratado como um todo, mas, da constitucionalização de determinado direito ancorado em tratado internacional, mas que sempre pode ser reconhecido como fundamental pelas constituições. Basta olhar para a CF de 1988, para que se perceba que nela foram consagrados direitos fundamentais já positivados em tratados internacionais, embora tais tratados ainda não tivessem sido, à época, definitivamente incorporados ao direito interno, como é o caso da Convenção de São José da Costa Rica e dos Pactos Internacionais de 1966.

Além disso, agora no referente ao problema da iniciativa legislativa e da participação do Presidente da República no procedimento, há que considerar, ainda, a ressalva – apontada por André Ramos Tavares²⁴ – no sentido de que, justamente em virtude da sistemática própria dos tratados (que reclamam regular e prévia ratificação e que implica automática submissão ao Congresso Nacional) a iniciativa do processo de emenda constitucional, haverá de ser, no caso dos tratados em matéria de direitos humanos, sempre do Presidente da República. Isto pelo fato

perspectiva compatível com a ordem jurídica nacional, v. também o nosso já referido *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 434 e ss.

²² Cf. MAZZUOLI, Valério. op. cit., p. 316 e ss.

²³ *Ibid.*, p. 319.

²⁴ Cf. TAVARES, André Ramos. op. cit., p. 45.

de que – assim aduz o autor citado – o Presidente detém tanto a competência privativa para a celebração do tratado quanto a prerrogativa da iniciativa das emendas constitucionais (art. 60, inc. II, da CF), dispensada, contudo, a ratificação presidencial, de vez que as emendas entram em vigor a partir de sua promulgação pelo Congresso Nacional (art. 60, § 3º, da CF). Cumpre notar, ainda, que tal exegese, de certo modo, parece reforçar os argumentos em prol do caráter cogente da deliberação por meio do procedimento qualificado das emendas constitucionais.

Em que pese tal linha argumentativa, também aqui há como divergir, visto que o art. 5º, § 3º, CF, não exige que a aprovação se proceda no âmbito de projeto de emenda constitucional (basta lembrar o caso emblemático do DL 186/2008), mas também não impede que outro dos legitimados para apresentar um projeto de emenda constitucional o possa fazer, ainda mais que o art. 5º, § 3º, CF não exige a utilização de determinada figura do processo legislativo.²⁵

Guarda conexão com esse aspecto, a tese – oportunamente invocada por George Galindo – de que limitar a iniciativa das emendas dispondo sobre tratados em matéria de direitos humanos ao Presidente da República, acabaria tornando unilateral a “qualificação” de um tratado como sendo de direitos humanos, já que ao Congresso Nacional caberia apenas aprovar ou rejeitar o *status* privilegiado do tratado e não se pronunciar sobre sua qualidade como tratado de direitos humanos, prejudicando a desejável pluralidade deste processo de qualificação.²⁶

Retomando a indagação a respeito da obrigatoriedade do rito estabelecido no § 3º do art. 5º, CF, verifica-se que muito embora o texto, como já frisado, sugira o caráter facultativo, o fato é que o Congresso Nacional, a exemplo do que ocorreu com o DL 186/08, deverá seguir adotando tal procedimento, o que também corresponde à percepção de José Francisco Rezek, cuja lição aqui tomamos a liberdade de transcrever:

Não é de crer que o Congresso vá doravante bifurcar a metodologia de aprovação dos tratados sobre direitos humanos. Pode haver dúvida preliminar sobre a questão de saber se determinado tratado configura realmente essa hipótese temática, mas se tal for o caso o Congresso seguramente adotará o rito previsto no terceiro parágrafo, de modo que, se aprovado, o tratado se qualifique para ter estatura constitucional desde a sua promulgação – que pressupõe, como em qualquer outro caso, a ratificação brasileira e a entrada em vigor no plano internacional.²⁷

Assim, abordados alguns dos principais problemas atinentes aos aspectos formais (procedimentais) da incorporação, resta discorrer brevemente sobre a questão

²⁵ No mesmo sentido v. agora também RAMOS, André de Carvalho Ramos. “O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional dos Direitos Humanos”. op. cit., p. 13, sugerindo que o Congresso Nacional poderá adotar o rito mesmo “ex officio”, posição que já sustentamos desde a nossa primeira manifestação sobre o tema, já se vão alguns anos.

²⁶ Cf. observações enviadas ao autor do presente ensaio pelo articulista referido mediante correspondência eletrônica.

²⁷ Cf. REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público. Curso Elementar*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 132-33.

da hierarquia dos direitos fundamentais (já incorporados ao texto constitucional) em relação ao direito interno, seja ele constitucional, seja infraconstitucional.

3 O problema da hierarquia dos tratados em matéria de direitos humanos e a sua (dos direitos humanos) condição de autênticos direitos fundamentais

No que diz respeito à posição hierárquica ocupada pelos tratados em matéria de direitos humanos em relação ao direito interno, questão que de há muito tem ocupado doutrina e jurisprudência entre nós, é possível afirmar que o novo § 3º representou um significativo avanço ao assegurar, desde que observado o procedimento nele estabelecido, uma hierarquia constitucional equivalente a das emendas constitucionais, distinta da hierarquia supralegal atualmente consagrada pelo STF (que refutou, por maioria, a hierarquia constitucional), visto que neste caso os tratados prevalecem sobre qualquer lei interna, mas seguem cedendo em face da CF. De outra parte, também é correto afirmar que com isso ainda não foi resolvida (pelo menos não como tem anunciado alguns entusiasmados defensores da reforma) a questão da hierarquia constitucional, em se considerando as relações entre o tratado incorporado (equivalente às emendas) e o texto constitucional originário. Convém relembrar, especialmente nesta quadra, que as emendas constitucionais sempre podem ser declaradas inconstitucionais em caso de conflito com as assim designadas *cláusulas pétreas* da nossa Constituição, que, consoante vitoriosa doutrina, abrangem tanto os limites materiais explícitos (art. 60, § 4º) quanto os limites materiais implícitos, mesmo que não se verifique um consenso em relação a qual exatamente a abrangência dos assim designados limites materiais implícitos.

Ainda que se parta do pressuposto de que uma eventual restrição ou ajuste do conteúdo dos limites materiais não necessariamente enseja uma inconstitucionalidade da emenda (aplicando-se a tese da imunidade apenas do núcleo essencial de cada princípio ou direito fundamental²⁸) é certo que a possibilidade de conflito é real, já que inevitáveis inclusive colisões entre os próprios direitos fundamentais originariamente assegurados pelo Constituinte, bastando relembrar aqui - no concernente às relações entre tratados e Constituição - a tão discutida questão da prisão civil do depositário infiel e do duplo grau de jurisdição, entre outras possibilidades.²⁹ No mínimo, não se pode deixar de admitir a possibilidade de uma interpretação que venha a reconhecer um conflito insanável por uma interpretação conforme e que, por via de consequência, possa resultar em uma declaração de inconstitucionalidade de um ou mais aspectos do tratado (emenda) por violação das *cláusulas pétreas*.

Seguindo esta linha de raciocínio e em se partindo da premissa de que não há como falar, ainda mais no contexto dos direitos fundamentais, de uma hie-

²⁸ Sobre o ponto, ver o nosso *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 428 e ss.

²⁹ Cf. também a lembrança de GALINDO, George. op. cit., p. 11 e ss.

rarquia abstrata – mesmo para muitos dos que aceitam a distinção – entre normas formalmente (e, em regra, também materialmente) constitucionais e normas apenas materialmente constitucionais,³⁰ a própria incorporação mediante emenda poderia até mesmo, a depender da exegese do § 3º, do artigo 5º, CF, ser desvantajosa em relação ao sistema anterior. Com efeito, há que considerar que a prevalecer o argumento de que o reconhecimento da condição de materialmente constitucionais (e fundamentais!) dos direitos assegurados nos tratados, em razão especialmente da abertura expressamente consagrada no art. 5º, § 2º, da CF, por si só já asseguram a hierarquia constitucional aos tratados em matéria de direitos humanos, o recurso ao § 3º do art. 5º não seria apenas desnecessário, mas, admitindo-se uma declaração de inconstitucionalidade da emenda pelo simples fato de contrastar com os limites matérias ao poder de reforma da Constituição, até mesmo desvantajoso. É que em se partindo de uma equivalência (também em termos de hierarquia normativa) entre os direitos da Constituição e os dos tratados incorporados por norma infraconstitucional, mas com *status* de materialmente constitucionais, como, de resto, advogado pela doutrina majoritária, haveriam de ser observados, consoante já sustentado no segmento anterior, os princípios e critérios que regem os conflitos entre os direitos e princípios originariamente reconhecidos pelo Constituinte, que exigem uma exegese sistemática e pautada por uma adequada ponderação dos interesses (valores) em pauta, sempre privilegiando, como destacado alhures, uma solução mais favorável à garantia da dignidade da pessoa,³¹ aspecto que será retomado logo a seguir.

De qualquer modo, há de ser levado a sério o argumento de que mediante o cumprimento do disposto no § 3º do art. 5º da CF os tratados assim incorporados teriam um regime jurídico mais forte (*status* de emenda constitucional) do que os tratados anteriores, os quais, a prevalecer a atual orientação do STF, gozam de hierarquia supralegal, sem prejuízo, contudo, da possibilidade de uma interpretação que, ao fim e ao cabo, assegure uma paridade em termos de hierarquia.

³⁰ Cf., por todos, MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 9, v. 4, bem lembrando que em favor das normas formalmente constitucionais (o que se aplica também às normas de direitos fundamentais) vigora, por assim dizer, uma presunção de materialidade constitucional, entendimento que, embora não uníssono, corresponde – ainda que com variações no que diz com a formulação e fundamentação – à posição dominante, notadamente no que se rechaça a possibilidade de declaração da inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias. De qualquer sorte, em que pese a sua relevância, cuida-se de discussão que não temos como adentrar nesta ocasião.

³¹ Neste sentido, entre tantos e limitados aqui ao universo da doutrina especializada (direito internacional), v. as já clássicas lições de TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, v. 1 (notadamente p. 409 e ss., destacando a mudança de paradigma ocorrida com a posição central da pessoa humana também no contexto das relações internacionais) e PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 91 e ss., assim como os qualificados aportes de GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 314 e ss., MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito internacional: tratados e direitos humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001, (que retoma e atualiza o tema no seu recente e alentado *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: RT, 2006, p. 490 e ss), bem como PAGLIARINI, Alexandre. *Constituição e Direito Internacional*. op. cit., todos também advogando, desde antes da EC 45, a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro.

Por outro lado, o dispositivo introduzido pela EC 45 pode ser compreendido como buscando reforçar o entendimento de que os tratados anteriores, já por força do art. 5º, § 2º, da CF, possuem hierarquia materialmente constitucional, sem falar na interpretação – igualmente colacionada, mas aqui questionada – de acordo com a qual os tratados anteriores teriam sido recepcionados como equivalentes às emendas constitucionais pelo novo § 3º do art. 5º da CF.

Assim, à vista do exposto, enquanto não sobrevenha uma posição uniformizadora, ao que tudo indica, são três as possibilidades atualmente reconhecidas pelo STF: a) hierarquia equivalente a de emenda constitucional, no caso dos tratados de direitos humanos incorporados mediante observância do rito estabelecido pelo § 3º do artigo 5º da CF; b) hierarquia supralegal, aplicável aos tratados de direitos humanos ratificados pelo sistema convencional, por meio de Decreto Legislativo aprovado com maioria simples; c) hierarquia de lei ordinária, que segue sendo a posição adotada em relação aos demais tratados, que não integram o sistema internacional de reconhecimento e proteção dos direitos humanos.

Retomando a evolução no que diz respeito à discussão sobre o valor jurídico dos tratados de direitos humanos, nunca é demais lembrar que a tese da paridade entre a Constituição e os tratados de direitos humanos (tese advogada de há muito por expressiva doutrina e mesmo acolhida por parte dos Ministros do STF) é anterior à EC 45 e encontra sustentação já no teor do § 2º do mesmo artigo, que, na sua condição de norma inclusiva, consagrando a abertura material do catálogo constitucional de direitos fundamentais, já vinha – e a doutrina já colacionada em prol da hierarquia constitucional assim já o sustenta há tempos³² – sendo interpretado como recepcionando os direitos humanos oriundos de textos internacionais na condição de materialmente constitucionais.

De resto, há de enfatizar sempre que a condição de direitos fundamentais é absolutamente incompatível com uma hierarquia normativa infraconstitucional, visto que direitos fundamentais são sempre direitos constitucionais e não podem estar à disposição plena do legislador ordinário.³³ Entendimento diverso, mesmo que seja em favor de uma hierarquia supralegal dos tratados (posição hoje adotada pelo Supremo Tribunal Federal na matéria!), ainda que tenha representado um considerável avanço em relação ao entendimento antes prevalente, em favor da paridade entre lei ordinária e tratado, segue relegando os direitos humanos consagrados nos tratados internacionais a uma posição secundária em face dos direitos fundamentais da Constituição, sendo, de tal sorte, no mínimo questionável.

Nesta quadra, embora o reconhecimento, pelo STF, da hierarquia supralegal dos tratados de direitos humanos, com prevalência, em caso de conflito, da solução preconizada pela Constituição, não há como transigir – no nosso sentir – com a noção de que direitos fundamentais são sempre direitos constitucionalmente assegurados e que não podem estar sujeitos a uma livre disposição por parte das maiorias legislativas, pena de contradição insuperável. Se por um lado é certo que não se deve negligenciar, como oportunamente lembrou o Ministro Gilmar

³² Cf. nota n. 32, supra.

³³ Cf. por todos, o nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. op. cit., p. 88 e ss., bem como p. 145 e ss.

Mendes, que “a sempre possível ampliação inadequada dos sentidos possíveis da expressão direitos humanos poderia abrir uma via perigosa para uma produção normativa alheia ao controle de sua compatibilidade com a ordem constitucional interna”, pois – assim prossegue o Magistrado e Jurista – “o risco de normatizações camufladas seria permanente”,³⁴ não é, de outra parte, menos correto afirmar que tal argumento, por si só, não poderia ter o condão de deslegitimar a tese da paridade entre tratados de direitos humanos e Constituição. Com efeito, mesmo a possível multiplicação das hipóteses de conflitos entre os direitos consagrados na Constituição e os direitos – com igual dignidade normativa – assegurados nos tratados de direitos humanos, não poderia sustentar a tese da hierarquia infraconstitucional (ainda que – pelo menos – supralegal) destes tratados. Eventuais distorções – assim como ocorrem em casos de inadequada aplicação até mesmo dos direitos consagrados na Constituição (que, não esqueçamos, incluem os previstos nos tratados, consoante dicção expressa do art., 5º, § 2º) – haverão de ser superados, com sensibilidade, pela aplicação das cabíveis diretrizes hermenêuticas, como é o caso dos critérios da concordância prática, ponderação e proporcionalidade.

Também o argumento de que a expressa referência de que cabe Recurso Extraordinário de decisão que declarar a inconstitucionalidade de tratado internacional importa em exegese excludente da hierarquia constitucional dos tratados em matéria de direitos humanos e implique controle de constitucionalidade de todo e qualquer ato normativo que não o extraído diretamente da Constituição originária não convence. Em primeiro lugar, pelo fato de que se uma regra de competência em matéria recursal indica a possibilidade deste controle em matéria de tratados isto não significa necessariamente que esta seja uma solução para todo e qualquer tratado e que o próprio sistema constitucional, como evidentemente o fez com a redação outorgada ao § 2º do art. 5º, não possa prever exceções. Também esta norma de competência desafia interpretação afinada com a “ratio” e o “telos” de outras disposições constitucionais e da ordem constitucional em seu conjunto. Em segundo lugar, pela circunstância de que nada impede que paralelamente ao direito constitucional em sentido também formal não possam existir normas materialmente constitucionais e que, ainda mais por força de dispositivo constitucional expresso, recebam igual valor normativo.

Por outro lado, para afastar o argumento de que mesmo vindo a prevalecer a tese da hierarquia constitucional, remanesceria problemática a situação envolvendo eventual conflito entre os tratados incorporados por emenda ou pelo procedimento estabelecido pelo § 3º do art. 5º e as assim chamadas cláusulas pétreas da Constituição, já que, nesta hipótese, poderia a nossa Corte Suprema declarar a inconstitucionalidade da emenda que incorporou o tratado. Embora correto o argumento, igualmente não nos parece que esta seja a única conclusão possível, ainda mais em se privilegiando uma exegese teleológico-sistemática, que parte do princípio da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais (art. 4º, inc. II) e, de modo especial, de uma leitura conjugada do conteúdo normativo dos artigos 5º, § 2º, e 5º, § 3º, todos da CF. Nesse sentido, há de destacar a tese de que

³⁴ Cf. passagem do seu voto no RE 466.343-1, São Paulo, p. 6.

a inovação trazida pela Reforma do Judiciário pode ser interpretada como assegurando hierarquia pelo menos materialmente constitucional a todos os direitos fundamentais, já que, uma vez incorporados, os direitos humanos passam também – e acima de tudo – a serem todos direitos fundamentais, sem prejuízo da possibilidade de serem também formalmente constitucionais, em especial quando incorporados por emenda constitucional e mesmo pelo rito do artigo 5º, § 3º, da CF (com estatuto equivalente ao das emendas).³⁵ Assim, tais tratados receberiam (de vez que alguma diferenciação nos parece inevitável) um tratamento distinto (no sentido de mais reforçado), seja quanto ao fato de – ainda que não mediante alteração de dispositivos da Constituição – passarem a integrar a Constituição formal, seja quanto ao fato de enrobustecerem a (controversa, como já se viu na parte relativa ao processo de incorporação!) tese da impossibilidade de uma posterior denúncia do tratado e da responsabilização até mesmo interna se este vier a ocorrer.

Com isso, caso cancelada a posição de que sempre todos os direitos humanos sediados em tratados internacionais ratificados pelo Brasil (incorporados, ou não, por emenda constitucional) possuem *status* materialmente constitucional – compreendido este sempre no sentido de uma igual dignidade constitucional – eventual situação de conflito (neste caso mesmo em se cuidando de contraste entre emenda incorporadora de tratados de direitos humanos e disposições fundamentais da Constituição originária) haveria de se resolver, até mesmo para impedir um tratamento incoerente e inconsistente de tais conflitos no âmbito do sistema constitucional, pelas diretrizes hermenêuticas já referidas, tendo como norte a solução mais afinada com a máxima salvaguarda da dignidade da pessoa humana, mais de uma vez – e, convém que assim o seja – referida neste ensaio.³⁶

³⁵ Neste sentido, a posição sustentada, entre outros, especialmente por PIOVESAN. op. cit., p. 72-73.

³⁶ Que o acerto da premissa (também por nós adotada, cf. nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 148), não leva necessariamente – e por si só – à substancial inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel em todo e qualquer caso, deve ser no mínimo objeto de maior digressão. Com efeito, em que pese o inequívoco acerto do Supremo Tribunal Federal (na já citada decisão proferida no RE 466.343-1) em reconhecer – finalmente – a inconstitucionalidade da prisão do depositário infiel por força de contratos de alienação fiduciária, acima de tudo se a partir dessa decisão ficar consagrada a noção de paridade entre a Constituição e os tratados de direitos humanos, há argumentos para que, em caráter excepcional, se possa justificar uma prisão civil do depositário infiel. No mínimo, já que existentes uma série de situações diversificadas, a decisão em prol da possibilidade (ou não) da prisão há que considerar as circunstâncias do caso concreto e a natureza do conflito entre direitos e princípios constitucionais. Assim, por exemplo, a própria ilegitimidade da prisão do depositário em casos de alienação fiduciária, como bem demonstra o voto exarado pelo Ministro Cezar Peluso (Relator), pode ser sustentada mesmo sem recurso ao direito internacional, apenas desqualificando a figura do depósito nos casos de arrendamento mercantil ou alienação fiduciária, já que quem não é depositário não poderia estar sujeito à sanção da prisão civil. O erudito e minucioso voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, por sua vez, investiu, com acerto, na aplicação do princípio da proporcionalidade, avaliando a questão do conflito entre direitos fundamentais e, com isso, apontando para uma solução mais genérica e apta a dar conta de todas as possíveis situações que envolvem a prisão do depositário e até mesmo eventuais problemas relacionados à prisão do devedor de alimentos. Certo é que se formos observar o que ocorre na hipótese específica do depositário judicial (por força de uma penhora, por exemplo), o conflito a ser considerado envolve, por um lado, tanto eventual direito fundamental do autor da ação (não necessariamente um direito meramente patrimonial) quanto a garantia fundamental do acesso à justiça efetiva (não meramente indivi-

Assim, se é certo que comungamos da posição bastante difundida de que talvez melhor tivesse sido que o reformador constitucional tivesse renunciado a inserir um § 3º no art. 5º ou que (o que evidentemente teria sido bem melhor) – em entendendo de modo diverso – tivesse se limitado a expressamente cancelar a incorporação automática (após prévia ratificação) e com hierarquia constitucional de todos os tratados em matéria de direitos humanos, com a ressalva de que no caso de eventual conflito com direitos previstos pelo Constituinte de 1988, sempre deveria prevalecer a disposição mais benéfica para o ser humano (proposta legislativa esta formulada, nestes termos ou em termos similares, por autores, como Antonio Augusto Cançado Trindade, Valério Mazzuoli e Flávia Piovesan, entre outros ilustres e engajados defensores da hierarquia constitucional), e por mais que seja controverso, em cada caso, qual o direito de qual (ou quais) pessoa(s) a ser assegurado, também é correto que vislumbramos no dispositivo ora analisado um potencial positivo, no sentido de viabilizar alguns avanços concretos em relação à práxis ora vigente entre nós. Que uma posterior alteração do próprio § 3º, por força de nova emenda constitucional, resta sempre aberta, ainda mais se for para aprimorar e, portanto, reforçar a proteção dos direitos fundamentais oriundos dos tratados internacionais de direitos humanos, justamente nos parece servir de estímulo para um esforço hermenêutico construtivo também nesta seara.

Considerações finais

À vista do exposto, cientes de que apenas tivemos condições de esgrimir alguns argumentos em torno de algumas das possibilidades hermenêuticas suscitadas (e ainda por suscitar) em torno do novo § 3º do art. 5º da CF, não se poderá olvidar que todas as alternativas referidas estarão sempre sujeitas ao crivo da jurisprudência (vinculante!?) do Supremo Tribunal Federal, que, de resto, embora os questionamentos já formulados, está – como bem assinalou o Ministro Gilmar Ferreira Mendes no seu voto já referido – aceitando o desafio de revisitar criticamente a matéria das relações entre o direito internacional e o direito interno.

dual), ambas contrastando com o direito de liberdade do depositário infiel. O próprio argumento da dignidade da pessoa humana poderá, a depender das circunstâncias, socorrer até mesmo mais ao autor da ação. Por outro lado, nem sempre uma restrição (ainda mais temporária e em condições adequadas) da liberdade corresponde a uma violação da dignidade, pois se assim fosse nem mesmo a prisão penal, por mais dignas que fossem as condições de execução da pena, teria amparo constitucional. É evidente, de outra parte, como bem frisou o voto do Ministro Gilmar Mendes, que a prisão civil já será inconstitucional se puder ser considerada (como de fato haverá de ser na generalidade das situações) desproporcional, o que pode ocorrer mesmo que não se verifique concretamente uma violação da dignidade da pessoa. De qualquer sorte, se a linha argumentativa ora aberta (que, reitere-se, parte da premissa da dignidade constitucional dos tratados de direitos humanos) aponta para uma eventual possibilidade da prisão civil do depositário infiel, também é certo que tal possibilidade será sempre excepcional e condicionada tanto ao devido processo legal quanto à demonstração cabal da proporcionalidade da medida, naquilo em que uma restrição temporária da liberdade na esfera cível, de fato se revela como uma medida indispensável à salvaguarda de bem fundamental. Acima de tudo, porém, resulta evidente a necessidade de se investir mais na discussão do problema, considerando as peculiaridades de cada constelação fática e jurídica, seja qual for a tese vencedora.

O argumento de que com a inserção do novo § 3º no art. 5º da CF teria ocorrido uma restrição do próprio regime da fundamentalidade dos direitos oriundos de tratados internacionais revela-se problemático pelo fato de que tal restrição, como já demonstrado, não necessariamente resulta em violação do núcleo essencial do art. 5º, § 2º, da CF, especialmente em face da existência de alternativas interpretativas idôneas, que viabilizam, pelo menos em princípio, uma interpretação conforme a Constituição. Nesta mesma linha de entendimento, resulta pelo menos discutível a tese de que poderia haver uma inconstitucionalidade de emenda constitucional que estivesse em conflito com determinada interpretação a respeito do regime de direitos fundamentais, ainda mais quando tal interpretação é objeto de importante dissídio na doutrina e jurisprudência. Importa, portanto, que também neste contexto reste consignada a lição de Lenio Luiz Streck, no sentido de que ao intérprete não é conferida a possibilidade de “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”,³⁷ já que sempre sujeito aos limites textuais mínimos (explícitos e implícitos) estabelecidos pelo sistema constitucional.

Assim, dadas as opções discutidas (que não voltarão aqui a ser retomadas e avaliadas, até mesmo por não ser o nosso intuito enunciar qualquer conclusão fechada em relação a elas), verifica-se que há como outorgar ao novo § 3º do art. 5º uma interpretação que, a despeito de alguns aspectos problemáticos, assegure-lhe um sentido útil e não necessariamente retrocessivo, valorizando o regime jurídico-constitucional dos tratados de direitos humanos anteriores e posteriores à vigência da EC 45. De outra parte, também não se haverá de ver no novo dispositivo apenas uma “fórmula de compromisso” destinada a resolver o problema da incorporação diferenciada dos tratados internacionais de direitos humanos em relação a outros documentos internacionais.³⁸ Que a ocorrência de um possível avanço em termos substantivos depende, em primeiro plano, dos esforços sérios e conjugados da doutrina e da própria jurisprudência constitucional no plano do controle difuso, no sentido de tornar produtivo o princípio da interpretação conforme a Constituição, resulta evidente. O processo democrático – ainda que de modo distinto do que ocorre com o legislativo e o executivo – também permeia o modo de produção do direito jurisprudencial, especialmente no que diz respeito ao pluralismo que caracteriza o processo decisório nos órgãos colegiados e com a possibilidade (mesmo que já mais restrita, em virtude da expansão do controle concentrado) de uma coparticipação ativa de todos os órgãos jurisdicionais e da intervenção social, notadamente por meio das partes e seus representantes, assim como por meio do Ministério Público (isto sem falar na figura salutar do *amicus curiae* no processo de controle abstrato) implica a valorização da concepção de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição (Häberle) e a necessidade de se levar em conta eventuais câmbios hermenêuticos.

³⁷ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 310 e ss., bem analisando o cunho não relativista da hermenêutica.

³⁸ Neste sentido, ver as ponderações de MORAIS, José Luis Bolzan de. Artigo 5º - As crises do Judiciário e o acesso à justiça. In: AGRA, Walber de Moura (Org.). *Comentários à reforma do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 53, apontando para a possibilidade de se deduzir do novo § 3º do art. 5º uma espécie de “fórmula de compromisso”, mas questionando, com razão, a correção deste entendimento.

Com o intuito de sintetizar e clarificar a posição pessoal adotada, entendemos que a melhor resposta hermenêutica possível em relação ao § 3º do art. 5º da CF, em combinação especialmente (mas não exclusivamente) com os §§ 1º e 2º do mesmo artigo, é a que, utilizando-se da técnica da interpretação conforme, sustenta a tese de que o § 3º do art. 5º é constitucional desde que interpretado no sentido de assegurar a hierarquia constitucional (pelo menos em sentido material) dos tratados em matéria de direitos humanos já incorporados e hierarquia formal e material aos tratados eventualmente incorporados pelo rito estabelecido no dispositivo ora comentado, sem prejuízo das demais questões já destacadas, notadamente no que diz com a condição de limites materiais à reforma constitucional dos direitos assim incorporados e vedação da denúncia dos tratados uma vez internalizados desta forma.

Por derradeiro, frise-se que a discussão recém retomada com outro alento, até mesmo como decorrência das incongruências resultantes da fórmula adotada pelo reformador constitucional, nos possibilita buscar, também no que diz com a relevante problemática da incorporação e força normativa dos direitos fundamentais oriundos dos tratados internacionais de direitos humanos, uma saída viável para que estejamos cada vez mais integrados à comunidade internacional dos direitos humanos e fundamentais. Tal desafio representa, já por si só, um motivo mais do que suficiente para seguir investindo no tema, até mesmo pelo fato de que a meta da melhor resposta possível – e, portanto, sempre constitucionalmente adequada – constitui também um processo de permanente construção e reconstrução do Direito. Assim, apenas a evolução do debate e a postura concreta adotada especialmente pelo Poder Judiciário e pelo Legislador em relação ao tema poderão revelar se estamos, ou não, vivenciando um retrocesso em matéria de proteção dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

Justamente nessa perspectiva, a recente e já referida decisão do nosso Supremo Tribunal Federal sobre a prisão civil do depositário infiel, em que pesem as críticas que se deve endereçar (como já visto) contra a tese da hierarquia supralegal (e não constitucional, como seria desejável, e, de resto, constitucionalmente adequado), sem prejuízo da necessidade de maior digressão também sobre a própria vedação absoluta de qualquer modalidade de prisão civil, mesmo que seja do depositário judicial,³⁹ aponta – assim o queremos crer – para um futuro melhor também no que se refere à seara das relações entre a ordem jurídica interna e a internacional.

Por outro lado, e aqui uma nota crítica adicional, se não há como deixar de reconhecer algum avanço por conta da nova orientação do Supremo Tribunal Federal, ao abandonar a vetusta e constitucionalmente inadequada tese da paridade entre tratados de direitos humanos e lei ordinária, a decisão (ora sumulada) que proscreeu qualquer modalidade de prisão civil, revela-se eivada, especialmente na sua versão sumular e em virtude das consequências daí advindas, de contradições que vão além da circunstância de que foi mantido um estatuto diferenciado para

³⁹Sobre o tema, v. por todos, SARLET, Ingo Wolfgang e PETTERLE, Selma Rodrigues. “A prisão civil do depositário infiel no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro: evolução e perspectivas em face da recente orientação adotada pelo STF”. *Revista da AJURIS*, ano 36, n. 116, p. 173-199, dez. 2009.

os tratados de direitos humanos, uns valendo mais (no caso dos tratados aprovados pelo rito do § 3º do art. 5º, CF) do que os outros (aprovados antes da EC 45).

O que aqui está em causa e merece ser enfatizado é que ao proscrever toda e qualquer modalidade de prisão civil (diga-se de passagem, que os pactos internacionais vedam prisão por dívida, mas não toda e qualquer modalidade de prisão civil, que não se resume a casos de prisão por dívida) o Supremo Tribunal Federal, ao afirmar que mesmo por legislação posterior nenhuma modalidade de prisão civil poderá ser criada, embora tenha fundado sua decisão na hierarquia supralegal dos tratados, na prática tornou completamente sem efeito norma constitucional que segue no texto da vigente CF, e que autoriza que a lei crie hipóteses de prisão civil. Ora, com isso, salvo melhor juízo, o Supremo Tribunal Federal imprimiu – no caso da vedação da prisão civil – hierarquia superior a da CF aos tratados internacionais aplicáveis à hipótese. Proibiu-se, por completo, aquilo que a CF permite expressamente. Em outras palavras, aquilo que a CF permite que o legislador infraconstitucional faça (evidentemente submetido a um controle de constitucionalidade, em caso de violação das exigências da proporcionalidade e/ou afetação do conteúdo essencial de direitos fundamentais) lhe foi vedado sem margem de liberdade de ação.

Assim, a crítica que ora se formula e que se soma às anteriores (notadamente a redução dos direitos humanos dos tratados internacionais a direitos fundamentais de segunda classe na ordem constitucional interna) vai no sentido de que o Supremo Tribunal Federal, possivelmente para não dar margem a que, por conta de uma hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos, se amplie a parametricidade do controle de constitucionalidade (entre outros argumentos), negou a hierarquia constitucional aos tratados, mas, no caso da prisão civil, acabou por assegurar ao tratado um efeito de bloqueio em relação à própria constituição, ainda que sem o fazer diretamente. Melhor seria, então, reconhecer pelo menos a hierarquia constitucional dos tratados, e, mediante uma argumentação consistente, resolver o conflito entre tratado e constituição em prol da proibição da prisão. O problema adicional é que mesmo a sufragada hierarquia supralegal demandará esforços adicionais para ser devidamente articulada, especialmente quando se sabe que em outros casos, pelo menos por ora, o Supremo Tribunal Federal segue sendo mais reativo em relação ao valor a ser dado aos tratados de direitos humanos, como é o caso, por exemplo, do direito ao duplo grau de jurisdição, pelo menos em matéria criminal.

De qualquer sorte, ainda que críticas sejam necessárias, é certo que também no âmbito da nossa mais alta Corte se vivencia, gradativamente, um clima favorável à valorização dos tratados de direitos humanos, o que demonstra, além disso, que um autêntico diálogo – jurídico e cultural - é possível, ainda mais quando motivado pela valorização da pessoa humana e dos seus direitos humanos e fundamentais.

Recebido em 11 de novembro de 2011
Artigo convidado