

A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO CENÁRIO DA EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 45/2004: NOTAS ACERCA DA COMPULSORIEDADE DO NOVO REGIME E DA DENÚNCIA DOS TRATADOS

Leandro Caletti

Graduado em Direito pela Universidade de Passo Fundo (RS).

Especialista pela Universidade Castelo Branco (RJ).

Assessor Jurídico da União.

Advogado da União.

1 Intróito

O presente ensaio pretende ocupar o vácuo doutrinário que se abateu sobre a celeuma que gira em torno da incorporação à ordem interna dos tratados internacionais que versam direitos humanos, no cenário subseqüente à entrada em vigência do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal, introduzido pela emenda à Constituição nº 45/2004.

Com efeito, interpretações as mais diversas têm sido veiculadas acerca das várias nuances que cercam o problema. Este estudo, todavia, se delimitará em torno de duas questões: (1) a que perquire pela obrigatoriedade ou não da adoção do rito mais severo (o das emendas constitucionais) à incorporação, trazido pelo novel regime; (2) aquela que versa acerca da denúncia do tratado.

2 Premissas

É necessário pontuar, ao principiar, que, para o presente estudo, toma-se o direito internacional não apenas como produtor de regras aplicáveis nas relações entre Estados soberanos, mas, mormente, como aquele incidente nas relações jurídicas que também envolvam indivíduos desses Estados, sujeitos do direito internacional que são, juntamente com aquelas pessoas jurídicas de direito público externo. Os indivíduos, portanto, revelam-se, de forma mediata ou imediata, tanto sujeitos do direito interno como do internacional.

Pontuado isso, é mister demarcar outra questão pertinente ao deslinde do problema: que direito internacional e interno coexistam e se inter-relacionem.

Depois, é mister deixar afirmado que já o constituinte originário de 1988 dobrou-se à tendência mundial de conceder um tratamento diferenciado ao direito internacional relativamente a direitos humanos, como também no âmbito do direito interno, e o fez decretando, a uma, a regência, na arena internacional, do princípio, entre outros, da prevalência dos direitos humanos (artigo 4º, inciso II), constituindo a República Federativa do Brasil em Estado democrático de direito; a duas, dispôs que o Estado tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III); a três, que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte (artigo 5º, parágrafo 2º); ao cabo, estatui que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (artigo 5º, parágrafo 1º).

Nessa esteira, o cenário precedente à entrada em vigência do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal compunha-se de dois sistemas diversos de incorporação dos tratados: um, destinado àqueles de matéria ordinária, e outro, inerente aos tratados de salvaguarda dos direitos humanos.

3 Cenário pré-emenda constitucional nº 45/2004

3.1 Sistema de incorporação dos tratados envolvendo matéria ordinária

O exame da Carta promulgada em 1988 permite constatar que a execução dos tratados internacionais de matéria ordinária e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil – visto que tal sistemática não foi alterada pela emenda em comento –, de um ato complexo, resultante da conjugação de duas vontades: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (artigo 49, inciso I), e a do presidente da República, a quem compete celebrar esses atos de direito internacional (artigo 84, inciso VIII).

Da simples leitura dos artigos mencionados, é possível inferir que a vontade do Executivo, manifestada pelo presidente da República, não se aperfeiçoará enquanto a decisão do Congresso Nacional sobre a viabilidade de se aderir àquelas normas não for manifestada, no que se consagra, assim, a já referida natureza complexa da conclusão dos tratados internacionais, consubstanciada na colaboração entre o Executivo e o Legislativo.

Assim, cabe ao Poder Executivo presidir a política externa, ao passo que ao Legislativo cumpre exercer o controle dos atos executivos, uma vez que àquele incumbe a defesa da nação no cenário internacional. Por importar no comprometimento da soberania nacional, não poderia o tratado produzir efeitos se não fosse seguido de aprovação pelo Congresso, que representa a vontade nacional. Celebrado o tratado, o presidente da República submete-o ao crivo do Parlamento. O Congresso, chamado a se manifestar por meio da elaboração de um decreto legislativo (artigo 59, inciso VI), materializa o que ficou resolvido sobre o tratado. Registre-se que não há a edição de tal espécie normativa em caso de rejeição do tratado, caso em que apenas se comunica a decisão, mediante mensagem, ao chefe do Poder Executivo.

Seja como for, sublinhe-se que habilitado a ratificar tratados internacionais está somente o presidente da República, e mais ninguém; é sua, portanto, a última palavra. Ao Parlamento incumbe tão-somente aprovar ou rejeitar o tratado assinado pelo Executivo, conforme se afirmou na fundamentação supra. O equívoco em que labora Ferreira Filho nesse aspecto é flagrante, ao sustentar a conveniência de “que a representação nacional seja ouvida, dizendo a última palavra. E verdadeiramente a última palavra, já que, após a manifestação do Congresso, não cabe mais qualquer intervenção do Executivo”. (1997, p. 296-297).¹

Ora, efetivamente, convém – como erigiu o texto constitucional – a participação da representação popular no processo de celebração dos tratados; mas daí a afirmar-se que, depois da aprovação pelo Congresso, nenhuma outra intervenção cabe ao presidente da República significa dizer que o tratado assinado jamais será ratificado e promulgado. Isso porque, sem a ratificação, que é ato privativo do chefe do Poder Executivo, o tratado nunca vigorará, seja na ordem doméstica, seja na internacional.

¹ O mesmo posicionamento é adotado por Cavalcanti (1956, p. 120).

Por derradeiro, é necessária a pontuação definitiva de que o Congresso Nacional não ratifica nenhum tipo de ato internacional. Por meio de decreto legislativo, o Parlamento pátrio autoriza a ratificação, que é ato próprio do presidente da República.

Promulgado o decreto legislativo pelo presidente do Senado Federal e publicado este tanto no Diário do Congresso Nacional como no Diário Oficial da União, iniciam-se os procedimentos para a entrada em vigor, tanto no ordenamento jurídico pátrio como no internacional, do tratado assinado e recém-aprovado pelo Congresso.

Conforme ensinam Acciolly e Silva, a entrada em vigor dos atos internacionais bilaterais pode se dar tanto pela "troca de informações" como pela troca de "cartas de ratificação". Quando feita pela primeira modalidade, é passada, de imediato, nota à embaixada da outra parte acreditada junto ao governo brasileiro; caso se dê pela "troca de instrumentos de ratificação", aguarda-se a conclusão dos trâmites internos de aprovação por ambas as partes, para, somente então, se realizar a cerimônia de troca de instrumentos. Uma ata, ou um protocolo, consignando a troca dos instrumentos, é lavrada em dois exemplares nos respectivos idiomas dos dois contratantes ou num terceiro (geralmente, o francês), assinada e selada pelos plenipotenciários designados para a troca. (1998, p. 31).

No que concerne aos atos internacionais multilaterais, como, geralmente, é o caso dos tratados, um processo mais complexo se instala. Nesse caso, publicado o decreto legislativo, para que o ato internacional entre em vigor, requer-se que seja ratificado, ou seja, após a assinatura do tratado e sua aprovação pelo Congresso Nacional, é depositado o instrumento de ratificação da parte brasileira junto ao governo ou organismo internacional responsável pelas funções de depositário. Explicam Acciolly e Silva:

"Na realidade, não é propriamente a ratificação, isto é, o ato de firmar e selar a *carta de ratificação*, que dá vigor ao tratado. O que o torna perfeito e acabado é a troca de tal instrumento contra outro idêntico, da outra parte contratante, ou o seu depósito no lugar para isto indicado no próprio tratado. Aliás, um simples depósito, às vezes, não basta para o aludido resultado. Com efeito, o *depósito* é exigido, geralmente, para tratados multilaterais, e estes requerem quase sempre certo número de depósitos, se não o de todas as partes contratantes para a sua entrada em vigor. (1998, p. 31, grifos dos autores)."

Depositado o instrumento de ratificação junto ao governo ou organismo responsável pelas vezes de depositário, a prática brasileira tem exigido deva o presidente da República, a quem – conforme já se verificou reiteradas vezes alhures – a Carta de 1988 outorgou a competência privativa para celebrar tratados, expedir um decreto de execução, promulgando e publicando no Diário Oficial da União o conteúdo dos tratados, materializando-os, assim, internamente.

A promulgação e a publicação no direito brasileiro comporiam a fase integratória da eficácia do pacto, uma vez que atestariam a sua adoção pelo Poder Legislativo, certificariam a existência de seu texto e afirmariam, finalmente, seu valor imperativo e executório na ordem interna. Vale revisar a irradiação de efeitos na arena internacional já se dera com a troca ou depósito dos instrumentos de ratificação, que é a ratificação propriamente dita.

Esse é o trâmite ordinário à incorporação do direito internacional à ordem interna, porém não é o único contemplado na Constituição de 1988. Tudo quanto aqui se afirmou vale apenas para os tratados internacionais que abordem matéria ordinária, excetuando-se os pactos relativos a direitos humanos.

3.2 Sistema de incorporação dos tratados relativos a direitos humanos

Antes da entrada em vigência da emenda à Constituição nº 45/2004, previa a Constituição a possibilidade de uma gama limitada de disposições internacionais serem incorporadas sem tamanha formalidade. Reporta-se àqueles tratados internacionais relativos a direitos humanos dos quais o Brasil era parte. O fundamento legal era a interpretação conjugada do parágrafo 2º do artigo 5º com o princípio orientador da prevalência dos direitos humanos, inscrito no artigo 4º, inciso II, ambos do texto constitucional de 1988.

Se o modelo de incorporação ordinário consagrava, assim, clara opção pela teoria dualista, mediante a qual o Estado recusa a vigência imediata do direito internacional na ordem interna (para que o conteúdo de um tratado internacional vigore na ordem interna, é mister, além de sua aprovação pelo Poder Legislativo, a sua reprodução ou transformação por uma fonte doméstica – “teoria da transformação”, que nada mais é do que transformar o direito externo em interno, reproduzindo-o em uma lei nacional), a incorporação automática contemplava duas circunstâncias muito importantes: a primeira referia-se à desnecessidade de referendo pelo Congresso Nacional quanto à ratificação de tratados de direitos humanos; a segunda dizia respeito à possibilidade de invocação, no âmbito interno, das disposições desses tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil era parte sem que fosse necessária a expedição, pelo chefe do Poder Executivo, de um decreto de execução voltado para a vigência interna do pacto. Vale dizer, firmado o tratado de direitos humanos, o Estado reconhecia a plena vigência do direito internacional na ordem interna, mediante uma cláusula geral de recepção automática plena (parágrafo 2º, do artigo 5º).

No que se referia ao referendo do Congresso Nacional, Trindade esclarecia:

“[...] se para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar às suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte, os direitos fundamentais neles garantidos, consoante os arts. 5º (2) e 5º (1) da Constituição brasileira de 1988, passam a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno.” (1991, p. 27-54).

Na mesma esteira, Pereira e Quadros (1997, p. 94-95) asseveravam que, nessa sistemática, a regra internacional vigoraria na ordem interna mantendo a sua qualidade de norma de direito internacional. Desse modo, uma vez adotado um monismo com primado do direito internacional, em últimas consequências, dispensada estaria qualquer formalidade à recepção do direito internacional na ordem interna. No que diz respeito, entretanto, à promulgação, Rezek (1984, p. 385-387), aguerrido defensor da tese dualista, fundamentava a sua necessidade, mesmo para os tratados que carreguem direitos humanos, no fato de que, no Brasil, promulgar-se-iam todos os tratados aprovados pelo Congresso Nacional, valendo como ato de publicidade.

Tomando-se o brilhante raciocínio de Kelsen (1990, p. 367), o direito internacional só necessitaria de transformação em direito interno quando essa necessidade fosse formulada pela Constituição. Se a Carta constitucional silenciava a respeito – como ocorria na época –, os tribunais nacionais estariam aptos a aplicar imediatamente os tratados celebrados. No caso do decreto de execução, seria supérflua sua edição em virtude da inexistência de mandamento constitucional regulador da matéria.

Ademais, nenhuma Constituição brasileira trouxe, taxativamente, dispositivo expresso requerendo essa formalidade para a incorporação do direito externo. Admitia-se que fosse fruto da prática consuetudinária do sistema jurídico pátrio tal sistemática.

Outros, como Fraga (1998, p. 63), viam essa formalidade como decorrente do comando constitucional do inciso IV do artigo 84, que diz competir privativamente ao presidente da República sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução. Esse posicionamento só pode levar a uma inferência: o autor empresta à lei o sentido mais amplo possível, de forma a enquadrar – erroneamente – este decreto de execução como fonte positiva do direito.

Ora, lei é lei, decreto é decreto. Dizer que o decreto assim se chamava apenas por questão de nomenclatura, posto advindo do chefe do Poder Executivo, não satisfazia, precisamente porque, abstraída a questão da denominação, não passava ele pelos rigores do processo legislativo para a elaboração de uma lei em sentido estrito. A atribuição de expedir decretos, no ponto, foi erigida apenas para regular a execução das leis, em sentido estrito. É por isso que este autor sempre tomou posição ao lado do mestre austro-húngaro cuja defesa se trouxe anteriormente; apenas com a ressalva de que não somente o Poder Judiciário estaria apto a aplicar o tratado após ratificado, como também, e sobretudo, os poderes da administração pública, a quem cabe a operacionalização do ordenamento para a aplicabilidade das normas recém-incorporadas.

Ademais, a inexistência de mandamento constitucional determinando a expedição do já tão mencionado decreto de execução – que faria validar o direito do tratado já firmado – fazia vir à tona, inclusive, uma decorrência do próprio princípio da igualdade (artigo 5º, inciso II), pelo qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” Indo ainda mais longe, poder-se-ia alegar a ausência de amparo legal para essa atividade da administração pública.

Não obstante se tenha, no bojo deste estudo, asseverado a contrariedade de esse posicionamento com o autor, é imperioso trazer à baila a exemplificação de Rezek:

“Nos Países Baixos, entre 1906 e 1953, ignorava-se conscientemente qualquer prática expressiva do fenômeno da *recepção*; atitude que, ao gosto dos pensadores monistas, retratava a operatividade da norma internacional por sua própria e originária virtude, sem o permissão de qualquer diploma interno de incorporação. No Reino Unido nada se faz, até hoje, que corresponda à *promulgação* – por lei, decreto, ou o que mais seja – dos tratados internacionais.” (1998, p. 83, grifos do autor).

Ainda que redundante, cumpre ressaltar que o sistema automático de incorporação – hoje não mais em vigor –, ao revés do legislativo, que comunga a tese dualista, contemplava o pensamento monista. A par de todo o exposto, o ordenamento constitucional brasileiro fazia opção por um sistema misto de incorporação do direito internacional. Para os tratados internacionais que versassem direitos humanos, vigorava o modelo da incorporação automática, ao passo que para os demais tratados internacionais o modelo ainda é o da incorporação legislativa, na medida em que se exige a intermediação de um ato legislativo para tornar o tratado obrigatório na ordem interna.

Cumpre ressaltar que inexistente no seio do texto constitucional, ressalvada a hipótese que trata dos direitos humanos, qualquer dispositivo que enfrente a espinhosa relação entre o direito internacional e o interno de forma pontual, nem há menção expressa a qualquer das correntes, monista ou dualista.

O certo é que, diante de tal incorporação automática, os tratados de direitos humanos, assim que firmados, deveriam irradiar imediatamente seus efeitos na esfera interna. Isso queria revelar que estaria dispensada aquela deliberação do Congresso Nacional, que, mediante decreto legislativo, aprovaria ou desaprovava a ratificação do que já fora firmado. Também restaria supérflua a edição, pelo chefe do Poder Executivo, do decreto de execução destinado à promulgação e à publicação do tratado. Mas atente-se para o fato de que esse tratamento vinha dispensado apenas aos tratados de direitos humanos; já, para tratados com matérias diversas (ou ordinárias), as exigências da intermediação legislativa e da edição do indigitado decreto ainda se impõem.

“No sistema misto, o Estado não reconhece a vigência automática de todo o Direito Internacional, mas reconhece-o só sobre certas matérias. As normas internacionais respeitantes a essas matérias vigoram, portanto, na ordem interna independentemente de transformação; ao contrário, todas as outras vigoram apenas mediante transformação. Este sistema é conhecido por sistema da *cláusula geral da recepção semiplena*. Este sistema resulta da adoção cumulativa de concepções monistas e dualistas quanto às relações entre o Direito Internacional e o Direito interno.” (PEREIRA e QUADROS, 1997, p. 95, grifo dos autores).

É importante, na espécie, a lembrança de Piovesan (2002, p. 106-108), de que a sistemática automática de incorporação, adotada pelo Brasil para os tratados de direitos humanos até a entrada em vigência da emenda à Constituição nº 45/2004, tem sido a tendência de algumas constituições modernas, a saber, da Constituição portuguesa, de 1976, da Lei Fundamental alemã, da Carta espanhola e da holandesa.

O reflexo prático de maior importância dessa incorporação extraordinária era o de que os indivíduos se tornavam beneficiários diretos desses instrumentos internacionais voltados à proteção dos direitos humanos com maior rapidez, o que facilitava, sobremaneira, a operacionalização do Estado para se adequar a esse novo direito, a essa nova garantia do indivíduo.²

O entendimento de Bastos e Martins, a seguir transcrito, vem ao encontro, em gênero, número e grau, da tese aqui esposada:

“A novidade do dispositivo (artigo 5º, parágrafo 2º) repousa na referência feita aos “tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. [...] De qualquer sorte, esta referência é de grande importância porque o texto constitucional está a permitir a inovação, pelos interessados, a partir dos tratados internacionais, o que não se admitia, então, no Brasil. A doutrina dominante exigia a intermediação de um ato de força legislativa para tornar obrigatória à ordem interna um tratado internacional. A menção do parágrafo em questão ao direito internacional como fonte possível de direitos e garantias deverá trazer mudanças sensíveis em alguns aspectos do nosso direito.

² Entendemos que a incorporação automática aqui mencionada, fulcrada na interpretação conjunta do parágrafo 2º, do artigo 5º, com o artigo 4º, inciso II, ambos da Constituição Federal, não se confunde com a aplicação imediata expressada no teor do parágrafo 1º. A nosso ver, tal aplicação imediata relaciona-se com a exigibilidade desse direito pelo indivíduo perante os demais e perante os próprios poderes públicos.

Não será mais possível a sustentação da tese dualista, é dizer, a de que os tratados obrigam diretamente aos Estados, mas não geram direitos subjetivos para os particulares, que ficariam na dependência da referida intermediação legislativa.” (1989, p. 396).

Contudo, mesmo desfrutando de toda a força que possuía, a sistemática de incorporação automática para os tratados envolvendo o direito das gentes nunca foi real e efetivamente aplicada.

Apenas para que se tenha noção do atraso que essa inação significa, tem-se em conta o “Tratado Sobre a Não-Proliferação de Armas Nucleares”, assinado pelo Brasil em 1968. O decreto legislativo que aprovou a sua ratificação (nº 65) restou editado apenas em 1998, ou seja, trinta anos mais tarde. O governo brasileiro depositou o instrumento de adesão ao referido tratado em 18 de setembro de 1998, todavia o decreto de execução que promulga o tratado apenas foi publicado em 8 de dezembro de 1998. Portanto, na vigência da interpretação que vinha sendo aplicada, somente a partir de 8 de dezembro de 1998, ou seja, trinta anos após a data da assinatura do pacto, o direito internacional humano contido naquele tratado (no caso, o direito fundamental à própria vida e, subsidiariamente, a um meio ambiente equilibrado e saudável) poderia estar à disposição dos indivíduos. São, pois, três décadas de atraso na titularização de um direito fundamental à vida.

Ao prever, no indigitado parágrafo, que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, o legislador constitucional, indubitavelmente, quis incluir naquele catálogo oficial de direitos e garantias os direitos advindos dos pactos internacionais. Por outras palavras, significa a incorporação pela Constituição Federal, no rol de seu artigo 5º, desses direitos emanados da arena internacional. Nesse sentido, lembra Bulos que

“[...] nenhuma outra Constituição brasileira incluiu, de maneira taxativa, dentre os direitos tutelados constitucionalmente, aqueles previstos em tratados internacionais de que o Brasil fosse signatário. Seguiu, nesse particular, o Texto português de 1976 (art. 16, I), e, indiretamente, a Carta francesa de 1958, bem como a experiência norte-americana, segundo a qual “A enumeração de certos direitos na Constituição não deverá ser interpretada como anulando ou restringindo outros direitos conservados pelo povo” (Constituição dos Estados Unidos da América de 1791, Emenda IX). (2002, p. 358).

3.2.1 O parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal

O preceito em comento leva em conta, para tanto, o regime e os princípios adotados na Carta, assente que o regime erigido foi o Estado democrático de direito (artigo 1º). Já se teve oportunidade de frisar que a Carta política de 1988 foi pioneira em conceber a prevalência dos direitos humanos como princípio orientador (artigo 4º, inciso II). Assim, é necessária a interpretação do teor do parágrafo 2º do artigo 5º em consonância com o inciso II do artigo 4º. Essa combinação é que permitia concluir que os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos gozavam de hierarquia diferenciada ao serem incorporados. Era o que corroborava Sarlet:

“À luz das considerações tecidas, parece razoável o entendimento de que o art. 5º, § 2º, da CF se refere às disposições contidas no Título I, arts. 1º a 4º (Dos Princípios Fundamentais), onde também se encontram delineados os contornos básicos do Estado Democrático e Social de Direito que identificam nossa República. Neste título, além do regime da social democracia consagrado pela nossa Carta, encontram-se expressos os fundamentos, objetivos e princípios fundamentais que regem o Estado brasileiro, seja em nível interno, seja na esfera das relações internacionais.” (1996, p. 98).

A mesma linha de raciocínio era seguida por Dallari:

“Essa norma constitucional, concebida precipuamente para disciplinar situações no âmbito interno do País, pode e deve ser vista, se associada ao inciso II do art. 4º, como instrumento que procura dar coerência à sustentação do princípio constitucional de relações exteriores em pauta e que, por isso mesmo, possibilita ao Brasil intervir no âmbito da comunidade internacional não apenas para defender a assunção de tal princípio, mas também para, em um estágio já mais avançado, dar-lhe materialidade efetiva.” (1994, p. 162).

Podia-se, portanto, afirmar, com segurança, que os direitos emanados dos tratados de direitos humanos em que o Brasil era parte, assim que firmados, passavam a integrar o rol dos direitos constitucionalmente consagrados. Autorizava tal conclusão uma “interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional.” (PIOVESAN, 2002, p. 76). Ora, com efeito. Se não tratasse o parágrafo 2º de matéria constitucional, restaria sem sentido. Ainda que não se encontrassem sob a forma de normas constitucionais, recebiam esse valor jurídico por completar o catálogo dos direitos fundamentais previsto na Constituição. O magistério de Mello guarda consonância com esse posicionamento ao considerar que “os direitos humanos têm [...] um ‘status’ especial na ordem jurídica internacional e devem predominar sempre.” (2000, p. 203).

É forçoso reconhecer que a doutrina nacional acerca da matéria considerava maciçamente – de forma equivocada, sob o nosso ponto de vista – que os tratados internacionais, independentemente da matéria sobre a qual versassem, possuíam hierarquia infraconstitucional, ou seja, encontrar-se-iam em paridade com a legislação ordinária.

É preciso, entretanto, pontuar a tese sempre defendida por este autor: por força do contido no já analisado parágrafo 2º do artigo 5º, combinado com o disposto no inciso II do artigo 4º, ambos da Constituição Federal, os tratados que versavam a proteção dos direitos humanos adentravam – antes da entrada em vigência da emenda objeto deste estudo – ao ordenamento jurídico pátrio com natureza de norma constitucional. E não se podia inferir outra coisa do exame dos indigitados dispositivos. Quanto aos demais pactos internacionais, no entanto, sempre se teve por impossível sustentá-los na esfera de constitucionalidade, visto que o entendimento esposado pela maciça doutrina não merece reparo.

Mas por que a força do já tão mencionado parágrafo 2º tinha aplicação somente quanto aos pactos internacionais de proteção dos direitos humanos? A resposta é simples e neste estudo já foi analisada: porque o princípio que orienta e informa o Brasil na esfera internacional de direitos é o da prevalência dos direitos humanos (artigo 4º, inciso II). Logo, somente essa combinação autoriza a incluir aquelas normas advindas do tratado internacional no núcleo de constitucionalidade do artigo 5º.

Na mesma esteira é o posicionamento de Mourão:

“Ao prescrever que “os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais”, a *contrario sensu*, a Constituição Federal de 1988 inclui, no rol dos direitos constitucionalmente protegidos, os direitos elencados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Com tal incorporação, atribui-se aos direitos internacionais natureza jurídica de norma constitucional. Ainda que estes direitos não sejam enunciados sob a forma de normas constitucionais, mas sob a forma de tratados internacionais, a Carta Magna lhes confere o valor jurídico de norma materialmente constitucional, já que integram o complexo de direitos fundamentais previsto pelo Texto Constitucional.” (1999, p. 39).

Como se infere do trecho colacionado, outro fator que contribuía, sensivelmente, para a constitucionalização do conteúdo de tratados internacionais de salvaguarda dos direitos humanos era a chamada “natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais”. (PIOVESAN, 2002, p. 77-78). É bem verdade que ditas regras não são normas constitucionais, mas normas de um pacto internacional. Entretanto, o texto da Constituição empresta-lhes valor jurídico de norma constitucional uma vez que complementam o elenco de direitos fundamentais previstos no bojo da Carta.

Nesse sentido, afirma Canotilho:

“O programa normativo constitucional não pode se reduzir, de forma positivística, ao “texto” da Constituição. Há que densificar, em profundidade, as normas e princípios da Constituição, alargando o “bloco da constitucionalidade” a princípios não escritos, mas ainda reconduzíveis ao programa normativo-constitucional, como formas de densificação ou revelação específicas de princípios ou regras constitucionais positivamente plasmadas.” (1993, p. 982).

A doutrina da vizinha Argentina, que hoje possui em sua Carta vigente menção expressa à hierarquia constitucional sempre defendida, revela que o conflito aqui discutido lá já restou superado:

“Ante el avance del derecho internacional y, em particular, del fenómeno del derecho internacional de los derechos humanos, se evidencia con más intensidad el conflicto entre la norma internacional y la norma constitucional. Y este debate se vivió en el seno de la Convención. Y la mayoría optó por la jerarquización de los tratados al más alto nivel normativo, de alguna manera recepcionando la doctrina más avanzada y el constitucionalismo de las últimas décadas.” (GRAHAM e VEGA, 1996, p. 38-39).

A doutrina publicista também acenava com argumento sobremaneira forte à tese do caráter especial de que gozavam as normas emanadas de tratados relativos a direitos humanos. Segundo essa, gozariam eles de superioridade hierárquica frente aos demais pactos porque formariam um universo de princípios donos de especial força obrigatória, denominado *jus cogens*. Esclarece-se recorrendo a Travieso:

“Uma norma de *jus cogens* é uma norma imperativa de Direito Internacional geral, aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados, em seu conjunto, como norma que não admite acordo em contrário e que só pode ser modificada por uma norma posterior de Direito Internacional geral, que tenha o mesmo status.” (apud PIOVESAN, 2002, p. 89).

Efetivamente, a atual Constituição brasileira – reformada ou não – não detém uma pretensão de completude; pelo contrário, erigiu uma abertura concebida justamente para ter a maleabilidade necessária à diuturna atualização política e social. Aliás, tal abertura tem seu máximo expoente justamente no teor do dispositivo constitucional objeto desta seção (parágrafo 2º, do artigo 5º). Nesse contexto, Trindade faz a seguinte observação:

“É alentador que as conquistas do direito internacional em favor da proteção do ser humano venham a projetar-se no direito constitucional, enriquecendo-o, e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista.” (1991, p. 631).

Outro importante princípio atinente à efetividade das normas constitucionais sustentava o posicionamento que se defendia, o da “ótima concretização da norma” (HESSE, 1991, p. 22), fundado na interpretação do contexto sociedade-Constituição. Lecionava Hesse (1991, p. 22-23), nesse aspecto, que tal interpretação tinha significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição, porém não a interpretação fornecida formal e conceitualmente, e, sim, aquela que concretize o sentido da proposição normativa com o contexto das condições reais de vida dominantes em uma determinada sociedade.

Ora, de tudo o que foi exposto assente que a Lei Maior brasileira recepcionava, no regime anterior à emenda constitucional nº 45, os direitos enunciados em tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil era parte, conferindo-lhes hierarquia de norma constitucional. Equivalia dizer que os direitos constantes nos pactos internacionais de salvaguarda dos direitos humanos integravam e complementavam o catálogo de direitos constitucionalmente previstos, o que autorizava a que fosse estendido a esses direitos o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais.

Raciocínio igual nunca pôde ser feito, entretanto, para os demais tratados internacionais que não fossem os relativos a direitos humanos e, por via de consequência, fundamentais. É por isso que ao direito internacional contido nesses tratados internacionais que versam matéria diversa sempre foi conferido hierarquia infraconstitucional, à inteligência do artigo 102, inciso III, alínea “b”.

3.3 A posição do Supremo Tribunal Federal (STF)

Não obstante o demonstrado alhures, que representa o posicionamento sempre defendido por este autor no cenário pré-emenda à Constituição nº 45/2004, desde 1977 o Supremo Tribunal Federal passou a pautar seus julgamentos pela tese da paridade. No julgamento do recurso extraordinário nº 80.004, em 1977, restou sedimentado o posicionamento de equiparação jurídica entre o tratado internacional e a legislação federal. Via de consequência, concluiu o órgão ser aplicável o princípio de que a norma posterior revoga a anterior com ela incompatível. Rezek, aguerrido defensor da teoria paritária instalada na Corte constitucional, relata:

“De setembro de 1975 a junho de 1977 estendeu-se, no plenário do Supremo Tribunal Federal, o julgamento do RE 80.004, em que ficou assentada, por maioria, a tese de que, ante a realidade do conflito entre tratado e lei posterior, esta, porque expressão última da vontade do legislador republicano deve ter sua prevalência garantida pela Justiça – sem embargo das consequências do descumprimento do tratado, no plano internacional. Admitiram as vozes majoritárias que, faltante na Constituição do Brasil garantia de privilégio hierárquico do tratado internacional sobre as leis do Congresso,

era inevitável que a Justiça devesse garantir a autoridade da mais recente das normas, porque paritária sua estatura no ordenamento jurídico." (1998, p. 106).

Se bem que esta seção tenha sido concebida para expor a posição do pretório excelso – que, em última análise, é quem “bate o martelo” acerca do *busilis* –, entende-se que a doutrina kelseniana merece aqui atenção. Para a questão, Kelsen (1998, p. 374) preconizava que a adoção do primado da ordem interna sobre a internacional acarretaria o despedaçamento do direito e, conseqüentemente, sua negação, na medida em que a ordem interna derivaria da internacional como que delegada.

Essa concepção kelseniana vinha encontrando guarida nos tribunais brasileiros, inclusive no Supremo Tribunal, até o julgamento do indigitado recurso extraordinário. Como lembrava Piovesan (2002, p. 85), era o que se denotava do julgamento da apelação cível nº 9.587, em que figuravam como partes a União Federal e a Cia Rádio Internacional do Brasil. Neste, o Supremo Tribunal Federal decidiu, de forma unânime, que um tratado revogava as leis anteriores que tratavam contrariamente a mesma matéria.

Também no julgamento do pedido de extradição nº 07, de 1913, restou declarado estar em vigor e aplicável um tratado, apesar de constar legislação ordinária posterior normando de forma diversa. Igualmente, servia de referência a apelação cível nº 7.872, de 1943, ao declarar que a lei ordinária não teria o condão de revogar disposição de tratado internacional. (PIOVESAN, 2002, p. 85).

A legislação tributária também não faltou em proclamar a sobreposição dos tratados sobre a legislação federal. Assim foi que, em 1966, a lei nº 5.172 estabeleceu: “Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna e serão observados pela que lhe sobrevenha.”

Como bem assinalava Mello (2000, p. 365), o reposicionamento da Suprema Corte brasileira constitui verdadeiro retrocesso, aliás, um retrocesso extremamente pernicioso, tendo em conta que abriu brecha para que o Brasil, a seu bel prazer, referendado pelo Supremo Tribunal Federal, descumprisse toda a ordem de normas internacionais a que se obrigou.

Mais recentemente, em 1995, julgando o *habeas corpus* nº 72.131, a Suprema Corte brasileira reiterou a postura inaugurada em 1977, contudo a orientação não foi unânime. Versava esse julgamento sobre a prisão civil do depositário infiel em face do cotejo entre o decreto nº 911/69, o texto constitucional e a disposição advinda do Pacto de São José da Costa Rica. Buscava-se a concessão da ordem, de forma preventiva – salvo conduto –, com fulcro no artigo 7º, inciso VII, da Convenção, que proscribe a prisão civil por dívidas, excetuando como única hipótese a do devedor de pensão alimentícia. Tentava-se demonstrar que tal norma internacional, uma vez ratificada e incorporada em 1992, pela construção lógica que também neste estudo se desenvolveu, teria derogado a disposição do decreto 911/69.

O *mandamus* restou denegado, vencidos os eminentes ministros Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence e Carlos Velloso. Os dois primeiros fundaram a concessão da ordem em matéria de direito das coisas, de posse, mas o último dos três fez valer toda construção lógica e teleológica neste trabalho propugnada.

Atentou ele para os princípios que fundam a Constituição brasileira; depois, considerou que os direitos e garantias, na Carta de 1988, apresentavam três vertentes: a) direitos e garantias expressos na Constituição; b) direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição; c) direitos e garantias inscritos nos tratados internacionais firmados pelo Brasil. Ponderando tudo isso, arrematou:

“Se é certo que, na visualização dos direitos e garantias, é preciso distinguir, mediante o estudo da teoria geral dos direitos fundamentais, os direitos fundamentais materiais dos direitos fundamentais puramente formais, [...] não é menos certo, entretanto, que, no caso, estamos diante de direito fundamental material, no que diz respeito à liberdade. Assim, a Convenção de São José da Costa Rica, no ponto, é vertente de direito fundamental. É dizer, o direito assegurado no art. 7º, item 7, da citada Convenção, é um direito fundamental, em pé de igualdade com os direitos fundamentais expressos na Constituição.”

Prevaleceu, entretanto, o velho argumento da estabilidade, como se pode depreender de parte do voto do ministro Francisco Rezek:

“A Convenção de São José da Costa Rica abre oportunidade ao Tribunal de, sem autopenitência maior, fazer aquilo que, de outro modo, significaria não mais do que uma volta atrás, desaconselhável em nome da estabilidade das relações jurídicas, e da conveniência de que prevaleça a idéia da constância da corte na interpretação do direito positivo.”

Era a tão propalada segurança jurídica, a tão santificada estabilidade das relações, em detrimento, não de uma tese ou de um argumento ou, mesmo, de uma hierarquia, mas de um direito fundamental, humano. Essa postura do pretório excelso – de não dar o mínimo valor a uma regra de direitos humanos que fora ratificada e que seria imensamente mais favorável à vítima do que a que foi aplicada – nunca foi novidade, ao menos para quem lida com o direito, pois não é raro ver suas decisões ou acórdãos serem fundamentados na segurança jurídica, na estabilidade das relações.

Aliás, deve-se alertar para o fato de que segurança jurídica, às vezes – nem sempre, mas às vezes –, disfarça outro sentimento: conservadorismo puro, um conservadorismo arcaico, quase medieval, um comodismo que engessa todo um leque de direitos fundamentais – e sua aplicação prática, o que é infinitamente pior –, concebidos por um pretenso Estado democrático de direito, que teria por objetivo a consecução da justiça social no país, ao menos.

A beira de completar duas décadas, nossa Constituição ainda resta sobremaneira tímida quando o assunto é efetivar os direitos que preconiza e os belos institutos que foram nela previstos. E julgamentos como os que se viu contribuíram para perpetuar esse estado de completa letargia da Lei Maior. Retrocessos como o que se verificou no Supremo Tribunal Federal para a matéria em apreço só alargam o já imenso abismo existente sobre as prescrições dos direitos humanos e fundamentais e sua aplicação aos casos concretos. Essa esterilidade de nossa Lei Fundamental quanto à efetivação dos direitos prescritos para as pessoas lança seus efeitos também na área social, na medida em que fomenta a continuidade de um *status quo* em que uma pequena minoria encerra em suas mãos a maioria da renda. Talvez por isso, depois de dezenove anos, ainda se precise deflagrar uma campanha nacional de comoção pública cujo objetivo é que a maioria dos cidadãos brasileiros consiga fazer – e dar ao seus – três refeições por dia.

Talvez se tenha, de fato, exacerbado na crítica, tão contundente, ao Supremo Tribunal Federal e ao seu entendimento. Ocorre, porém, que, ao contrário do que sempre ocorreu, o pretório excelso deveria ser uma instância segura aos direitos humanos, fundamentais. Impende colacionar a louvável percepção de Nogueira da Silva, que escreve:

“Com efeito, o parágrafo 2º acena com um conjunto de possibilidades de reconhecimento de novos direitos e garantias individuais. Mas, a ótica positivista vigente na cultura jurídica, limita sensivelmente tais direitos e garantias: afinal, só vale o que estiver expresso em letra de fôrma, e os tribunais julgam de acordo com essa ótica. Assim, outros direitos e garantias terão que ser reconhecidos pela letra da lei, embora a Constituição não o exija.” (2001, p. 46).

Mais adiante, ainda fazendo menção ao indigitado parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição, conclui o autor: “Parece constar do texto, para proclamar que somos uma democracia, mas sem real preocupação em fazê-la efetiva.” (2001, p. 47). Claro é que essa falsidade jurídico-política nunca sedimentou uma consciência democrática; ao contrário, contribuiu para realizar a crença de que o que conta é tão-somente o exercício do poder, relegando-se a Constituição a mero conjunto de simples exortações, o que é lamentável e inaceitável.

4 Cenário pós-emenda constitucional nº 45/2004

O contexto acima delineado, era o reinante quando da entrada em vigência da emenda à Constituição nº 45/2004. A doutrina, no que concernia com as normas emanadas de tratados de direitos humanos assinados pelo Brasil, debatia-se em posições que variavam desde a paridade (adotada pelo STF), passando pela que defendia a supra-legalidade mas infra-constitucionalidade, chegando até a sempre defendida por este autor, qual seja, a da hierarquia materialmente constitucional (ainda que se admitisse que, formalmente, tais normas não faziam parte da Constituição escrita).

4.1 O parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal

A citada emenda constitucional, de 30 de dezembro de 2004, acrescentou, por meio de seu artigo 1º, um terceiro parágrafo ao artigo 5º do texto constitucional, *verbis*:

“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.”

Certamente, a intenção do legislador foi desatar a intrincada celeuma em torno do grau hierárquico atribuído aos tratados internacionais de direitos humanos assinados pelo Brasil. Todavia, tem se prestado o dispositivo constitucional acrescentado mais para a disseminação de dúvidas do que para a fixação de certezas acerca do ponto.

Já se deixou pontuado, no intróito, que este artigo – o qual não tem a pretensão de esgotar a contenda – fixaria os olhos em dois pontos individuados desse rol de dúvidas trazido pelo advento do novel parágrafo.

Assim, remete-se o leitor a obras diversas acerca da matéria, em pretendendo ele se debater sobre as questões aqui não respondidas.³

Passa-se, pois, a abordar as dúvidas objeto deste ensaio.

4.2 Obrigatoriedade ou não da adoção do rito mais severo

A primeira pergunta que se propõe a responder, na problemática proposta, é a que pertine com a cogência do procedimento reforçado das emendas constitucionais na incorporação dos tratados internacionais que versem direitos humanos assinados posteriormente à entrada em vigência do parágrafo 3º do artigo 5º do texto constitucional. Em resumo: a novel sistemática trazida pela emenda à Constituição nº 45 é obrigatória aos tratados assinados posteriormente à sua vigência, ou trata-se de faculdade, tão-somente?⁴

A questão tem pertinência, sim, e justamente pela sua importância não merece maiores delongas para ser resolvida. Em nosso entender, aquela sistemática automática determinada pela interpretação conjugada dos artigos 4º, inciso II, e 5º, parágrafo 2º, ambos da Constituição Federal (esmiuçada no item 3.2 supra), não mais vigora, em face do novo regramento⁵. Logo, afigura-se óbvia a circunstância de que nova sistemática é, sim, imperativa.

“Parece-nos que há sim pelo menos espaço para uma interpretação teleológica e sistemática em prol da compulsoriedade do procedimento reforçado das emendas constitucionais. Com efeito, tendo em mente que a introdução do novo § 3º teve por objetivo (ao menos, cuida-se da interpretação mais afinada com a *ratio* e o *telos* do § 2º) resolver – ainda que remanescentes alguns problemas – de modo substancial o problema da controvérsia sobre a hierarquia dos tratados em matéria de direitos humanos, antes incorporados por Decreto Legislativo⁶ e assegurar aos direitos neles consagrados um *status* jurídico diferenciado, compatível com sua fundamentalidade, poder-se-á sustentar que a partir da promulgação da Emenda nº 45/2004 a incorporação destes tratados deverá ocorrer pelo processo mais rigoroso das reformas constitucionais.” (SARLET, 2006, p. 80, grifos originais).

Pode parecer estranho ao leitor que quem defendia, alhures, a incorporação automática para os tratados de direitos humanos (item 3.2), agora afirme que, pós-emenda constitucional, a incorporação deva ocorrer pelo modo mais conservador das reformas da Constituição. Esclareço, todavia, que, sem embargo de minha posição sempre afinada à incorporação automática via cláusula de abertura plena (parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal), a verdade é que restou impossível sustentá-la, mesmo para os tratados que envolvem direito humano, após o advento da emenda nº 45.

Com efeito, de certo modo, a inovação constitucional em comento mitigou o alcance da citada cláusula material de abertura plena. Em contrapartida – se dificultou sobremaneira o

³ Consulte-se, na espécie, Mazzuoli (2005) e Sarlet (2006).

⁴ Perceba-se que este estudo, pela delimitação reclamada, não se imiscuirá na discussão acerca do grau hierárquico atribuído aos tratados acerca de direitos humanos incorporados anteriormente à entrada em vigência da emenda em questão, até porque vigente, à época, a sistemática prevista no item “3.2”, a qual, pois, aplica-se integralmente.

⁵ Por isso é que lá se emprega o tempo verbal pretérito.

⁶ No que divergimos com o autor, à vista da argumentação declinada no item 3.2 supra.

modo de incorporação (3/5 dos votos de cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos) –, certifica-se, agora, às normas de direitos humanos emanadas do instrumento internacional incorporado grau indiscutível de norma constitucional (e fundamental, por óbvio), ainda que de espécie derivada.

Assim, a celeuma histórica no âmbito da qual se digladiavam monistas e dualistas – em cujo cerne este autor sempre se pautou pelo “monismo internacionalista” kelseniano – restou esvaziada à custa do sacrifício do sistema automático de incorporação, previsto na interpretação conjugada do parágrafo 2º do artigo 5º com o inciso II do artigo 4º, ambos da constituição Federal (sistema esse delineado no item 3.2 supra).

4.3 A questão em torno da denúncia dos tratados de direitos humanos. Cenário inalterado, mesmo após a entrada em vigência da emenda constitucional nº 45/2004.

Essa questão sempre foi tormentosa àqueles que – como nós – defendiam a incorporação automática e, mais do que ela, a inclusão dos direitos materialmente fundamentais incorporados como parte dos limites materiais à reforma da Constituição (artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV)⁷. Havia tormento porque sempre se teve de ouvir o argumento contrário – e majoritário – da doutrina e da jurisprudência⁸ pátrias no sentido de que, em sendo a vontade do Estado signatário, a denúncia do pacto – instituto de direito internacional público – operava-se *incontinenti*.

Piovesan chegava a afirmar, na época, que, “[...] embora os direitos internacionais sejam alcançados pelo art. 60, § 4º, e não possam ser eliminados via emenda constitucional, os tratados internacionais de direitos humanos são suscetíveis a denúncia por parte do Estado signatário.” (2002, p. 94). Mais adiante, complementava: “Os direitos internacionais poderão ser subtraídos pelo mesmo Estado que os incorporou, em face das peculiaridades do regime de direito internacional público.” (2002, p. 94-95).

Imagino que o leitor, a essa altura, talvez ainda não tenha em mente a pertinência do ponto. Explica-se: é que alguns doutrinadores⁹ têm afirmado que foi o cenário pós-emenda constitucional nº 45/2004 que determinou (mais precisamente o parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição Federal, por ela incluído) a impossibilidade de se denunciar o tratado de direitos humanos cujas normas já haviam sido incorporadas ao ordenamento interno constitucional (posto que direito materialmente fundamental). Ilustra-se com Mazzuoli:

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

⁷ Veja-se, na espécie, malgrado tal ponto não tenha sido erigido como problema para este artigo, que a proteção das chamadas “cláusulas pétreas” se qualificou, com a novel redação do artigo 5º. A propósito, consulte-se Sarlet (2006, p. 80-81).

⁸ Consulte-se, a respeito, o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da ação direta de inconstitucionalidade nº 1480.

⁹ Como Sarlet (2006, p. 81-82) e Mazzuoli (2006, p. 106), por exemplo.

caso), mas totalmente *ineficaz* sob o aspecto prático, uma vez que os *efeitos* do tratado denunciado continuam a operar dentro do nosso ordenamento jurídico, pelo fato de eles serem cláusulas pétreas do texto constitucional. No que tange aos tratados de direitos humanos aprovados pelo *quorum* do § 3º do art. 5º da Constituição, esse panorama muda, não se admitindo sequer a interpretação de que a denúncia desses tratados seria *possível* mas *ineficaz*, pois agora ela será *impossível* do ponto de vista técnico, existindo a possibilidade de responsabilização do Presidente da República caso venha pretender operá-la." (2006, p. 108, grifos originais).

Ora, abstraída a reconhecida sapiência do autor citado, é mister reconhecer que tal impossibilidade era anterior à entrada em vigência do já tão mencionado parágrafo 3º do artigo 5º, não se havendo de ventilar "possibilidade técnica", mas "total ineficácia". O regime anterior ao advento da emenda constitucional em apreço (interpretação conjugada do parágrafo 2º do artigo 5º com o inciso II do artigo 4º, tudo da Constituição Federal), com efeito, nunca admitiu a possibilidade da denúncia do tratado.

Denunciar o tratado significa, precisamente, romper com a pactuação; é o querer retirar-se do tratado; em suma: o Estado arranca dos seus titulares – que não são só os Estados, como já se pontuou – aqueles direitos materialmente fundamentais incorporados por aquele mesmo Estado, decorrentes única e exclusivamente de uma pactuação na esfera internacional. No dizer de Accioly, a denúncia "é o ato pelo qual uma das partes contratantes comunica à outra, ou às outras, a sua intenção de dar por findo esse tratado, ou de se retirar do mesmo." (1993, p. 136). A propósito, para que possa ser exercitada, cada tratado deve autorizá-la através de cláusula específica, como prevê a Convenção de Viena.

Ocorre, entretanto, como bem enfatiza Bahia, "que vigora, em direito internacional, o princípio de que não são suscetíveis de denúncia os tratados que digam respeito a direitos humanos." (2000, p. 158).

A denúncia constitui-se, sim, no meio adequado à desobrigação dos deveres contraídos por conta de um tratado, mas por conta de um tratado relativo a matéria ordinária; no que tange aos tratados de direitos humanos, a denúncia não opera seus efeitos.

"Tal entendimento deriva da regra de direito imperativo (apontada pela doutrina) e positivada no artigo 56, § 1º, letra "b", da Convenção sobre Direito dos Tratados (Viena, 1969), que proíbe a denúncia ou retirada a não ser que este direito "possa ser inferido da natureza do tratado". E, tratando-se de direitos humanos, não se poderia inferir a possibilidade de que, uma vez afirmados, alcançados e defendidos, pudessem vir a ser, num momento subsequente, negados e esquecidos." (BAHIA, 2000, p. 158).

Efetivamente, ter-se-ia uma situação absurda: num primeiro momento, são incorporados à gama de direitos dos indivíduos direitos materialmente fundamentais, de matriz internacional, protegidos, inclusive, pelo manto de intangibilidade do artigo 60, parágrafo 4º, da Constituição Federal, e cuja aplicação seria imediata; numa situação seguinte, simplesmente, segundo a melhor conveniência para o chefe do Poder Executivo, tais direitos seriam arrancados e jogados de volta à arena internacional.

Esse princípio, na medida em que é elevado à categoria de direito internacional imperativo (*jus cogens*), inviabiliza até mesmo a expressa previsão de denúncia, contida em tratado sobre direitos humanos, que deve, assim, ser tida por inválida, já que, como assinala o artigo 53 da Convenção sobre Direito dos Tratados, "é nulo um tratado que, na época de sua conclusão, esteja em conflito com uma norma imperativa de direito internacional geral". Este é definido pela Convenção como "uma norma aceita e reconhecida

pela comunidade internacional dos Estados em sua totalidade, como uma norma da qual não se admite derrogação e que só pode ser modificada por uma nova norma de direito internacional", também cogente. Assim, seria irrelevante a previsão de denúncia contida em vários tratados internacionais de direitos humanos.

Nessa mesma linha de consideração, sustenta-se que a disposição interna, mesmo de natureza constitucional, não poderá ser observada se contrariar preceito em vigor de direito internacional básico, geral (*jus cogens*) ou de direito internacional convencional. (VALLADÃO apud BARROSO, 1995, p. 28).

Essa postura, de se retirar mediante denúncia direitos materialmente fundamentais dos indivíduos, sem sombra de dúvidas, depõe contra o princípio orientador do Brasil na arena internacional, qual seja, o da prevalência dos direitos humanos.

Essa realidade – de impossibilidade de denúncia quanto ao tratado de direitos humanos já incorporado –, portanto, não é nova, não adveio à arena jurídica com a entrada em vigência da emenda à Constituição nº 45/2004, tendo sua gênese, sim, no regime anterior à mutação constitucional, como sustentado. O que a emenda pode ter feito, é bem verdade, é reforçado, tão-somente, aqueles argumentos já robustos e insuperáveis.

5 Conclusão

De tudo o que foi exposto no decorrer deste artigo, infere-se que é inconcebível, no atual estágio de desenvolvimento do mundo, a concepção que vê as ordens jurídicas internas e internacional como adversárias, repelindo-se. Essa postura, que empresta ares de impenetrabilidade aos ordenamentos domésticos, desconsidera a circunstância de que o direito internacional, quando aborda direitos humanos, pulveriza as ordens internas com suas diretrizes de proteção.

Para além disso, a repulsa à aplicação do direito externo contrariava, no ordenamento constitucional pré-emenda à Constituição nº 45/2004, mandamento constitucional que determina a incorporação automática dos tratados que envolvem direitos humanos. Então, no sistema misto que se colocava, assinado um tratado internacional de direitos humanos, deveriam eles ser incorporados automaticamente ao acervo de direitos fundamentais dos indivíduos, sem as delongas da aprovação congressual e da promulgação executiva, o que, lamentavelmente, nunca ocorreu.

Ainda, embora o parágrafo 2º do artigo 5º da Carta vigente, efetivamente, autorizasse a recepção das normas oriundas de tratados de direitos humanos em patamar hierárquico equivalente ao das normas constitucionais, revelando-se verdadeiros direitos materialmente fundamentais, a doutrina majoritária e a jurisprudência dominante insistiam em conservar um posicionamento que – conforme já se fez referência no primeiro parágrafo desta conclusão – não se coaduna com as exigências da sociedade atual. Mesmo assim, firmava-se entendimento de que os tratados internacionais referentes aos direitos humanos, uma vez ratificados e incorporados à ordem interna, gozavam de *status* de norma constitucional, constituindo-se em direitos e garantias (conforme o caso) materialmente fundamentais. Como decorrência desse posicionamento, incidiam sobre aqueles direitos internacionais oriundos de tratados de direitos humanos um dos atributos especiais dos direitos fundamentais: a proteção de cláusula pétrea.

Com efeito, a consagração dos direitos fundamentais como limite material ao poder de reforma da Constituição conduz a que esses direitos de matriz internacional só possam ser retirados da esfera de direitos dos indivíduos por ocasião de nova Assembléia Constituinte. Destarte, não se poderia ventilar a possibilidade de as emendas à Constituição alcançarem tais direitos, ainda que, agora, sejam incorporados através desse rito. Ademais, estar-se-ia permitindo que, por via de emenda à Constituição, restasse modificado o teor dos tratados internacionais assinados pelo Brasil, o que soaria sobremaneira absurdo. Ainda a despeito da revogabilidade dos direitos enunciados nos tratados de direitos humanos incorporados pelo Brasil, a denúncia do tratado, meio tão propalado pela doutrina como o adequado para sustar a obrigação internacionalmente assumida, já não se operava, no regime anterior ao da emenda à Constituição nº 45/2004, quando o pacto versasse sobre direitos humanos, entendimento que se extraía do artigo 56, parágrafo 1º, da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. Conquanto se tenha consciência de que o Brasil não ratificou (ainda) essa convenção, esse preceito coage mesmo aqueles que ainda não se obrigaram na medida em que se trata de *jus cogens* (direito imperativo).

Por fim, resta pontuar a obrigatoriedade, sim, da aplicação do rito previsto no parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição da República quanto aos tratados internacionais de direitos humanos firmados a partir da sua entrada em vigência.

6 Referências

ACCIOLLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

ACCIOLLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Manual de direito internacional público*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BAHIA, Saulo José Casali. *Tratados internacionais no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. A Constituição e o conflito de normas no espaço – direito constitucional internacional. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 11, p. 21-43, 1995.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à constituição do Brasil (promulgada em 5 de outubro de 1988)*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição Federal: promulgada em 5 de outubro de 1988*. Brasília: Senado Federal, 2005.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 65, de 2 de julho de 1998. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 3 jul. 1998. Disponível em: <<http://wwwt.senado.gov.br/servlets/NJUR.Filtro?tipo=DLG&secao=NJUILEGBRAS&numLei=000065&data=19980702&pathServer=www1/netacgi/nph-brs.exe&seq=000>>. Acesso em: 31 mar. 2004.

BRASIL. Emenda à Constituição nº 45, de 30 de dezembro de 2004. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 31 dez. 2004. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 5 abr. 2007.

BRASIL. Lei nº 5,172, de 25 de outubro de 1966. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 27 out. 1966. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 16 fev. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade* nº 1.480-3 (medida liminar), do Plenário do Supremo Tribunal Federal. Requerentes: Confederação Nacional do Transporte – CNT e Confederação Nacional da Indústria – CNI. Requeridos: Presidente da República e o Congresso Nacional. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 4 de setembro de 1997. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/frame.asp?classe=ADI-MC&processo=1480&cod_classe=555>. Acesso em 7 jan. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 72.131, do Plenário do Supremo Tribunal Federal. Paciente: Lairton Almagro Vitoriano da Cunha. Impetrante: Marcello Ferreira de Souza Granado. Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Interessado: Sateplan Consórcios Ltda. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 23 de novembro de 1995. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/frame.asp?classe=HC&processo=72131&origem=IT&cod_classe=349>. Acesso em: 16 fev. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário* nº 80.004, do Plenário do Supremo Tribunal Federal. Recorrente: Belmiro da Silveira Goes. Recorrido: Sebastião Leão Trindade. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque. Brasília, 1 de junho de 1977. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/frame.asp?classe=RE&processo=80004&origem=IT&cod_classe=437>. Acesso em: 16 fev. 2004.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição federal anotada*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Constituições dos países do Mercosul*. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *A Constituição Federal comentada*. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: José Konfino, 1956. v. 3.

DALLARI, Pedro. *Constituição e relações exteriores*. São Paulo: Saraiva, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1.

FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GRAHAM, Marisa Adriana; VEGA, Juan Carlos (Dir.). *Jerarquía constitucional de los tratados internacionales*. Buenos Aires: Astrea, 1996.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

_____. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 167, p. 93-114, jul./set. 2005.

_____. *Coletânea de direito internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. (Coleção RT- mini códigos).

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito constitucional internacional*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MOURÃO, Priscila Pádua. Depositário infiel. *Revista Consulex*, Brasília, v. 1, n. 26, p. 38-41, fev. 1999.

NOGUEIRA DA SILVA, Paulo Napoleão. *Constituição e sociedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Manual de direito internacional público*. 3. ed. rev. e aum. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

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

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

_____. *Direito internacional público: curso elementar*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais, a reforma do Judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: notas em torno dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição de 1988. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 1, p. 59-88, jan./mar. 2006.

_____. Valor de alçada e limitação do acesso ao duplo grau de jurisdição: problematização em nível constitucional, à luz de um conceito material de direitos fundamentais. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 66, p. 85-130, mar. 1996.

SENADO FEDERAL. *Constituição do Brasil e constituições estrangeiras*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1987. v. 1.

_____. *Constituição do Brasil e constituições estrangeiras*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1987. v. 2.

_____. *Constituições brasileiras*. Brasília: Senado Federal, Centro de Estudos Estratégicos, 2003. 7. v.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1991.