

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 1988¹

INGO WOLFGANG SARLET

Doutor e Pós-Doutor em Direito (Universidade de Munique e Instituto Max-Planck de Direito Social Estrangeiro e Internacional)

Professor Titular de Direito Constitucional nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação (Especialização, Mestrado e Doutorado) em Direito da PUCRS

Professor de Direito Constitucional na Escola Superior da Magistratura do RS (AJURIS)

Juiz de Direito em Porto Alegre

SUMÁRIO: 1. Notas introdutórias. 2. A reforma do judiciário e a atualidade do debate em torno da possível distinção entre direitos humanos e fundamentais. 3. A abertura material do sistema de direitos fundamentais e os tratados internacionais em matéria de direitos humanos. 4. Algumas notas sobre o novo parágrafo 3º do artigo 5º da constituição e seus possíveis reflexos no que diz com a incorporação e hierarquia dos direitos com sede em tratados internacionais. Considerações finais. Referências bibliográficas.

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

A Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004 (doravante denominada EC 45), que implementou, após longa e tormentosa tramitação no Congresso Nacional, a assim chamada Reforma do Poder Judiciário, introduziu várias disposições expressamente relativas aos direitos humanos e fundamentais e outras – embora versando sobre diversos aspectos – com maior ou menor impacto sobre o sistema de direitos fundamentais da nossa Constituição. O quanto cada uma das alterações e inserções efetivadas virá a atuar positiva ou negativamente em matéria de direitos fundamentais ainda está longe de

¹ O presente trabalho – já com alguns acréscimos e alterações – foi redigido para integrar coletânea organizada pelos Professores Antonio Augusto Cançado Trindade, Antonio Celso Pereira e Carlos Alberto Menezes Direito em homenagem ao Professor Celso Albuquerque Mello, a ser editada pela Editora Renovar, Rio de Janeiro, com publicação prevista ainda para o ano de 2006. Agradecemos a Leonardo Furian, Advogado e Integrante do Grupo de Pesquisas Constituição e Direitos Fundamentais (CNPQ) por nós coordenado junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCRS, pela colaboração na reunião de referências bibliográficas a respeito da Reforma do Judiciário, relevantes para a elaboração do presente trabalho.

poder ser avaliado com alguma segurança, considerando a necessidade de amadurecimento da discussão em nível doutrinário e jurisprudencial, visto que, a despeito do debate já iniciado antes mesmo da promulgação da reforma, somente com a sua entrada em vigor é que se está a refletir com base em texto efetivamente incorporado à Constituição, somente modificável por outra reforma ou pela interpretação jurisdicional, que, de resto, poderá até mesmo levar à declaração de inconstitucionalidade de alguns pontos da EC 45. Aliás, não são poucas as manifestações sustentando a violação de cláusulas pétreas da Constituição, inclusive acompanhadas de ações diretas de inconstitucionalidade, como foi o caso, por exemplo, da controvérsia em torno do controle externo da Magistratura e do Ministério Público (com decisão do Supremo Tribunal Federal em prol de sua constitucionalidade, no que diz com a forma e estrutura dos respectivos Conselhos Superiores) e da federalização da competência para o julgamento dos casos de grave violação dos direitos humanos, esta última ainda pendente de decisão por parte do Supremo Tribunal Federal.

Nesta perspectiva, objetivando acima de tudo integrar o processo de discussão e contribuir para a reflexão sobre as alternativas hermenêuticas mais afinadas com o mandamento da maximização da eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, tal qual consagrado pelo artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal (na seqüência CF), o nosso propósito é o de analisar as possíveis conseqüências da inserção de um terceiro parágrafo no artigo 5º da CF, versando sobre a incorporação de tratados internacionais em matéria de direitos humanos ao sistema constitucional, dispondo 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”. O novo dispositivo, em princípio, veio para complementar o parágrafo 2º do mesmo artigo, que consagrou expressamente a abertura material dos direitos fundamentais no sistema constitucional nacional, de tal sorte que, antes mesmo de avaliar o sentido possível da alteração a ser discutida, há que retomar a controvérsia sobre o regime jurídico dos direitos humanos na ordem jurídica brasileira antes da EC 45.

Considerando o teor do novo dispositivo, não é de se estranhar que no âmbito da doutrina especializada tenha se instaurado intenso debate, acompanhado de grande variedade de posicionamentos, que alcançam desde a discussão em torno do regime jurídico dos tratados anteriores, até 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 trazido pela EC 45 neste particular. Diante deste quadro, é nosso propósito tecer algumas considerações sobre pelo menos parte das questões ventiladas no âmbito da controvérsia doutrinária, com o intuito de contribuir de algum modo para, se não um certo avanço nesta seara, pelo menos para alguma sistematização e sedimentação do debate, que, como já frisado, apenas iniciou, de vez que não houve, ainda, aprovação de emenda constitucional incorporando tratado internacional em matéria de direitos humanos, assim como ainda não houve pronunciamento

dos Tribunais Superiores, notadamente do Supremo Tribunal Federal, sobre a matéria. O primeiro aspecto a ser destacado, todavia, é que o parágrafo 3º do artigo 5º da CF veio a reforçar a posição de acordo com a qual é possível estabelecer uma distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais.

2. A REFORMA DO JUDICIÁRIO E A ATUALIDADE DO DEBATE EM TORNO DA POSSÍVEL DISTINÇÃO ENTRE DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

Um dos aspectos dignos de nota no que diz com o teor do novo parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição, como já anunciado, é de que ao referir-se aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, o reformador constitucional, pelo menos do ponto de vista do direito constitucional positivo, acabou por endossar a possibilidade de se efetuar uma distinção não meramente nominal entre direitos humanos e direitos fundamentais, a exemplo, aliás, do que já havia feito o Constituinte, notadamente ao estabelecer, no campo dos princípios que regem as relações internacionais, a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, inciso II) e assegurar, no Título II, os direitos e garantias fundamentais, enunciados no art. 5º e seguintes.

No mesmo sentido, outra modificação introduzida pela EC 45 também aponta expressamente para tal diferença, já que ao tratar da possibilidade do deslocamento da competência para a Justiça Federal (Art. 109, inciso V, letra “a” e § 5º) restou consignado que tal deslocamento será possível nos casos de graves violações de direitos humanos, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos, deixando evidenciado, desde logo, que não se trata, em princípio, de violação de todo e qualquer direito (fundamental) assegurado pela CF. Neste sentido, parece-nos legítimo sustentar a relevância da clarificação da distinção – efetuada por parte expressiva da doutrina – entre as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, não obstante notório que tenha também ocorrido uma identificação dos dois termos, que tem sido utilizados indistintamente, identificação esta que somente será aceitável em se considerando a correção das distinções referidas e de outras que ainda serão exploradas. Além disso, não se coloca aqui em questão que fora do âmbito jurídico-constitucional a terminologia preferida segue sendo a de direitos humanos, o que não impede a distinção, especialmente em se considerando o critério adotado como parâmetro, como pretendemos demonstrar na seqüência.

Neste particular, não há dúvidas de que os direitos fundamentais, de certa forma, são também sempre direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, ainda que por vezes representado por entes coletivos (grupos, povos, nações, Estado). Fosse por esse motivo apenas, impor-se-ia a utilização uniforme do termo “direitos humanos” ou expressão similar, de tal sorte que não é nesta circunstância que encontraremos argumentos idôneos a justificar a distinção. De qualquer modo, cumpre destacar, antes de prosseguirmos, que se é certo que não pretendemos hipostasiar a relevância deste ponto, também não podemos passar ao largo do mesmo, seja pelo fato de estarmos diante de um

aspecto a respeito do qual existe uma ampla discussão na doutrina, seja pelas conseqüências de ordem prática (especialmente no que diz com a interpretação e aplicação das normas de direitos fundamentais e/ou direitos humanos) que podem ser extraídas da questão, do que a temática versada neste ensaio bem o demonstra. De qualquer sorte, não se cuida de uma mera querela acadêmica entre teóricos que não têm mais o que fazer.

Neste contexto, importa lembrar que habitualmente – e existe expressiva doutrina nacional e estrangeira a suportar tal entendimento – um dos critérios apontados para uma possível distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado², ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)³. A consideração de que o termo “direitos humanos” (se compreendidos como direitos de matriz internacional ou supranacional) possa ser pura e simplesmente equiparado ao de “direitos naturais”⁴ não nos parece correta, uma vez que a própria positivação em normas de direito internacional, de acordo com a lúcida lição de Bobbio, já revelou, de forma incontestável, a dimensão histórica e relativa dos direitos humanos, que assim se desprenderam – ao menos em parte (mesmo para alguns dos defensores de um certo modelo jusnaturalista) – da idéia de um direito natural⁵. Todavia, não devemos esquecer que, na sua vertente histórica, os direitos humanos (internacionais) e fundamentais (constitucionais) radicam no reconhecimento, pelo direito positivo, de uma série de direitos considerados naturais do homem, que, neste sentido – em se reconhecendo a existência de direitos naturais e inalienáveis da pessoa humana –, assumem uma dimensão pré-estatal e, para alguns, até mesmo supra-estatal⁶. Cuida-se, sem dúvida, igualmente de direitos humanos – considerados como tais àqueles outorgados a todos os homens pela sua mera condição humana –, mas, neste caso, de direitos não-positivados.

² Assim, por exemplo, J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 528, e M. L. Cabral Pinto, *Os Limites do Poder Constituinte e a Legitimidade Material da Constituição*, p. 141. Entre nós, esta distinção foi adotada, entre outros, por E. Pereira de Farias, *Colisão de Direitos*, p. 59-60.

³ Neste sentido, dentre outros, a lição de J. Miranda, *Manual IV*, p. 51-2, citando-se, a título de exemplo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), a Declaração Européia de Direitos do Homem (1951), A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), dentre outros tantos documentos.

⁴ Esta a posição de M. Kriele, *in*: FS für Scupin, p. 188.

⁵ Cf. N. Bobbio, *A Era dos Direitos*, principalmente no ensaio “Presente e Futuro dos Direitos do Homem” (p. 26 e ss.). O abandono da condição de direitos naturais pode ser também exemplificado com base na doutrina francesa, onde já se reconhece que as liberdades públicas não se confundem com a noção de direitos naturais do homem, tratando-se de posições jurídicas reconhecidas pelo direito constitucional positivo (v. neste sentido, C.A. Colliard, *Libertés Publiques*, p. 12 e ss.).

⁶ A este respeito, v. K. Stern, *Staatsrecht III/1*, p. 42 e ss.

Assim, com base no exposto, cumpre traçar uma distinção, ainda que de cunho predominantemente didático, entre as expressões “direitos do homem” (no sentido de direitos naturais não, ou ainda não positivados), “direitos humanos” (positivados na esfera do direito internacional) e “direitos fundamentais” (direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado). Neste particular, como o presente estudo se restringe – em que pesem algumas breves notícias de cunho histórico – aos direitos positivados, centrar-nos-emos em traçar, de forma mais clara, a distinção entre os termos e conceitos “direitos humanos” e “direitos fundamentais”. A utilização da expressão “direitos do homem”, de conotação marcadamente jusnaturalista, prende-se ao fato de que se torna necessária a demarcação precisa entre a fase que, nada obstante sua relevância para a concepção contemporânea dos direitos fundamentais e humanos, precedeu o reconhecimento destes pelo direito positivo interno e internacional e que, por isso, também pode ser denominada de uma “pré-história” dos direitos fundamentais.

Neste contexto, de acordo com o ensinamento de Pérez Luño, o critério mais adequado para determinar a diferenciação entre ambas as categorias é o da concreção positiva, uma vez que o termo “direitos humanos” se revelou conceito de contornos mais amplos e imprecisos que a noção de direitos fundamentais, de tal sorte que estes possuem sentido mais preciso e restrito, na medida em que constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito⁷. Assim, ao menos sob certo aspecto, parece correto afirmar, na esteira de Pedro Cruz Villalon, que os direitos fundamentais nascem e acabam com as Constituições⁸, resultando, de tal sorte, da confluência entre os direitos naturais do homem, tais como reconhecidos e elaborados pela doutrina jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, e da própria idéia de Constituição⁹. Neste contexto, situa-se – apenas para citar um posicionamento extraído da literatura filosófica – o recente magistério de Otfried Höffe, ao destacar a pertinência da diferenciação conceitual entre direitos humanos e fundamentais, justamente no sentido de que os direitos humanos, antes de serem reconhecidos e positivados nas Constituições (quando se converteram em elementos do direito positivo e direitos fundamentais de uma determinada comunidade jurídica), integravam apenas uma espécie de moral jurídica universal. Assim, ainda para Höffe, os direitos humanos referem-se ao ser humano como tal (pelo simples fato de ser pessoa humana) ao passo que os

⁷ Cf. A.E. Perez Luño, *Los Derechos Fundamentales*, p. 46-7. Em que pese a nossa divergência com relação ao significado atribuído à expressão “direitos humanos”, cumpre referir aqui a posição de M. Kriele quando igualmente advoga o entendimento de que a categoria dos direitos fundamentais é temporal e espacialmente condicionada, visto que se cuida da institucionalização jurídica dos direitos humanos na esfera do direito positivo.

⁸ P. C. Villalon, *in: REDC* n° 25 (1989), p. 41-2.

⁹ Assim a lição de K. Stern, *Staatsrecht III/1*, p. 43.

direitos fundamentais (positivados nas Constituições) concernem às pessoas como membros de um ente público concreto.¹⁰ Igualmente – muito embora por razões diversas – apontando para uma possível distinção entre direitos fundamentais e o que designa de direitos morais (reconhecendo, contudo, que os direitos fundamentais possuem um conteúdo e fundamentação de cunho moral) vale referir a lembrança de Habermas, no sentido de que os direitos fundamentais, que se manifestam como *direitos positivos de matriz constitucional*, não podem ser compreendidos como mera expressão de direitos morais, assim como a autonomia política não pode ser vista como reprodução da autonomia moral.¹¹

Em face dessas constatações, verifica-se, desde já, que as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos” (ou similares), em que pese sua habitual utilização como sinônimas, se reportam a significados distintos. No mínimo, para os que preferem o termo “direitos humanos”, há que referir – sob pena de correr-se o risco de gerar uma série de equívocos – se eles estão sendo analisados pelo prisma do direito internacional, na sua dimensão constitucional positiva ou mesmo como direitos naturais ou pré-estatais. Reconhecer a diferença, contudo, não significa desconsiderar a íntima relação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, uma vez que a maior parte das Constituições do segundo pós-guerra se inspiraram tanto na Declaração Universal de 1948, quanto nos diversos documentos internacionais e regionais que a sucederam, de tal sorte que – no que diz com o conteúdo das declarações internacionais e dos textos constitucionais – está ocorrendo um processo de aproximação e harmonização, rumo ao que já está sendo denominado (e não exclusivamente – embora principalmente –, no campo dos direitos humanos e fundamentais) de um direito constitucional internacional¹².

No âmbito da discussão em torno da melhor terminologia a ser adotada, é de se destacar o uso mais recente da expressão “direitos humanos fundamentais” por alguns autores¹³. De acordo com Sérgio Rezende de Barros, que refuta a tese da distinção entre

¹⁰ Cf. O. Höffe, *Derecho Intercultural*, especialmente p. 166-69, explorando, ainda, a diferença entre o plano pré-estatal (dos direitos humanos) e o estatal (dos direitos fundamentais).

¹¹ Cf. J. Habermas, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, p. 138 (“Deshalb dürfen wir Grundrechte, die in der positiven Gestalt von Verfassungsnormen auftreten, nicht als blosse Abbildungen moralischer Rechte verstehen, und die politische Autonomie nicht als blosses Abbild der moralischen.”). No mesmo sentido, v., entre nós, o belo ensaio de M. C. Galuppo, “O que são direitos fundamentais?”, in: J. A. Sampaio (Org), *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 233.

¹² Sobre o direito constitucional internacional na esfera dos direitos humanos, consultem-se, dentre tantas, em especial as obras de F. Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, Max Limonad, Rio de Janeiro, 1996, A.A.C. Trindade, *Tratado do Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I, Sergio A. Fabris, Porto Alegre, 1997, sem prejuízo de uma série de trabalhos mais recentes de relevo, boa parte dos quais ainda será referida.

¹³ Entre nós, o primeiro autor a utilizar a expressão “direitos humanos fundamentais”, ao menos de acordo com o nosso conhecimento, foi M.G. Ferreira Filho, *Direitos Humanos Fundamentais*, Saraiva, São Paulo, 1996. Também A. Moraes, *Direitos Humanos e Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1998, utiliza-se desta terminologia.

direitos humanos e fundamentais, esta designação tem a vantagem de ressaltar a unidade essencial e indissolúvel entre os direitos humanos e direitos fundamentais¹⁴. Quanto a este aspecto, e sem que se possa aqui adentrar ainda mais o estimulante debate em torno da temática versada neste segmento, não nos parece existir um conflito tão acentuado entre a posição por nós sustentada e as corretas e bem fundadas ponderações do ilustre jurista paulista, já que não deixamos de reconhecer a conexão íntima entre os direitos humanos e os fundamentais, pelo fato que as diferenças apontadas radicam em alguns critérios específicos, como é o caso, especialmente, do plano de positivação. Neste mesmo contexto, seguimos entendendo que o termo “direitos humanos fundamentais”, embora não tenha o condão de afastar a pertinência da distinção traçada entre direitos humanos e direitos fundamentais (com base em alguns critérios, como já frisado), revela, contudo, a nítida vantagem de ressaltar, relativamente aos direitos humanos de matriz internacional, que também estes dizem com o reconhecimento e proteção de certos valores e reivindicações essenciais de todos os seres humanos, destacando, neste sentido, a fundamentalidade em sentido material, que – diversamente da fundamentalidade formal (vinculada ao tratamento jurídico privilegiado outorgado por determinada ordem constitucional aos bens fundamentais¹⁵) – é comum aos direitos humanos e aos direitos fundamentais constitucionais, consoante, aliás, será objeto de posterior análise.

No que concerne ao tópico em exame, há que atentar para o fato de não existir uma identidade necessária – no que tange ao elenco dos direitos humanos e fundamentais reconhecidos – nem entre o direito constitucional dos diversos Estados e o direito internacional, nem entre as Constituições, e isso pelo fato de que, por vezes, o catálogo dos direitos fundamentais constitucionais fica aquém do rol dos direitos humanos contemplados nos documentos internacionais, ao passo que outras vezes chega a ficar – ressaltadas algumas exceções – bem além, como é o caso da nossa atual Constituição¹⁶. Da mesma forma, não há uma identidade necessária entre os assim denominados direitos naturais do homem com os direitos humanos (em nível internacional) e os direitos fundamentais, ainda que parte dos tradicionais direitos e garantias de caráter individual e negativo contemplados na esfera constitucional e internacional tenha surgido da positivação dos direitos naturais reconhecidos pela doutrina jusnaturalista, tais como os clássicos direitos à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade. Além disso, importa

¹⁴ Cf. S. R. de Barros, *Direitos Humanos. Paradoxo da Civilização*, especialmente p. 29 e ss.

¹⁵ No caso da CF, a fundamentalidade em sentido formal (que evidentemente guarda estreito vínculo com a material) encontra-se essencialmente calcada no reforço da normatividade (eficácia) das normas de direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, da CF) e no fato de serem os direitos fundamentais limites materiais à reforma constitucional, seja de modo expresso, seja de modo implícito (art. 60, § 4º, inc. IV, da CF). A respeito da eficácia das normas de direitos fundamentais e sua proteção na ordem constitucional brasileira remetemos ao nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 5ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

¹⁶ Neste sentido a lição de K. Stern, *in*: HBStR V, p. 35.

considerar a relevante distinção quanto ao grau de efetiva aplicação e proteção das normas consagradoras dos direitos fundamentais (direito interno) e dos direitos humanos (direito internacional), sendo desnecessário aprofundar, aqui, a idéia de que são os primeiros que – ao menos em regra – atingem (ou, pelo menos, estão em melhores condições para isto) o maior grau de efetivação, particularmente em face da existência de instâncias (especialmente as judiciárias) dotadas do poder de fazer respeitar e realizar estes direitos, especialmente em se tratando de efetivos Estados democráticos de Direito.

Cumprir lembrar, ainda nesta perspectiva, o fato de que a eficácia (jurídica e social) dos direitos humanos que não integram o rol dos direitos fundamentais de determinado Estado depende, em regra, da sua recepção na ordem jurídica interna e, além disso, do *status* jurídico que esta lhes atribui, visto que, do contrário, lhes faltaria até mesmo a necessária vinculatividade na ordem nacional.¹⁷ Assim, a efetivação dos direitos humanos encontra-se, ainda e principalmente, na dependência da boa vontade e da cooperação dos Estados individualmente considerados, assim como do equilíbrio de forças no âmbito da ordem internacional, salientando-se, neste particular, uma evolução progressiva na eficácia dos mecanismos jurídicos internacionais de controle, matéria que, no entanto, refoge aos limites desta investigação. Em suma, reputa-se acertada a idéia de que os direitos humanos, enquanto não constitucionalizados e assegurados na condição de direitos fundamentais¹⁸, não lograrão atingir sua plena eficácia e efetividade (ou, pelo menos, estarão menos aptas

¹⁷ Neste sentido, de certo modo na linha do já referido pensamento de Habermas, R. Alexy, “Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático”, in: RDA nº 217 (1999), referindo que – a despeito de sua crescente relevância – não se deve superestimar o significado da proteção internacional, já que sem a concretização (institucionalização) dos direitos do homem (fundamentais) em Estados particulares o ideal da Declaração da ONU não será alcançado.

¹⁸ Cumprir registrar, neste contexto, que em face do reconhecimento da prevalência normativa de pelo menos parte dos Tratados de Direitos Humanos (como é o caso da Convenção Européia dos Direitos Humanos) em relação ao direito interno dos Estados integrantes da Comunidade e da União Européia, bem como diante da existência (pelo menos no âmbito regional europeu) de órgãos jurisdicionais supranacionais com competência para editar decisões vinculativas e dotadas de razoável margem de efetividade, já há quem sustente a fundamentalidade também em sentido formal dos Direitos Humanos nesta esfera, inclusive no que diz com a Carta de Direitos Fundamentais da União Européia (aprovada em 2000, mas ainda não formalmente vinculativa). Este é precisamente o caso de J.J. Gomes Canotilho, “Compreensão Jurídico-Político da Carta”, in: RIQUEITO, Ana Luísa *et. al.* *Carta de Direitos Fundamentais da União Européia*, p. 11. A propósito, vale lembrar, ainda, que justamente (embora não exclusivamente) em face da já apontada existência (ainda que não incontroversa) de um direito constitucional internacional dos direitos humanos, somada à solidez das instituições supranacionais (pelo menos, de caráter regional), é que já se encontra em fase de amadurecimento o projeto de uma Constituição da União Européia, que, se vier a ser efetivamente implementado (como parece ser a tendência) haverá de provocar uma revisão significativa de uma série de conceitos tradicionais na esfera da teoria constitucional, que, de resto, já tem passado por um amplo processo de discussão. A respeito da formação de um Direito Constitucional Europeu, v., entre outros, F. Lucas Pires, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu*, Coimbra: Coimbra Ed., 1997, e, ainda dentre os autores estrangeiros, o paradigmático contributo de J.H.H. Weiler, *The Constitution of Europe. “Do the new clothes have a n emperor?” and other essays on european integration*, especialmente p. 221-63. Entre nós, confira-se a recente contribuição de A. Pagliarini, *A Constituição Européia como Signo: da superação dos dogmas do estado nacional*, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005..

para tanto), o que não significa dizer que não a tenham¹⁹. Com efeito, o presente estudo justamente trata a respeito de como os direitos humanos, uma vez incorporados à Constituição (e, portanto, transformados em direitos fundamentais), têm e podem ter uma normatividade privilegiada e compatível com sua condição.

O que importa, por ora, é deixar devidamente consignado e esclarecido o sentido que atribuímos às expressões “direitos humanos” (ou direitos humanos fundamentais) e “direitos fundamentais”, reconhecendo, ainda uma vez, que não se cuida de termos reciprocamente excludentes ou incompatíveis, mas, sim, de dimensões íntimas e cada vez mais inter-relacionadas, o que não afasta a circunstância de se cuidar de expressões reportadas a esferas distintas de positivação, cujas conseqüências práticas não podem ser desconsideradas. Os direitos fundamentais (que abrangem os direitos humanos constitucionalizados) – volta-se mais uma vez a frisar – nascem e se desenvolvem com as Constituições nas quais foram reconhecidos e assegurados, e é sob este ângulo (não excludente de outras dimensões) que também aqui será analisada a questão da incorporação e hierarquia dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos deverão ser prioritariamente analisados ao longo deste estudo. Em suma, cuida-se de analisar como e em que medida os direitos humanos de matriz internacional assumem a condição de direitos fundamentais constitucionais.

3. A ABERTURA MATERIAL DO SISTEMA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS TRATADOS INTERNACIONAIS EM MATÉRIA DE DIREITOS HUMANOS

Antes de avançarmos na análise dos aspectos vinculados às relações entre o sistema constitucional brasileiro e os tratados internacionais em matéria de direitos humanos, não há como deixar de fazer breve referência ao significado da norma contida no art. 5º, § 2º, da CF, que evidentemente abrange os tratados internacionais, mas não se resume a estes. Com efeito, tal dispositivo consagra expressamente o princípio da abertura material do catálogo de direitos fundamentais da Constituição, no sentido de que o rol dos direitos expressamente

¹⁹ Este, aproximadamente, o ponto de vista advogado por K. Stern, *in*: HBStR V, p. 35. A falta de identidade entre o rol internacional dos direitos humanos e o catálogo constitucional é, de certa forma, inevitável. Neste sentido, há que frisar que nem todos os direitos constitucionais podem ser exercitados por qualquer pessoa, já que alguns direitos fundamentais se referem tão-somente aos cidadãos de determinado Estado. Assim, por exemplo, o direito de voto e o direito de ser eleito podem até encontrar menção entre os direitos civis e políticos constantes em documentos internacionais, mas, no que concerne ao seu efetivo exercício, sua titularidade está restrita aos cidadãos de cada país. O mesmo pode afirmar-se com relação aos direitos de propor ação popular, ou mesmo de participar de plebiscitos ou integrar proposta de iniciativa popular legislativa, apenas para ficarmos em terreno nacional. Em contrapartida, os direitos humanos são atribuídos a qualquer um, e não apenas aos cidadãos de determinado Estado, razão pela qual também são denominados de direitos de todos (K. Stern, *Staatsrecht III/1*, p. 45). Atente-se, ainda, para a circunstância de uma significativa parcela dos direitos fundamentais corresponder aos direitos humanos, no sentido de que sua titularidade não fica reservada aos cidadãos nacionais, estendendo-se também aos estrangeiros, tema que, contudo, não se encontra imune à controvérsia.

consagrados como fundamentais pelo Constituinte, apesar de analítico, não tem caráter taxativo. Na esteira da tradição inaugurada pela Constituição de 1891, inspirada, por sua vez, na IX Emenda da Constituição Norte-Americana, restou – consoante doutrina consolidada de há muito entre nós – afastado o tradicional princípio hermenêutico do *inclusio unius alterius est inclusivus*, o que, em outras palavras, significa que na Constituição também está incluído o que não foi expressamente previsto²⁰, mas que pode ser deduzido como subentendido no sistema constitucional. Neste mesmo sentido, coberto de razão Juarez Freitas ao destacar, na esteira da melhor doutrina, que o art. 5º, § 2º, em verdade contém uma autêntica norma geral inclusiva²¹.

De acordo com a interpretação mais afinada com o espírito da norma contida no art. 5º, § 2º, da CF, vale lembrar que a abertura material do catálogo de direitos fundamentais abrange tanto direitos expressamente positivados em outras partes do texto constitucional quanto sediados em tratados internacionais, incluindo, de resto, os assim (genericamente) designados direitos implícitos, no sentido de posições jusfundamentais não amparadas em texto constitucional expresso (portanto, direitos não explicitados), aos quais o Constituinte se referiu ao mencionar direitos decorrentes do regime e dos princípios da Constituição. Que cada grupo de direitos apontado (explícita ou implicitamente positivados) reclama uma análise detida e suscita uma série de indagações resulta evidente, mas aqui não será objeto de desenvolvimento²², a não ser, como já anunciado desde o início, no que diz com o regime dos direitos previstos em tratados internacionais de direitos humanos, os quais, em verdade, constituem uma dimensão relevante, mas evidentemente não exclusiva da temática mais ampla da abertura material do nosso catálogo de direitos fundamentais, muito embora o que se percebe é uma certa desconsideração – a considerar as prioridades eleitas pela maioria da doutrina – da efetiva importância das demais esferas.

Adentrando agora de vez por todas a questão dos direitos fundamentais sediados em tratados internacionais, cumpre ressaltar, de início, que estamos abordando um dos aspectos essenciais acerca do relacionamento entre os direitos humanos (de matriz internacional) e os direitos fundamentais constitucionais. Observe-se, neste contexto, que a nossa Constituição, de acordo com a redação do art. 5º, § 2º, refere apenas os tratados internacionais, não mencionando as convenções ou outras espécies de regras internacionais. Neste particular, o Constituinte lusitano foi bem mais feliz, ao dispor, no já referido artigo 16/1, que “os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem outros constantes das leis e regras aplicáveis de direito internacional (grifei)”, impedindo, de tal sorte, interpretação restritiva, da qual se poderia cogitar entre nós, em face da expressão literal do texto constitucional. O entendimento – no nosso sentir não procedente – de que

²⁰ Cf., por todos e já sob a égide da CF vigente, M.G. Ferreira Filho, *Comentários à Constituição Brasileira*, vol. III, p. 136 e ss.

²¹ Cf. J. Freitas, *A Interpretação Sistemática do Direito*, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, pp. 211-12.

²² Sobre os diversos ângulos da problemática v. o nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 90 e ss.

o Constituinte de 1988 tenha tido a intenção de excluir completamente do âmbito de abertura material do catálogo dos direitos fundamentais consagrado no art. 5º, § 2º, as regras de direito internacional geral e convencional, designadamente e acima de tudo a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, aqui também não será enfrentado, dadas as limitações deste estudo.

Em primeiro lugar, no que diz com a exegese do termo tratados (agora também convenções, a teor do art. 5º, § 3º) internacionais, de que se valeu o Constituinte de 1988 (art. 5º, § 2º), frise-se, em caráter sumário, que a despeito da falta de precisão terminológica e da diversidade de expressões encontradas no direito constitucional positivo, onde não se verifica critério uniforme de distinção entre as diversas espécies de normas internacionais²³, existe certa unanimidade no seio da doutrina no sentido de que o termo “tratados internacionais” engloba diversos tipos de instrumentos internacionais, tratando-se de gênero, em relação ao qual as convenções e os pactos (apenas para citar alguns dos mais importantes) são espécies, uma que, de acordo com o seu conteúdo concreto e sua finalidade, os tratados são rotulados diversamente, o que, aliás, decorre da própria Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que considera “tratado” um termo genérico, “significando um acordo internacional independentemente de sua designação particular.”²⁴. Na definição de José Francisco Rezek, em sua conhecida obra sobre o Direito dos Tratados, “tratado é o acordo formal concluído entre sujeitos de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos,”²⁵ não importando – para efeitos de sua caracterização – o rótulo utilizado, uma vez que, em sendo mero instrumento, deve ser identificado por seu processo de produção e pela forma final²⁶. Assim, mesmo por meio de uma interpretação estritamente literal (que considera as expressões tratados, convenções, pactos, etc. como sinônimas), já é possível evitar consideravelmente uma diminuição do alcance da abertura material do catálogo relativamente aos direitos fundamentais oriundos do direito internacional.

Ainda que assim não fosse, deveríamos ter em mente que, por força de uma interpretação cingida à letra fria do texto, teriam de ser desconsiderados os direitos fundamentais previstos nos Pactos Internacionais da ONU sobre direitos civis e políticos

²³ Neste sentido, cabe citar os exemplos trazidos por A. Süsskind, in: *Curso de Direito Constitucional do Trabalho*, vol II, p. 304-5, que apresenta a problemática à luz dos dispositivos de nossa Constituição vigente. A este respeito também a lição de J. F. Rezek, *Direito dos Tratados*, p. 83 e ss., que arrola as seguintes “espécies” (no sentido de terminologias utilizadas) de tratados: acordo, ajuste, arranjo, ata, ato, carta, código, compromisso, constituição, contrato, convenção, convênio, declaração, estatuto, memorando, *modus vivendi*, pacto, protocolo e regulamento (ob. cit., p. 86).

²⁴ Assim, dentre outros, o entendimento do renomado internacionalista A. A. Cançado Trindade, *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*, p. 12. Veja-se, por igual, o clássico H. Accioly, *Manual de Direito Internacional Público*, p. 120. Dentre os constitucionalistas, tal circunstância foi referida por J. Cretella Jr., *Comentários à Constituição de 1988*, vol. II, p. 870, nas suas anotações ao art. 5º, § 2º, da CF.

²⁵ Cf. J.F. Rezek, *Direito dos Tratados*, p. 21.

²⁶ Novamente, J.F. Rezek, *Direito dos Tratados*, p. 83.

e sobre os direitos econômicos, sociais e culturais, ambos de 1966, bem como na Convenção Americana sobre Direitos Humanos da OEA (1969), apenas para citar alguns dos mais relevantes e mais próximos de nós nesta matéria. Em suma, na medida em que os principais documentos internacionais de reconhecimento e proteção dos direitos humanos não se enquadram – de acordo com o critério único de sua denominação – na categoria jurídica dos tratados e em se considerando apenas estes como hábeis a servirem de fonte para direitos materialmente fundamentais, estar-se-ia restringindo gravemente (para não dizer completamente) o alcance do art. 5º, § 2º, de nossa Constituição, que outra finalidade não possui senão a de viabilizar a incorporação de outros direitos fundamentais que não tenham sido expressamente previstos. Com efeito, objetivo precípua da consagração, pela nossa Carta, do princípio da não-tipicidade na esfera dos direitos fundamentais certamente não é o de restringir, mas, sim, o de ampliar e completar o catálogo dos direitos fundamentais, integrando, além disso, a ordem constitucional interna com a comunidade internacional, solução que, aliás, corresponde às exigências de uma ordem internacional cada vez mais marcada pela interdependência entre os Estados e pela superação da tradicional concepção da soberania estatal. De qualquer sorte, não tem sido este o aspecto onde se estão a verificar controvérsias dignas de nota.

Dentre os pontos de relevo a merecerem constante atenção, seja no campo prático, seja na esfera teórica, destacam-se indubitavelmente os problemas da forma de recepção das normas de direito internacional na ordem interna, bem como a sua posição hierárquica com relação ao direito nacional. Se no direito constitucional e internacional no âmbito da União Européia, de modo geral, já existe uma prática sedimentada no que tange a ambos os aspectos, no direito brasileiro, contudo, tais questões estão longe de se encontrarem pacificadas, merecendo, portanto, análise mais detida, ainda mais em face da recente promulgação da EC 45, objeto precípua de nossa atenção. Para facilitar o exame das questões propostas, iniciamos com algumas notas sobre o regime dos tratados antes da EC 45.

Relativamente ao primeiro aspecto, ligado à forma de incorporação dos tratados ao direito interno, há que apontar a inexistência de preceito expresso na Constituição, dispondo de forma favorável à recepção automática. A posição até o momento dominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – que ainda não se posicionou sobre a matéria após a EC 45 –, por sua vez, reconhece a necessidade de incorporação por Decreto legislativo e a edição de um Decreto do Executivo para a perfectibilização do ato de internalização dos tratados, seja qual for o seu objeto²⁷. Ao contrário de diversas Constituições recentes²⁸, a regra tradicionalmente adotada em nosso direito constitucional justamente tem sido a da necessidade de procedimento formal de incorporação, o qual resulta da interação entre ato do Poder Executivo (a celebração propriamente dita do tratado) e do Poder Legislativo, que,

²⁷ Cf., dentre tantas, a decisão na ADIN n° 1480/DF, Relator Min. Celso de Mello.

²⁸ Remetemos aqui aos exemplos colacionados por F. Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 111 e ss.

em virtude de disposição constitucional expressa, tem a atribuição de aprovar a celebração do tratado (art. 84, inc. VIII), cuidando-se, portanto, de um ato complexo. A questão que se coloca, neste sentido, diz com a possibilidade de se considerarem – forte no art. 5º, § 2º, de nossa Lei Fundamental – os tratados internacionais relativos a direitos humanos (fundamentais) diretamente incorporados ao ordenamento constitucional, independentemente de qualquer procedimento formal além da própria ratificação.

A despeito das respeitáveis posições favoráveis a esta exegese, verifica-se que o problema não é tão singelo quanto possa parecer à primeira vista. Com efeito, percebe-se que o art. 5º, § 2º, da CF, nada obstante tenha consagrado o entendimento de que o rol dos direitos fundamentais reconhecidos em nosso direito constitucional positivo inclui também posições jurídicas fundamentais oriundas de tratados internacionais, não fez qualquer referência expressa à forma de sua recepção. Além disso, o citado preceito constitucional refere expressamente os “tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil *seja parte*” (grifei), revelando, de tal sorte, a necessidade inequívoca de uma adesão formal ao tratado para que possa enquadrar-se na hipótese prevista pelo art. 5º, § 2º, de nossa Carta Magna, o que, aliás, é reconhecido por influente doutrina, que condiciona a recepção à ratificação do tratado, muito embora dispense atos complementares²⁹.

Ainda neste contexto, cumpre fazer referência à construção doutrinária sustentada na doutrina nacional posterior à vigência da CF de 1988. Neste sentido, afirma-se a adoção de um sistema misto no que concerne à recepção dos tratados internacionais no direito interno. De acordo com esta tese, embasada numa exegese combinada do art. 5º, §§ 1º e 2º, da nossa Lei Fundamental, teria sido consagrada a teoria monista, da recepção automática de todos os tratados internacionais ratificados pelo Brasil que versarem sobre direitos humanos, dispensando qualquer ato formal complementar para que possam ser diretamente aplicados até mesmo pelos Tribunais internos, ao passo que para os demais tratados internacionais continuaria vigorando a teoria dualista, segundo a qual a incorporação ao direito interno somente se aperfeiçoaria após procedimento legislativo e a edição do Decreto presidencial³⁰. A concepção doutrinária ora citada, em que pese sua sintonia com o princípio de uma interpretação mais favorável aos direitos humanos, não logrou afastar, contudo, a existência de argumentos contrários (por exemplo, o de que a dicção do art. 5º, § 2º, da CF, não excepcionou as regras vigentes sobre a incorporação dos tratados) razão pela qual

²⁹ Assim, dentre outros, o entendimento de F. Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 114, para quem, desde que ratificados, os tratados internacionais sobre Direitos Humanos irradiam automaticamente seus efeitos no ordenamento jurídico interno, passando imediatamente a assegurar direitos diretamente exigíveis.

³⁰ Neste sentido, a recente posição de F. Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 103 e ss, embasada, entre outros, nas lições de A. A. Cançado Trindade, bem como em doutrina estrangeira e exemplos extraídos de outras Constituições onde vige o princípio da recepção automática. Assim também A. A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, p. 407-8 e 430 e ss., seguida, recentemente, por C. Pinheiro, *Direito Internacional e Direitos Fundamentais*, p. 74.

segue prevalecendo a tese agasalhada pelo Supremo Tribunal Federal.

Tendo em conta não ser o nosso propósito aprofundar todos os ângulos da controvérsia – para o que remetemos o leitor à literatura especializada³¹ –, impõe-se, todavia, que fique pelo menos sumariamente consignada a nossa posição pessoal no sentido de que, uma vez ratificado o tratado (firmado pelo Presidente e referendado por Decreto do Poder Legislativo e dispensada nova intervenção do Executivo) este ingressa no ordenamento pátrio, posição esta, aliás, consoante já referido, sustentada por expressiva doutrina³². O único registro que se impõe – pelo fato de divergirmos em parte no que diz com a fundamentação da posição esgrimida – é de que tal procedimento diferenciado de incorporação não encontra seu embasamento no art. 5º, § 1º, da CF (de acordo com o qual as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata), visto que tal enunciado normativo não diz – no nosso sentir – com a incorporação de tratados ou mesmo outras fontes normativas, mas sim, dispõe sobre o regime geral da eficácia, aplicabilidade e efetividade de todas as normas de direitos fundamentais que já integram o sistema constitucional, de tal sorte que é mesmo no sentido do próprio art. 5º, § 2º (consagrando a abertura material do catálogo de direitos fundamentais) que se deve extrair a solução para o problema. Feitas estas breves considerações, resta analisar em que termos a EC 45 de fato provocou uma mudança substancial nesta matéria e quais as eventuais vantagens e desvantagens que podem ser apontadas, o que será objeto de exame no próximo segmento.

O outro aspecto que se impõe seja enfrentado (este ainda mais controverso) diz com a discussão a respeito da posição hierárquica das normas internacionais no ordenamento interno. Quanto a este ponto, são quatro as alternativas apontadas entre nós: a) a tese da hierarquia supraconstitucional dos tratados em matéria de direitos humanos; b) a tese da hierarquia constitucional; c) a tese da hierarquia supralegal, mas infraconstitucional; e d) a tese da paridade entre lei e tratado. Ao passo que a primeira tese encontra adeptos no plano doutrinário³³, as demais possibilidades encontram respaldo inclusive no nosso Supremo

³¹ Para além das obras já referidas, vale conferir a consagrada obra de L.R. Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 15 e ss, bem como, especificamente versando sobre as relações entre tratados e Constituição, os expressivos e mais recentes contributos de V.O. Mazzuoli, *Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, G. R. B. Galindo, *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira*, p. 137 e ss. e A. C. Pagliarini, *Constituição e Direito Internacional: cedências possíveis no Brasil e no mundo globalizado*, p. 137 e ss.

³² Cf., por todos, F. Piovesan, “Reforma do Judiciário e Direitos Humanos”, in: A. R. Tavares; P. Lenza; P.J.L. Alarcón (Coord), *Reforma do Judiciário analisada e comentada*, São Paulo: Editora Método, 2005, p. 75), que recentemente revisitou o tema.

³³ Entre nós um dos defensores mais combativos e ilustres desta tese foi C. de A. Mello, “O § 2º do art. 5º da Constituição Federal”, in: R.L.Torres (Org), *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, p. 25, sinalando, contudo, que tal supremacia se daria apenas no caso de a norma internacional outorgar uma maior proteção à pessoa humana, na esteira da jurisprudência internacional. Além disso, importa consignar que o nosso homenageado, no mesmo ensaio, bem sustenta que o art. 5º,

Tribunal Federal, em que pese a prevalência de uma delas³⁴. De qualquer sorte, a adoção de uma posição a respeito desta questão constitui pressuposto para a definição do *status* jurídico dos direitos fundamentais com sede nos tratados internacionais, inclusive no que concerne à possibilidade do controle de sua constitucionalidade, bem como sua sujeição, uma vez incorporado ao direito interno, à proteção das assim denominadas “cláusulas pétreas” da Constituição.

Neste contexto, a despeito de serem expressivas as vozes (inclusive em boa parte da jurisprudência) em prol da hierarquia constitucional ou, pelo menos, supralegal, segue prevalecendo, por força de sua autoridade, a posição majoritária no âmbito do STF, no sentido de que no caso de conflito entre tratados internacionais e leis internas, aplica-se o princípio do *lex posterior derogat priori*, ressalvada a possibilidade de responsabilização do Estado no plano internacional, posição esta que tem sido adotada desde o julgamento do RE nº 80.004, em 1977, apesar da opinião divergente de alguns de seus mais ilustres integrantes, já apontada.

No que diz com a hipótese específica dos direitos humanos consagrados no plano do direito internacional, que, por via da abertura propiciada pelo art. 5º, § 2º, da nossa Carta, passam a integrar – na condição de direitos fundamentais – o nosso catálogo (não importando aqui se de forma automática, ou não), a solução adotada pelo STF e seguida, ainda, por parte da doutrina e jurisprudência, não se revela constitucionalmente adequada. Na realidade, desde o advento da CF, parece viável concluir que os direitos fundamentais oriundos do direito internacional – embora não tenham sido formalmente consagrados no texto da Constituição – se aglutinam à Constituição material e, por esta razão, acabam tendo *status* equivalente. Caso contrário, a regra do art. 5º, § 2º, também neste ponto, teria o seu sentido parcialmente desvirtuado. Não fosse assim, virtualmente não haveria diferença (ao menos sob o aspecto da hierarquia das normas) entre qualquer outra regra de direito internacional incorporada ao direito nacional e os direitos fundamentais do homem consagrados nos textos internacionais. Apenas para citar um exemplo, um dispositivo de um tratado internacional qualquer (por quê não, como ironicamente e com sua habitual acuidade observa Cançado Trindade³⁵, um pacto sobre a exportação de laranjas?) poderia, em tese, ter o mesmo valor hierárquico de um direito fundamental reconhecido pela

§ 2º, aplica-se não apenas aos direitos de cunho individual (art. 5º, § 1º, da CF) mas a qualquer tipo de direitos humanos e fundamentais, inclusive os sociais, econômicos e culturais, posição esta que também advogamos.

³⁴ Em caráter ilustrativo cita-se aqui o julgamento efetuado no HC 72.131-RJ, relatado pelo Min. Celso de Mello, onde a maioria dos votos consagrou a tese da paridade entre tratado e lei ordinária também para os tratados em matéria de direitos humanos. No sentido da hierarquia constitucional v. o voto do Min. Carlos Velloso (HC 82.424-2/RS) e, sustentando a hierarquia supralegal (mas infraconstitucional), a manifestação do Min. Sepúlveda Pertence (RHC 79.785-RJ).

³⁵ Cf. A.A.C. Trindade, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil*, pp.133-134, bem lembrado que “à hierarquia de valores, deve corresponder uma hierarquia de normas, nos planos tanto nacional quanto internacional...”.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Certamente não é este o sentido que o Constituinte quis atribuir ao art. 5º, § 2º, de nossa Carta ao nele referir expressamente os tratados internacionais. Além disso, a condição de direitos com hierarquia meramente legal encontra-se em flagrante contradição com a já referida dupla fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais, que pressupõe justamente que tais direitos comunguem – pelo menos – da supremacia normativa da Constituição, vinculando os poderes constituídos de tal sorte que não podem tais direitos estar à disposição plena das maiorias legislativas ocasionais.

Consoante lapidar ensinamento do internacionalista Cançado Trindade, há como sustentar que a Constituição de 1988 aderiu à tendência do constitucionalismo contemporâneo de dispensar um tratamento privilegiado aos tratados de direitos humanos, tendência esta que é “sintomática de uma escala de valores na qual o ser humano passa a ocupar posição central”³⁶. A este ponto de vista podemos agregar o entendimento da professora paulista Flávia Piovesan, que, arrimada em lição de Hesse e de Canotilho, advoga a tese de que, em homenagem ao princípio hermenêutico da máxima efetividade das normas constitucionais, ao art. 5º, § 2º, de nossa Lei Fundamental deve ser outorgada a interpretação que lhe venha conferir a maior realização, ou seja, que estenda aos direitos fundamentais constantes de tratados internacionais força jurídica equivalente aos direitos do catálogo³⁷. Outro argumento colacionado pela prestigiada jurista encontra sustentação na noção de que os tratados sobre direitos humanos integram um universo de princípios com a especial força obrigatória de um autêntico *jus cogens*, que os coloca em posição hierarquicamente superior em relação aos demais tratados internacionais, justificando, assim, a diferença de tratamento também na ordem jurídica interna³⁸.

À luz dos argumentos esgrimidos, verifica-se que a tese da equiparação (por força do disposto no art. 5º, § 2º, da CF) entre os direitos fundamentais localizados em tratados internacionais e os com sede na Constituição formal é a que mais se harmoniza com a especial dignidade jurídica e axiológica dos direitos fundamentais na ordem jurídica interna e internacional, constituindo, ademais, pressuposto indispensável à construção e consolidação de um autêntico direito constitucional internacional dos direitos humanos, resultado da interpenetração cada vez maior entre os direitos fundamentais constitucionais

³⁶ Cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Vol. I, p. 409.

³⁷ Cf. F. Piovesan, *Os Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 89-90. Neste sentido, acabou-se posicionando a doutrina nacional majoritária e expressiva jurisprudência, ainda que o Supremo Tribunal Federal – muito embora os votos divergentes de alguns Ministros – bem como alguns ilustres autores sigam mantendo o posicionamento da paridade hierárquica entre tratados (mesmo os que dispõem sobre Direitos Humanos) e a lei ordinária. Dentre os outros autores nacionais que sustentam a hierarquia constitucional, lembramos, em caráter exemplificativo, as importantes contribuições de C. Pinheiro, *Direito Internacional e Direitos Fundamentais*, p. 74 e ss. e V. de Oliveira Mazzuoli, *Direito Internacional: Tratados e Direitos Humanos Fundamentais na Ordem Jurídica Brasileira*, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

³⁸ Cf. F. Piovesan, *Os Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 96 e ss.

e os direitos humanos dos instrumentos jurídicos internacionais.

Ainda no que concerne à força jurídica dos direitos fundamentais extraídos dos tratados internacionais, impende considerar que, em se aderindo à tese da paridade com os demais direitos fundamentais da Constituição, incide também o princípio da aplicabilidade direta destas normas pelos poderes públicos nacionais (art. 5º, § 1º, da CF). Além disso, é de cogitar-se do fato de estes direitos fundamentais de matriz internacional estarem sujeitos à proteção das assim denominadas “cláusulas pétreas” de nossa Constituição, posição esta que já havíamos sustentado em outra ocasião e que também encontra respaldo na mais recente doutrina³⁹. Neste particular, contudo, impõe-se certa cautela, já que a inclusão dos direitos fundamentais constantes de tratados internacionais no rol dos limites materiais à reforma constitucional, ainda que integrados formalmente ao direito pátrio, não se revela destituída de problemas. No mínimo, causa espécie a possibilidade de se alterar, mediante emenda à Constituição, dispositivo de tratado internacional. Importa salientar, neste contexto, que a atuação do poder de reforma constitucional incide – na condição de instrumento formal de alteração constitucional – sobre a Constituição escrita, em sentido formal, ressalvada a possibilidade de incluir-se no texto constitucional algo que nele não foi expressamente contemplado e que com ele guarde a devida sintonia.. Com a inserção do § 3º no art. 5º por força da EC 45, o problema, todavia, alcança outra dimensão, de tal sorte que voltaremos a nos pronunciar a respeito.

Não considerando, ainda, eventual aplicação do disposto no novo § 3º, do art. 5º da CF e em se aceitando – mesmo em face da posição adotada pelo STF – a paridade entre os direitos consagrados desde logo pelo Constituinte e os oriundos do direito internacional (apenas materialmente fundamentais), cumpre salientar que em ocorrendo eventual colisão – que já ocorre entre os próprios direitos integrantes do catálogo constitucional – entre os direitos assegurados pela CF e os oriundos dos tratados internacionais, tal colisão deve ser resolvida pela aplicação dos princípios hermenêuticos que regem tais antinomias sem que se possa partir da premissa de uma solução sempre favorável à prevalência de um ou outro, no sentido de uma solução apriorística e aplicável a todas as hipóteses. A doutrina e a jurisprudência nacional tem adotado habitualmente o critério da opção mais benéfica à pessoa. Alguns falam até mesmo da solução mais favorável à vítima, exegese esta que

³⁹ Neste sentido, v. o nosso artigo “*Valor de Alçada e Duplo Grau de Jurisdição: Problemática em Nível Constitucional à Luz de um Conceito Material de Direitos Fundamentais*”, publicado na revista AJURIS nº 66 (1996), p. 85 e ss. Assim também F. Piovesan, *Os Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 98 e ss., que, de forma apropriada, faz a ressalva de que, apesar de inviável a supressão por via de emenda constitucional, sempre é viável a denúncia posterior do tratado, acarretando, desta forma, um tratamento no mínimo parcialmente diferenciado em relação aos direitos fundamentais da Constituição. Com relação à posição sustentada por Flávia Piovesan, ousamos divergir no que concerne à abrangência material da proteção outorgada pelas “cláusulas pétreas”. Ao passo que a conceituada jurista exclui os direitos coletivos desta proteção, entendemos que ela se estende a todo e qualquer direito fundamental, individual ou coletivo, de cunho negativo ou prestacional, civil, político e social (sobre o ponto, rastreando, inclusive, as principais posições sobre a matéria, v. o nosso A *Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 380 e ss.).

reputamos como questionável (pelo menos no que diz com sua imprecisão), já que, cuidando-se de um conflito entre posições fundamentais de pessoas diversas, em muitos casos, teremos “vítimas” – isto é, pessoas atingidas em seu direito pela conduta de terceiro – em ambos os pólos da relação. Certo é que também aqui haverá de se buscar uma harmonização das posições conflitantes, no âmbito de uma concordância prática (tal como proposta por Konrad Hesse) e que inevitavelmente passa por uma hierarquização dos valores e princípios em pauta a partir de uma metódica tópico-sistemática (Juarez Freitas). Para não nos omitirmos aqui no que diz com uma tomada de posição pessoal e sem que se possa aqui aprofundar este aspecto, adotamos o entendimento de que na dúvida impõe-se a opção pela solução mais afinada com a proteção da dignidade da pessoa humana (*in dubio pro dignitate*),⁴⁰ com a ressalva de que com isso não estamos a renunciar à idéia de uma possível relativização da dignidade na sua condição de princípio fundamental (que sempre opera no diálogo – e com as inerentes tensões – com outros princípios fundamentais, inclusive o da própria dignidade), por nós sustentada em obra específica⁴¹.

Considerando os aspectos colacionados, priorizando a sistemática e a discussão pelo prisma do estado de coisas vigente antes da Reforma do Judiciário, importa agora adentrar o exame do impacto da EC 45 sobre o processo de incorporação dos direitos humanos sediados em tratados internacionais e o problema da hierarquia normativa de tais direitos após a sua internalização.

4. ALGUMAS NOTAS SOBRE O NOVO PARÁGRAFO 3º DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO E SEUS POSSÍVEIS REFLEXOS NO QUE DIZ COM A INCORPORAÇÃO E HIERARQUIA DOS DIREITOS COM SEDE EM TRATADOS INTERNACIONAIS

A EC nº 45/2004, que cuidou da reforma do Poder Judiciário, acrescentou – como já frisado – um parágrafo 3º ao artigo 5º da nossa Constituição. Segundo este dispositivo, “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”. Tal preceito acabou por inserir no texto constitucional uma norma procedimental dispondo sobre a forma de incorporação ao direito interno dos tratados em matéria de direitos humanos, que, interpretada em sintonia com o artigo 5º, § 2º, pode ser compreendida como assegurando – *em princípio e em sendo adotado tal procedimento* – a condição de direitos formal e materialmente constitucionais (e fundamentais) aos direitos consagrados no plano das convenções internacionais. Que tal exegese não é a única possível, e que, a teor do já anunciado na introdução, tem sido ventilados uma série de pontos controversos em torno

⁴⁰ Cf. J. Freitas, *A Interpretação Sistemática do Direito*, p. 207, lembrando que “mais do que *in dubio pro libertate*, princípio significativo nas relações do cidadão perante o Poder Público, faz-se irretorquível o mandamento segundo o qual, em favor da dignidade, não deve haver dúvida...”.

⁴¹ Cf. o nosso *Dignidade da Pessoa Humana...*, p. 124 e ss.

do novo dispositivo constitucional e sua adequada interpretação, constitui justamente o desafio que nos propomos a enfrentar com particular atenção neste segmento, ainda que sem a pretensão de esgotar as diversas alternativas hermenêuticas disponíveis.

Em primeiro lugar, convém destacar que é pelo menos questionável o entendimento – por mais sedutor que seja – de que por força da EC 45/04 todos os tratados em matéria de direitos humanos já incorporados ao sistema jurídico brasileiro 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 Constituição⁴². Em sentido diverso, contudo, há quem advogue, fundado em respeitável doutrina, a recepção dos tratados anteriores – naquilo que efetivamente versam sobre direitos humanos (no sentido 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.⁴³ Tal entendimento, como ainda teremos oportunidade de ver ao longo da exposição subsequente, dificilmente se revela como sustentável⁴⁴ 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 ser, salvo melhor juízo, 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 quem defenda a tese de que os tratados internacionais (que já são materialmente constitucionais) também poderão ser formalmente constitucionais, caso forem aprovados, a qualquer momento, pelo procedimento reforçado instituído pelo art. 5º, § 3º⁴⁵.

Há que observar, neste contexto, que a recepção – com qualidade de emenda

⁴² Neste sentido, registra-se a posição de F. Piovesan, “Reforma do Judiciário e Direitos Humanos”, in: A.R. Tavares; P. Lenza; P.J.L. Alarcón (Coord.), *Reforma do Judiciário Analisada e Comentada*, São Paulo: Método, 2005, p. 72.

⁴³ Cf., em especial, A. R. Tavares, *Reforma do Judiciário no Brasil Pós-88*, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 47-48, bem como J.C. Francisco, “Bloco de constitucionalidade e recepção dos tratados internacionais”, in: A.R.Tavares; P. Lenza; P.J.L. Alarcón (coord) *Reforma do Judiciário Analisada e Comentada*, São Paulo: Editora Método, 2005, pp. 103-105.

⁴⁴ V., justamente neste sentido, também o recente e enfático pronunciamento de F.Piovesan, “Reforma do Judiciário e Direitos Humanos”, pp. 72.

⁴⁵ Neste sentido, precisamente a conclusão de V.O. Mazzuoli, “O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia”, in: *Revista da AJURIS* nº p. 321.

constitucional – dos tratados anteriores acabaria sendo, em determinadas circunstâncias, até menos vantajosa do que a chancela de sua constitucionalidade e fundamentalidade em sentido apenas material, 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 artigo 5º, § 2º, da CF⁴⁶. Que, de fato, tal interpretação talvez não represente – se tomada isoladamente – um avanço significativo, bem como – bem adverte André Ramos Tavares – se revela problemática, se com isso se estiver pretendendo fundamentar a constitucionalidade no novo § 3º do art. 5º da CF e não – como deveria ser – no § 2º do mesmo dispositivo, introduzido pelo Constituinte de 1988⁴⁷, deve evidentemente ser levado em conta.

O fato é que independentemente do problema da hierarquia dos tratados incorporados pelo sistema praticado até a EC 45/04 – do qual voltaremos a nos ocupar mais adiante – restam, notadamente em função da redação do novo parágrafo 3º do artigo 5º – uma série de questões a serem solvidas e que aqui serão apenas anunciadas e analisadas em caráter ilustrativo e essencialmente especulativo, visto que a doutrina e jurisprudência apenas estão iniciando a discussão da temática. Acima de tudo, nos parece relevante registrar, desde logo, que é possível – a despeito de todas as dificuldades – outorgar ao novo instituto uma exegese que, no seu conjunto, não represente necessariamente um retrocesso em relação ao entendimento hoje já majoritário no seio da doutrina, ao reconhecer a condição de direitos fundamentais em sentido material aos direitos humanos constitucionalizados.

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, 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 força normativa superior ao Preâmbulo da Constituição⁴⁸. 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 já analisado art. 5º, § 2º) já seriam parte integrante do nosso bloco de constitucionalidade, que não abrange necessariamente apenas normas constitucionais

⁴⁶ Cf. F. Piovesan, *idem*.

⁴⁷ Cf. A.R. Tavares, *op. cit.*, p. 42.

⁴⁸ Neste sentido, novamente, J.C. Francisco, *op. cit.*, p. 99-101.

embasadas em disposições expressas de textos com hierarquia constitucional. Além disso, há quem questione seriamente até mesmo a constitucionalidade do próprio parágrafo 3º do artigo 5º, de modo que, a prevalecer este entendimento e a posição ainda adotada pelo Supremo Tribunal Federal – ao reconhecer a hierarquia apenas legal dos tratados – estes não integrariam o bloco de constitucionalidade. Da mesma forma, argumenta-se que a inovação trazida pela EC 45/04 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, desta forma, o próprio regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais oriundos dos tratados⁴⁹.

Outro aspecto digno de nota – e vinculado ao problema da possível 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 – se tornou mais dificultada, o que, em princípio, poderia ser considerado como contraditório, considerando a abertura material consagrada no artigo 5º, § 2º e o princípio (fundamental) da prevalência dos direitos humanos no plano das relações internacionais do Brasil estabelecida no artigo 4º da nossa Lei Fundamental.

Com 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 parágrafo 3º teve por objetivo (ao menos, cuida-se da interpretação mais afinada com a *ratio* e o *telos* do parágrafo 2º) resolver – ainda que remanescentes alguns problemas – de modo substancial o problema da controvérsia sobre a hierarquia dos tratados em matéria de direitos humanos, antes incorporados por Decreto Legislativo e assegurar aos direitos neles consagrados um status jurídico diferenciado, compatível com sua fundamentalidade,

⁴⁹ Neste sentido, mencionando a existência de um anacronismo e apontando para a “duvidosa constitucionalidade” da alteração efetuada pela EC 45/04, v.a opinião do advogado criminalista e professor da Universidade de Brasília, A. C. Costa, “Direitos Humanos”, disponível em: http://www.unb.br/fd/colunas_Prof/aldo_01.htm. De forma mais enfática, v. A. H. Cordeiro Lopes, “A força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos e a Emenda Constitucional nº 45/2004”, disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6157>. Também L. F. Sgarbossa, “A emenda constitucional nº 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>, condena o fato de ter havido frustração da intenção do Constituinte no sentido de assegurar a inclusão automática dos direitos humanos no catálogo constitucional.

poder-se-á sustentar que a partir da promulgação da emenda N° 45/2004 a incorporação destes tratados deverá ocorrer pelo processo mais rigoroso das reformas constitucionais. Quanto à objeção de que com isso se estaria a dificultar a internalização 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 como emenda constitucional, os direitos (agora também formalmente) agregados ao catálogo constitucional não apenas reformam a própria Constituição, mas também assumem a condição – pelo menos é isso que se advoga – 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) 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, no que couber, temática que aqui, todavia, não poderá ser mais desenvolvida.

Também analisando a questão de modo crítico, Valério de Oliveira Mazzuoli observa, todavia, que por meio da incorporação por emenda constitucional, 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 humana⁵⁰. 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

⁵⁰ Cf. V.O. Mazzuoli, “O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia”, in: *Revista da AJURIS* n° 99, junho de 2005, p. 323.

Congresso), notadamente pelo fato de que o juízo definitivo de constitucionalidade (ou inconstitucionalidade) sempre ocorrerá no âmbito do controle jurisdicional repressivo (ou, em caráter excepcional, preventivo), sempre á luz de um determinado instrumento legislativo e tendo por base a parametricidade da nossa Constituição. O que poderá – isto sim – resultar problemática – é a hipótese em que a proteção internacional é mais favorável à pessoa, podendo, em tese, os órgãos jurisdicionais nacionais privilegiar o ordenamento constitucional, louvando-se no argumento das “cláusulas pétreas”, situação que, embora deva ser rara (atualmente segue assumindo relevo apenas a questão da prisão civil do depositário infiel) 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 à hierarquia dos tratados, voltaremos a nos manifestar a respeito.

Uma possível vantagem da incorporação pelo rito das emendas constitucionais 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, se adote 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 seara⁵¹.

Outro problema – este mais de ordem técnico-legislativo – diz com a forma pelo qual o texto do tratado, uma vez incorporado pelo rito das emendas, passaria a ser inserido no texto constitucional. Com efeito, considerando que em regra os tratados são ratificados e incorporados na íntegra, resta saber se o texto aprovado seria inserido nos locais próprios da Constituição, se apenas os dispositivos que enunciam determinado direito seriam acrescidos ao catálogo constitucional (consoante a natureza do direito), se o texto do tratado seria simplesmente acrescido ao final da Constituição, ou mesmo se o texto incorporado pelo procedimento das emendas simplesmente representaria um texto constitucional em separado. A indagação, que já seria no mínimo procedente em termos de técnica legislativa, também o é pelo fato de que a distinção entre constituição formal e instrumental viabiliza a existência de mais de um texto (instrumento) com *status* de direito constitucional em sentido formal, como poderá ocorrer, a depender da técnica adotada, na hipótese de aplicação do novo regime de incorporação dos tratados.

Ainda no concernente ao procedimento, consoante percebido por Valério de Oliveira

⁵¹ Neste sentido, dentre outros, a argumentação bem sustentada por V.O. Mazzuoli, “O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia”, especialmente p. 325 e ss., destacando, com perspicácia, que, uma vez incorporado 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, v. A.R. Tavares, op. cit., p. 44.

Mazzuoli, existe questão relativa ao momento da incorporação pelo rito da emenda constitucional (se vier a ser o caso), já que o novo § 3º do art. 5º não suprimiu a fase prevista no art. 49, inc. I, da Constituição, 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 internacional⁵². Como igualmente bem 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,⁵³ o que justamente parece representar, no fundo (pelo menos legítimo o raciocínio), mais um argumento em prol da cogência do novo procedimento a partir da entrada em vigor da EC 45.

Além disso, agora no tocante ao problema da iniciativa legislativa e da participação do Presidente da República no procedimento, impõe-se, ainda, a ressalva – apontada por André Ramos Tavares⁵⁴ – de que – justamente em virtude da sistemática própria dos tratados (que reclamam regular e prévia ratificação e que implica automática submissão ao Congresso Nacional), de tal sorte que a iniciativa do processo de emenda constitucional, haverá se ser, no caso dos tratados em matéria de direitos humanos, sempre do Presidente da República, que detém tanto a competência privativa para a celebração do tratado, quanto a prerrogativa (em regra não exclusiva, à exceção, agora, dos tratados de direitos humanos) da iniciativa das emendas constitucionais (art. 60, inc. II, da CF), dispensada, por óbvio, 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, todavia, que a exegese sugerida também parece apontar para o caráter cogente da deliberação por meio do procedimento qualificado das emendas constitucionais.

À vista do exposto, percebe-se que a discussão em torno da obrigatoriedade ou facultatividade da adoção do rito qualificado das emendas constitucionais a partir da vigência da EC 45 segue merecendo um pouco mais de atenção. Com efeito, a prevalecer o entendimento de Valério Mazzuoli, no sentido de que – a despeito das críticas endereçadas contra esta sistemática pelo próprio autor – no concernente à incorporação dos tratados de direitos humanos, passou-se a ter um procedimento dúplice (prévia ratificação e, posteriormente, aprovação – ou não – por emenda constitucional) a tramitação de um projeto de emenda constitucional poderia até mesmo independer de uma iniciativa específica, pelo menos no sentido de um projeto formalmente e regularmente encaminhado nos termos do art. 60 da CF. Poderia, portanto, bastar que – uma vez aprovado o Decreto Legislativo nos termos do art. 49, inc. I, da CF – este fosse encaminhado (e, neste sentido, transformado) em projeto

⁵² Cf. V.O. Mazzuoli, “O novo § 3º do art. 5º da Constituição...”, p. 316 e ss.

⁵³ Cf. novamente V.O. Mazzuoli, “O novo § 3º do art. 5º da Constituição...”, p. 319.

⁵⁴ Cf. A. R. Tavares, *Reforma do Judiciário no Brasil Pós-88*, p. 45.

de emenda constitucional, já no próprio Congresso, o que acaba por conflitar com a tese apresentada por André Tavares no sentido de que a iniciativa deveria sempre ser do Presidente da República. Isto, de fato, poderia ser o caso na hipótese de restar inalterada a atual posição do Supremo Tribunal Federal no que diz com a exigência de Decreto do Executivo para a incorporação definitiva dos tratados, inclusive no caso dos direitos humanos. Neste caso, haveria que se resolver o problema de eventual negativa por parte do Presidente da República em encaminhar o projeto de emenda constitucional (ou a comunicação formal impulsionando o procedimento) para viabilizar, nos termos do art. 5º, § 3º, da CF, a sua aprovação com *status* de emenda constitucional, de tal sorte que a posição em prol da iniciativa privativa do Presidente nestes casos se torna ainda mais questionável.

Em favor da obrigatoriedade do novo procedimento das emendas constitucionais, para além dos aspectos já ventilados, fala também uma (já referida) interpretação teleológico-sistemática a partir da combinação das diretrizes textuais e normativas dos arts. 5º, § 2º, e 5, § 3º, todos da CF. Note-se, nesta perspectiva, que – adotadas as correções hermenêuticas possíveis, com a deliberação uniformizada pelo rito qualificado das emendas à Constituição, evita-se, em primeiro lugar, a possibilidade de existirem tratados em matéria de direitos humanos submetidos a um processo de legitimação mais reforçado e outros não, sem falar nas conseqüências jurídicas atreladas a uma aprovação por emendas. A não aprovação do tratado como emenda constitucional, por sua vez, em virtude do procedimento dúplice (ratificação, com aprovação por Decreto Legislativo), não inviabilizaria – a não ser por força de manutenção da jurisprudência equivocada do Supremo Tribunal Federal nesta seara – a possibilidade de se lhes outorgar, nos termos do art. 5º, § 2º, hierarquia de normas constitucionais (e fundamentais) em sentido material, posição esta que, ao contrário do que tem sustentado parte da doutrina, resulta reforçada e não diminuída para inserção do novo § 3º, já que este – em que pese a sua formulação altamente problemática – apenas veio para afastar a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, pelo menos nos casos de vir a ser promulgada a emenda constitucional relativa a tratado internacional de direitos humanos, questionar a hierarquia constitucional dos mesmos, salvo a hipótese de conflito direto e insanável com as assim designadas *cláusulas pétreas* de nossa Constituição, que nos remete novamente ao problema da hierarquia normativa desses tratados na ordem interna.

Abordados os problemas selecionados e preponderantemente atinentes a questões formais (procedimentais) da incorporação, resta discorrer brevemente sobre a questão da hierarquia dos direitos fundamentais (já incorporados ao texto constitucional) em relação ao direito interno, constitucional e infraconstitucional.

No tocante a essa problemática é possível afirmar que o novo parágrafo 3º representou – neste sentido – um significativo avanço ao assegurar, desde que observado o procedimento nele estabelecido, uma hierarquia supralegal dos direitos consagrados nos tratados, impedindo, nestes casos a manutenção do princípio da paridade entre lei ordinária e tratado ainda prevalente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e sustentado, embora cada vez menos, por parte da doutrina, 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 lembrar, especialmente nesta quadra, que as emendas constitucionais podem sempre ser declaradas inconstitucionais em caso de conflito com as assim designadas *cláusulas pétreas* da nossa Constituição, que abrangem tanto os limites materiais explícitos (art. 60, § 4º), quanto os limites materiais implícitos, estes reconhecidos pela maioria da doutrina, ainda que não haja consenso quanto aos direitos que integram o rol dos 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 fundamental⁵⁵) é certo que a possibilidade de conflito é real, já que inevitáveis inclusive as colisões entre os próprios direitos fundamentais originariamente assegurados pelo Constituinte, bastando lembrar aqui a tão discutida questão da prisão civil do depositário infiel e do duplo grau de jurisdição, entre outras possibilidades. 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 necessariamente uma hierarquia abstrata entre normas formalmente (e, em regra, materialmente) constitucionais e normas apenas materialmente constitucionais, a própria incorporação mediante emenda poderia até mesmo, a depender da exegese do novo parágrafo 3º, ser desvantajosa em relação ao sistema anterior, a não ser que o Supremo Tribunal Federal passasse a assegurar – como de há muito deveria tê-lo feito – a hierarquia constitucional (em sentido material) dos tratados em matéria de direitos humanos, ainda que incorporados por Decreto Legislativo. Neste caso, a solução de eventual conflito entre os direitos da Constituição e os dos tratados incorporados deveria observar, consoante já sustentado no segmento anterior, os princípios hermenêuticos que regem os conflitos entre os direitos e princípios originariamente reconhecidos pelo Constituinte, portanto, que exigem uma exegese tópico-sistemática e direcionada por uma adequada ponderação dos interesses (valores) em pauta, sempre privilegiando, como destacado alhures, uma solução mais favorável à garantia da dignidade da pessoa.

De qualquer modo, não nos parece correto argumentar – notadamente em favor da inconstitucionalidade substancial do § 3º do art. 5º – que o simples fato de os tratados posteriores à EC 45 poderem (ou deverem, a depender da posição adotada) ser aprovados por emenda constitucional, conduziria inexoravelmente a uma decisão em prol da hierarquia

⁵⁵ Sobre o ponto, v. o nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, especialmente p. 406 e ss.

meramente legal dos tratados anteriores. No tocante a este ponto, consideramos estar diante de um falso problema, visto que, como já demonstrado, a nova disposição introduzida pela EC 45 pode ser compreendida como reforçando 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. Pelo menos, se em tese é possível que o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal seja o da manutenção de sua jurisprudência atual, no sentido da hierarquia legal dos tratados, não o será necessariamente em virtude do teor do § 3º do art. 5º, já que a tese da paridade entre lei e tratado é anterior.

Por outro lado, para afastar o argumento de que mesmo vindo a prevalecer (no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal) a tese da hierarquia constitucional, remanesceria problemática a situação de conflito entre os tratados incorporados por emenda e as 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 arts. 5º, §, 2º, e 5º, § 3º, todos da CF. Neste sentido, há que destacar a tese de que a inovação trazida pela Reforma do Judiciário pode ser interpretada simplesmente como assegurando hierarquia pelo menos materialmente constitucional jusfundamental a todos os direitos fundamentais (já que, uma vez incorporados, os direitos humanos passam também – e acima de tudo – a serem todos fundamentais) e também formalmente constitucional aos tratados incorporados pelo rito de emenda constitucional⁵⁶, que, de resto, receberiam (de vez que alguma diferenciação nos parece inevitável) um tratamento distinto (no sentido de mais reforçado) quanto ao fato de se integrarem à Constituição textual e enrobustecerem a tese da impossibilidade de uma posterior denúncia do tratado e da responsabilização até mesmo interna se este vier a ocorrer. Com isso, mediante a chancela da posição de que sempre todos os direitos fundamentais (incorporados, ou não, por emenda constitucional) possuem status materialmente constitucional – compreendido sempre no sentido de uma igual dignidade constitucional – eventual situação conflitiva (mesmo em se cuidando de contraste entre emenda 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 mesmas diretrizes hermenêuticas, tendo como norte a solução mais afinada com a máxima salvaguarda da dignidade da pessoa humana, mais de

⁵⁶ Neste sentido, a posição sustentada, entre outros, especialmente por F. Piovesan, “Reforma do Judiciário e Direitos Humanos”, p.p.72-73.

uma vez – e, convém que assim o seja – colacionada neste ensaio.

Assim, se é certo que comungamos do entendimento 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 entendo de modo diverso, tivesse se limitado a expressamente chancelar 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 esta formulada, nestes termos, por Valério Mazzuoli), 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 de for para 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 de todo o exposto e 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 isto também se aplica à eventual julgamento sobre a própria constitucionalidade do § 3º resulta evidente, de tal sorte que, a despeito de algumas vezes a sustentar a tese da inconstitucionalidade substancial da inovação, não nos parece que seja esta necessariamente a melhor (e muito menos a única) exegese possível, até mesmo pelo fato de que, se o argumento estiver calcado especialmente na resistência de (ainda) boa parte dos integrantes da nossa Corte Suprema em relação à hierarquia constitucional dos tratados em matéria de direitos humanos, também não se poderá esperar que esta mesma Corte, em eventualmente se posicionando pela inconstitucionalidade (o que justamente não nos parece provável), passasse a, de uma hora para outra, a se posicionar em favor da hierarquia constitucional destes tratados, na condição de materialmente constitucionais e fundamentais. Além do mais, o argumento de que com a inserção do novo § 3º do art. 5º da CF teria ocorrido uma restrição do próprio regime da fundamentalidade dos direitos oriundos de tratados internacionais, revela-se como problemático, pelo fato de que tal restrição, como já demonstrado, não necessariamente resulta em violação do núcleo essencial do art. 5º, § 2º, da CFG (já que presentes alternativas interpretativas idôneas). Nesta mesma linha de entendimento, resulta pelo menos discutível a tese de que poderia haver uma inconstitucionalidade de emenda constitucional por força de um conflito com uma determinada interpretação a respeito do regime dos direitos fundamentais, ainda mais quando tal interpretação tem sido objeto de importante dissídio doutrinário e jurisprudencial,

no caso, em torno da hierarquia dos tratados de direitos humanos no direito interno. Tudo isso leva a reforçar a convicção de que justamente e acima de tudo em termos de interpretação constitucional, há que lembrar sempre a oportuna lição de Lenio Streck ao enfatizar que ao intérprete não é dado o poder de “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”⁵⁷, premissa que evidentemente também deve pautar o debate travado em torno da matéria ora versada.

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 às mesmas), verifica-se que há como outorgar ao novo § 3º do art. 5º uma interpretação que, a despeito de alguns aspectos problemáticos, lhe assegure um sentido útil e não necessariamente retrógrado, 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 internacionais⁵⁸. 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 – que, 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 com o 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 co-participação 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).

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 – como bem advertiu o nosso homenageado Celso de Albuquerque Mello – não permaneçamos sendo “um país cristalizado na nossa miséria econômica, social e jurídica”⁵⁹. Tal desafio constitui, por si só, um motivo mais do que suficiente para seguir investindo no tema.

⁵⁷ Cf. L.L. Streck, *Hermenêutica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, p. 310 e ss, discutindo o cunho não-relativista da interpretação constitucional.

⁵⁸ Neste sentido, v. as ponderações de J.L. B. de Moraes, “Artigo 5º – As crises do Judiciário e o acesso à Justiça”, in: *Comentários à Reforma do Poder Judiciário*, 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.

⁵⁹ Cf. C. de A. Mello, “O § 2º do art. 5º da Constituição Federal”, p. 29.”

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*, 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 1980.

ADIN nº 1480/DF Relator Min. Celso de Mello.

ALEXY, Robert. “Direitos fundamentais no estado constitucional e democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional”, in: *Revista de Direito Administrativo (RDA)* nº 217 (1999).

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROS, Sergio Resende de. *Direitos humanos: paradoxo da civilização*, Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*, 5ª ed., Coimbra: Almedina, 1992.

_____. “Compreensão jurídico-política da carta”. In: RÍQUITO, Ana Luísa et al. *Carta de direitos fundamentais da União Européia*, Coimbra: Coimbra, 2001, p. 9 e ss.

COLLIARD, Claude-Albert. *Libertés Publiques*, 3ª ed., Paris: Dalloz, 1968.

COSTA, A. C. *Direitos humanos*, disponível em: http://www.unb.br/fd/colunas_Prof/aldo_01.htm

CRETELLA JÚNIOR, J. *Comentários à constituição de 1988*, v. II., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*, São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Comentários à constituição brasileira*, v. III, São Paulo: Saraiva, 1975.

FRANCISCO, José Carlos. “Bloco de constitucionalidade e recepção dos tratados internacionais”, in: TAVERES, A. R. et al (Coord.). *Reforma do judiciário analisada e comentada*, São Paulo: Método, 2005.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados internacionais de direitos humanos e constituição brasileira*, Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GALUPPO, Marcelo Campos. “O que são direitos fundamentais?”, in: SAMPAIO, J. A. (Org.) *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 213 e ss.

HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.

HC 72.131-RJ, relator Min. Celso de Mello.

HC 82.424-2/RS, voto do Min. Carlos Velloso

HÖFFE, Otfried. *Direito intercultural*, Trad. Rafael Sevilla, Barcelona: Gedisa, 2000.

KRIELE, Martin. “Zur Geschichte der Grund-und Menschenrechte”, in: N. Achterberg (Org.) *Öffentliches Recht und Politik – Festschrift für Hans Ulrich Scupin*, Berlin: Duncker & Humblot, p. 187 e ss.

LOPES, Anselmo Henrique Cordeiro. *A força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos e a emenda constitucional n° 45/2004*, disponível em: <http://www.ljus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6157>

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos humanos, constituição e os tratados internacionais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

_____. *Direito internacional: tratados e direitos humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira*, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

_____. “O novo § 3° do art. 5° da constituição e sua eficácia”, in: *Revista da AJURIS – Associação dos Juízes do Estado do Rio Grande do Sul* v. 32 n° 98 (2005).

MELLO, Celso Antonio de. “O § 2° do art. 5° da constituição federal”, in: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, v. IV, 2ªd., Coimbra: Coimbra, 1988.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*, São Paulo: Atlas, 1998.

MORAES, José Luis Bolzan de. “Artigo 5° – as crises do judiciário e o acesso à justiça”, in: AGRA, Walber de Moura (Coord.). *Comentários à reforma do poder judiciário*, Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *A constituição europeia como signo: da superação dos dogmas do estado nacional*, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

_____. *Constituição e direito internacional: cedências possíveis no Brasil e no mundo globalizado*, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PEREZ LUÑO, A. E. *Los derechos fundamentales*, 6ª ed., Madrid: Tecnos, 1995.

PINHEIRO, Carla. *Direito internacional e direitos fundamentais*, São Paulo: Atlas, 2001.

PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da constituição*, Coimbra: Coimbra, 1994.

PIOVESAN, Flávia. *Os direitos humanos e o direito constitucional internacional*, Rio de Janeiro: Max Limonad, 1996.

_____. “Reforma do judiciário e direitos humanos”, in: TAVARES, A. R. et al (Coord.). *Reforma do judiciário analisada e comentada*, São Paulo: Método, 2005.

PIRES, Francisco Lucas. *Introdução ao direito constitucional europeu*. Coimbra: Coimbra, 1997.

REZEK, José Francisco. *Direito dos tratados*, Rio de Janeiro: Forense, 1984.

RHC 79.785-RJ, voto do Min. Sepúlveda Pertence

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 5ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. “Valor de alçada e duplo grau de jurisdição: problematização em nível constitucional à luz de um conceito material de direitos fundamentais”, in: *Revista da AJURIS* n° 66 (1996).

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*, 4ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, v. III/1, München: C. H. Beck, 1988.

_____. “Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte”, in: J. Isensee-P. Kirchhof (Org.). *Handbuch des Staats der Bundesrepublik Deutschland*, v. V, Heidelberg: C. F. Müller, p. 5 e ss.

SÚSSEKIND, Arnaldo. “As normas internacionais em face da constituição”, in: ROMITA, Arion Sayão (Org.). *Curso de direito constitucional do trabalho*, v. II, São Paulo: LTr, 1991, p. 303 e ss.

TAVARES, André Ramos. *Reforma do judiciário no Brasil pós-88: (des)estruturando a justiça – comentários completos à emenda constitucional n° 45/04*, São Paulo: Saraiva, 2005.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, v. I, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

_____. *Princípios de direito internacional contemporâneo*, Brasília: Ed. UnB, 1981.

_____. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*, São Paulo: Universitária, 2000.

VILLALON, Pedro Cruz. “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, in: *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 25 (1989).

WEILER, J. H. H. *The constitution of Europe: Do the new clothes have an emperor? And other essays on European integration*, Cambridge: Cambridge University Press, 1999.