

# TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS ANTERIORES À EMENDA CONSTITUCIONAL 45: O PROBLEMA DO STATUS NORMATIVO

Weliton Carvalho\*

*Já que não é da linguagem dizer tudo*

Ferreira Gullar

## RESUMO

O presente trabalho tem por escopo discutir o grau hierárquico dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos com enfoque especial aqueles que foram aprovados antes da Emenda

\* Professor adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Maranhão (UFMA); mestre e doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE); coordenador de Pesquisa do Núcleo Interdisciplinar de Estudos em Educação e Direitos Humanos - NiEDH/UFMA; especialista em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP); ex-professor da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP); professor da Escola Superior da Magistratura do Estado do Maranhão (ESMAM); coordenador do Núcleo da Escola Superior da Magistratura do Estado do Maranhão sediado em Imperatriz-MA; membro do Instituto Pernambucano de Direito Comparado; membro da Academia Maranhense de Letras Jurídicas; membro da Academia Brasileira de Direito Constitucional; magistrado.

Constitucional 45. O tema tem sua importância exatamente porque a inteligência do § 2º do art. 5º da Constituição Federal nunca foi unânime no sentido de se reconhecer aos tratados internacionais de direitos humanos a dignidade constitucional. O § 3º do mesmo dispositivo, introduzido pela mencionada Emenda 45, estabeleceu a necessidade dos tratados internacionais de direitos humanos serem aprovados com quorum de emenda constitucional para atingirem o altiplano do ordenamento jurídico. Acontece, porém, que o poder de reforma deixou de explicitar a situação dos tratados internacionais de direitos humanos aprovados antes da Emenda 45.

**Palavras-chave:** Tratados internacionais de direitos humanos. Dignidade constitucional. Emenda constitucional.

## ABSTRACT

This work has the purpose to discuss the hierarchical ranking of international treaties that deal with human rights with special focus on those that were approved before the Constitutional Amendment 45. The theme has its importance precisely because the intelligence of § 2 of art. 5 of the Federal Constituição never been unanimous in order to recognize the human rights treaties to constitutional dignity. The § 3 of the same device, introduced by that Amendment 45 established the need for international human rights treaties be approved with a quorum of a constitutional amendment to reach the plateau of the legal system. But happens, that the power reform failed to explain the situation of human rights treaties approved before to Amendment 45.

**Keywords:** International human rights treaties; constitutional dignity; constitutional amendment.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo terá por objetivo central discutir o nível hierárquico dos tratados internacionais de direitos fundamentais que

foram aprovados antes da Emenda 45/2004. A questão se alimenta das possibilidades hermenêuticas ofertadas pela dicção do art. 5º, § 2º da Constituição Federal e foi reacendida com a introdução do § 3º ao mesmo dispositivo, por ocasião da referida emenda constitucional.

Ao trazer à pauta a discussão com algum proveito para o avançar do conhecimento, pareceu oportuno revisitar os conceitos de direitos fundamentais e direitos humanos. Em seguida, revelar as possíveis interpretações do art. 5º, § 2º do Texto Constitucional. Neste diapasão, faz-se indispensável a repercussão hermenêutica da Emenda Constitucional n. 45 quanto a problemática da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos na atual conjuntura do ordenamento jurídico brasileiro, visto que este exercício do poder de reforma tornou-se paradigmático para a arquitetura constitucional no que se refere a esta alta indagação jurídica.

Chegando-se a este ponto, impõe-se o estudo dos tratados internacionais de direitos humanos em face da Emenda Constitucional n. 45 a fim de se avaliar a repercussão desta na definição hierárquica daqueles.

O problema da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos reclama uma meditação ainda mais aprofundada sobre a possibilidade ou não do poder de reforma inserir direitos fundamentais com a dignidade de cláusulas pétreas tal qual o fez o poder constituinte.

Tem-se, pois, uma situação complexa que exige do exegeta sensibilidade e consciência das implicações do equacionamento assumido e se a engenharia do seu raciocínio guarda coerência com a arquitetura erigida pela essência do modelo constitucional eleito. Note-se, por derradeiro, que a polêmica sobre o *status* dos tratados internacionais de direitos humanos não se encerra em questão acadêmica, mas com repercussão prática de grande monta, principalmente quando se percebe que a expansividade dos direitos fundamentais por meio de tratados internacionais amplia o bloco das cláusulas pétreas, significando, portanto, que nesta hipótese, tais direitos não mais poderiam ser suprimidos do texto constitucional.

## **DISTINÇÃO: DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS**

Talvez resida nas ditas ciências sociais a maior visibilidade de quanto é difícil estabelecer a precisão terminológica na linguagem pretensamente científica. Exatamente por isso, Karl Larenz<sup>1</sup> afirma que a linguagem vulgar quase nunca produz um sentido unívoco para os significantes. Em verdade, é ontológico à linguagem coloquial expandir os significados para um mesmo significante. A esta problemática não foge o tema dos direitos fundamentais. Há, aqui – ao menos – que se reconhecer a dificuldade em se precisar a terminologia dos direitos fundamentais e dos direitos humanos.

Três correntes se posicionam a fim de distinguir direitos fundamentais de direitos humanos. Para a primeira delas, direitos fundamentais seriam aqueles assegurados na Constituição do Estado e direitos fundamentais exatamente os que fossem esculpido no âmbito dos tratados internacionais. Neste sentido é que Antonio E. Perez Luño<sup>2</sup> declina que os direitos humanos são fontes deontológicas – só conhecendo o plano positivo no âmbito dos tratados internacionais – e os direitos fundamentais aqueles que habitam a Constituição de determinado Estado.

Não se demora em concluir que essa classificação é criticável por eleger por critério substrato meramente formal. Já em Aristóteles<sup>3</sup> a definição como exercício da precisão terminológica reclamava a causa material, oportunidade em que o pensador helênico indagava do que era feito o objeto analisado, vale dizer: qual a essência o ente em observação.

Em sede de direitos fundamentais ou direitos humanos, não será o local de seus respectivos assentamentos que irá dizer sobre a antologia de suas respectivas essências. Um direito humano não será outra coisa a depender do documento em que se encontra. Não é propriedade de a forma transmutar a natureza das coisas. Ao deixar o documento internacional e ingressar no âmbito constitucional que passa de direito humano a direito fundamental. Por isso não resta outra alternativa, a não ser rejeitar o aludido critério diferenciador.

O segundo critério eleito para diferenciar direitos fundamentais de direitos humanos parte de um critério tautológico, ao afirmar que estes são direitos inerentes ao ser humano e que aqueles se plasam em decorrência de determinado momento histórico.

Por evidente que o segundo critério também não se desincumbe com êxito da tarefa que se propõe, por dois motivos: utiliza-se de uma tautologia primária ao afirmar que os direitos humanos são direitos do homem e consagra historicidade apenas aos direitos fundamentais. Norberto Bobbio se rebela diante deste critério ao afirmar:

Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.<sup>4</sup>

Por evidente toda razão assiste a Norberto Bobbio, pois não há, de fato, caráter absoluto dos direitos humanos nem, a rigor, dos direitos fundamentais. Todo direito é um construído ao longo da história permeado pela desenvolvimento da civilização.

Com acerto, a terceira corrente dispõe que a relação entre os direitos fundamentais e os direitos humanos se verifica num plano de gênero para espécie. Nessa engenharia das ideias, os direitos fundamentais compõem o gênero no qual se agregam os direitos humanos como espécie. O critério diferenciador das duas categorias vai repousar na titularidade e capacidade de fruição. Há direitos que podem ser usufruídos tanto por pessoas humanas quanto por pessoas ditas jurídicas (ex. o direito de propriedade). Por outro turno, outros direitos somente podem ser exercidos pela pessoa humana {ex. liberdade de crença religiosa}.

Ao que parece este terceiro critério é o mais plausível para a clareza terminológica e diferenciação entre direitos fundamentais e direitos humanos. E sua importância pragmática reside em se verifica que os tratados internacionais asseguram tanto direitos humanos quanto

direitos fundamentais. Afinal o plexo de direitos fundamentais toca ao homem sempre como sujeito mediato, embora os estudos jurídicos, via de regra, somente enfoquem tais direitos tomando o ser humano numa perspectiva imediata. Desse modo não é difícil perceber que os tratados internacionais que cuidam do substrato aqui anunciado têm importância visceral no equacionamento das relações sociais vinculadas pelo fenômeno jurídico.

Registre-se, no entanto, que apesar da defesa da terminologia em favor de *direitos fundamentais* como a mais consentânea com o rigor dos significantes, tomar-se-á a locução *tratados internacionais de direitos humanos*, por ser sido ela consagrada no meio acadêmico. E – entenda-se aqui – que uma dissidência seria inócua e tumultuaria ainda mais o conserto da precisão terminológica sobre a temática.

## INTELIGÊNCIA DO § 2º DO ART. 5º DA CF

A polêmica que envolve a inteligência do § 2º do art. 5º da Constituição Federal – que é o ponto de partida da alta indagação no constitucionalismo pátrio para se delimitar o grau normativo dos tratados internacionais de direitos humanos – ganha importância desde o estudo historiográfico do conteúdo do aludido dispositivo. Lembre-se de que Antonio Augusto Cançado Trindade, por ocasião de audiência pública na subcomissão dos direitos e garantias individuais, em 29 de abril de 1987, avocou para si a proposta de inserir o referido dispositivo na Constituição que estava sendo elaborada.

Seria de todo indicado, para concluir, recordando uma vez mais a compatibilização entre esses tratados e o direito interno, que a nova Constituição explicitasse, dentre os princípios que regem a conduta do Brasil nos planos nacional e internacional, a promoção e a proteção dos direitos humanos, entendidos estes como abrangendo tanto os consagrados na própria Constituição ou os decorrentes do regime democrático que ela estabelece, quanto os consagrados nos tratados humanitários de que

o Brasil é Parte e nas declarações internacionais sobre a matéria de que o Brasil é signatário.<sup>5</sup>

Se não resta dúvida de que a intenção do proponente foi de assegurar status de norma constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, a redação consumada no texto jurídico deixa sérias dúvidas. Exatamente por isso, utilizou-se como epígrafe o verso de Ferreira Gullar,<sup>6</sup> que constata ser a linguagem construção cultural falha, exatamente porque imperfeito seu próprio inventor.

Não resta dúvida de que o cerne do equacionamento entre o poder e a sociedade nos dias atuais reside na concretização da dignidade humana. Por assim perceber, Flávia Piovesan<sup>7</sup> propõe uma hermenêutica sistêmica e teleológica do texto constitucional, invocando a força expansiva dos valores da dignidade humana e o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais para defender a natureza materialmente constitucional dos direitos humanos inseridos nos tratados internacionais.

Talvez tenha sido José Joaquim Gomes Canotilho quem melhor delimitou os contornos da máxima efetividade ao afirmar que “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia que lhe dê”.<sup>8</sup> Estabelece-se aqui, aquilo que já ficou consignado pelo próprio professor lusitano de concretização das normas constitucionais.

Acontece, porém, que a tese da natureza materialmente constitucional não se encontra tranqüila, isto porque desde a primeira Constituição republicana – por ocasião do seu art. 78 – os direitos fundamentais foram reconhecidos como expansão do regime político e dos princípios consagrados no altiplano do ordenamento jurídico.<sup>9</sup>

Em verdade, o art. 78 da Constituição brasileira de 1891 deriva do IX aditamento à Constituição dos Estados Unidos da América, de 1791. Na qualidade de mentor intelectual da aludida Carta, ninguém melhor que Ruy Barbosa para comentar o referido dispositivo e, ao fazê-lo, evidenciou o caráter hermenêutico da sua dicção.

A Constituição (como qualquer outro texto de lei) não estatue somente o que reza em termos explícitos o seu texto, senão também o que nelle implicitamente se

abrange e o que necessariamente se segue da essência das suas disposições. Regra é de interposição, dizem os juizes americanos, regra é de interpretação que *o que está implícito numa norma legislativa, della tão realmente é parte, quanto o que na sua letra está expresso.*

*“It is a rule of construction that which is implied in a statute is as much a part of it as what is expressed”* (CAMPBELL BLACK: *Construction and Interpretation of Laws*, n. 33, pg. 62).<sup>10</sup>

Sendo impossível a Constituição declinar todos os direitos fundamentais existente no ordenamento jurídico, indicou neste dispositivo que outros tantos que com ele sejam compatíveis, principalmente quando derivados da forma de governo – para utilizar a literalidade do constituinte pátrio de 1891 – e dos princípios constitucionais têm validade na ordem normativa estabelecida. Nesse sentido, lembra Carlos Maximiliano de que “nenhuma inovação se tolera em antagonismo com a índole do regime, nem com os princípios firmados pelo código supremo”.<sup>11</sup>

João Barbalho Uchoa Cavalcanti estabelece com precisão os contornos do art. 78 da Constituição brasileira de 1891.

Esta disposição é similar da que se contém na Emenda IX das addicionaes à constituição dos Estados Unidos Norte-Americanos, e foi ahi estabelecida, dizem os commentadores, como cautela contra a má applicação da máxima demasiado repetida, que uma afirmação em casos particulares importa negação de todos os mais e vice-versa.

Tendo a Constituição mencionado taes e quaes direitos e garantias como pertencentes aos indivíduos, aos cidadãos, ao povo, poder-se-ia concluir que outros direitos e garantias não lhes são reconhecidos, visto não se acharem expressos no texto constitucional (Inclusio unius exclusio alterius). Para afastar essa falsa conclusão, a Constituição declara que a enumeração n’ella feita quanto a direitos e garantias não deve ser tida com suppressiva de outros não mencionados, os quaes ficam subsistentes, uma vez que sejam decorrentes da fórma de governo que ella estabelece e dos princípios que consagra.<sup>12</sup>

Com estas intervenções, pode-se observar que a afirmativa de contemplar o art. 5º, § 2º da Constituição os tratados internacionais de direitos humanos como conteúdo materialmente constitucional é passiva de contestação, mormente com o advento do § 3º agregado ao mesmo art. 5º em decorrência da Emenda Constitucional n. 45. Neste sentido, Elival da Silva Ramos<sup>13</sup> observa que reconhecer nos tratados internacionais direitos e garantidas fundamentais não autoriza recepcioná-los como normas de hierarquia constitucional.

Uma nota digna de revelação consiste em se registrar que a tese do nível constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos sofre do problema da autoafirmação. Flávia Piovesan<sup>14</sup>, por exemplo, busca apoio em José Joaquim Gomes Canotilho<sup>15</sup> para sustentar a dignidade máxima de tal espécie de tratados internacionais, asseverando que o art. 16 da Constituição portuguesa de 1976 tem conteúdo equivalente ao art. 5º, § 2º da Carta brasileira em vigor.

No entanto, o próprio José Joaquim Gomes Canotilho demonstra a possibilidade de dupla interpretação para o art. 16 da Constituição portuguesa. No seu entendimento, os direitos fundamentais não formalmente constitucionais ou “formam parte do bloco de constitucionalidade ou são direitos autônomos não-reentrantes nos esquemas normativo-constitucionais, e, nessa medida, entrarão no bloco da legalidade, mas não no da constitucionalidade”.<sup>16</sup>

A rigor, percebe-se em Portugal a carência de uma interpretação consolidada sobre a temática da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos. Exatamente por isso, José Joaquim Gomes Canotilho<sup>17</sup> faz uma defesa seletiva em favor de alguns tratados internacionais tais como a Convenção Européia dos Direitos do Homem, Pacto Internacional Sobre Direitos Cíveis e Políticos e Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Chame-se a atenção para o fato de que a literatura portuguesa divide o nível hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos em supralegal e legal. Vê-se que a literatura jurídica predominante em Portugal considera os tratados internacionais [inclusive os que versam sobre direitos humanos] em posição de infranconstitucionalidade. Significa isto dizer que Joaquim José Gomes Canotilho é partidário mais próximo da tese da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e não da equiparação destes com as normas constitucionais.

Também Valério de Oliveira Mazzuoli<sup>18</sup> tenta se apoiar em Jorge Miranda<sup>19</sup> para defender a tese da constitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos. Todavia não se pode deduzir do texto de Jorge Miranda que ele sustenta a paridade dos tratados internacionais de direitos humanos e as normas da Constituição portuguesa. Por oportuno, registre-se que Jorge Miranda apresenta duas ressalvas que traduzem limites de expansividade dos tratados internacionais [mesmo os de direitos humanos] no ordenamento jurídico lusitano. Em primeiro, afirma peremptoriamente que a eles não se aplica o regime orgânico da Carta Magna nem os limites da revisão constitucional. Em segundo, argumenta que não podem ser considerados direitos fundamentais todos os que derivam de tratados internacionais: somente os análogos aos do texto constitucional ou aqueles derivados dos seus princípios. Em terceiro, observa que, à lei portadora de direito fundamental deve ser aplicado o regime dos direitos, liberdades e garantias estabelecido na Constituição portuguesa.

Flávia Piovesan<sup>20</sup> argumenta, ainda, em prol da tese da hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos o fato de serem estes dotados de uma força obrigatória denominada *jus cogens*.<sup>21</sup> Por evidente que existe norma endógena aos tratados internacionais reconhecida e aceita pela comunidade internacional como obrigatória e que não aceita derrogação. Acontece, porém, que este paradigma não é suficiente para se sustentar que os direitos humanos devem ser reconhecidos na ordem interna no mesmo patamar das normas constitucionais ou superiores a elas.

Muito a propósito Enrique Ricardo Lewandowski afirma que em sede de Direito das gentes, o Estado é detentor do *legibus solutus*, deixando patente que o Estado pode romper com as normas de Direito Internacional quando estas lhe ameaçar a sobrevivência, isto porque o *pacta sunt servanda* “subordina-se, em verdade, à vontade do Estado, que decide soberanamente sobre a conveniência de sua vinculação às normas internacionais”.<sup>22</sup>

Em assim, nem mesmo se admitindo que a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II, da CF) seja norma *jus cogens* albergada no altiplano da ordem jurídica pátria, inviável afirmar apenas por esta

razão que os tratados internacionais sobre direitos humanos ocupam esse mesmo patamar hierárquico.

Defende-se aqui a tese segundo a qual a inteligência do § 2º do art. 5º da Carta Magna revela a supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos. Este entendimento teve suas balizas estabelecidas pelo engenho do Min. Sepúlveda Pertence.<sup>23</sup>

Por evidente que mesmo sem tal procedimento, os tratados internacionais de direitos humanos concretizam realidade normativa de nível supralegal. A premissa inaugural da presente tese é exatamente a superioridade do texto constitucional em face dos tratados internacionais de direitos humanos, inclusive porque estes são passíveis de controle de constitucionalidade. A Carta Magna é ponto de inflexão válido para a recepção dos tratados internacionais de qualquer natureza. Significa isto dizer que toda a produção legislativa deve obediência aos ditames da Constituição.

Por outro turno, a dicção do art. 4º, II, da Constituição Federal estabelece que o compromisso de dar prevalência ao tema dos direitos humanos. Se assim o é, por consequência lógica, o tratado internacional de direitos humanos não pode se equiparar ao mesmo grau das leis, mas, antes, superá-las em hierarquia, atingindo a supralegalidade.

## **EMENDA 45: REAFIRMAÇÃO DE PARADIGMA**

A Emenda Constitucional n. 45 se destinou a reformar a estrutura da função jurisdicional do Poder e, curiosamente, estabeleceu um novo parâmetro para tentar dirimir o problema hermenêutico do art. 5º, § 2º da Carta Magna. Exatamente com este mister foi introduzido o § 3º ao mesmo art. 5º da Constituição Federal em vigor.<sup>24</sup>

Ao que parece, o reformador da Constituição estabeleceu que somente por intermédio de procedimento equivalente às emendas constitucionais podem os tratados internacionais ingressarem com a dignidade máxima no ordenamento brasileiro. Conforme Celso Lafer,<sup>25</sup> a norma extraída do comando do art. 5º, § 3º da Constituição Federal é “lei interpretativa destinada a encerrar as controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias suscitadas pelo §2º do art. 5º”.

Deve-se registrar, contudo, que o § 3º do art. 5º não foi construído como simples adendo interpretativo do § 2º do mesmo dispositivo constitucional. A rigor, o § 3º reafirma o paradigma no sentido de atribuir hierarquia infranconstitucional aos tratados de direitos humanos. Observa-se com este novel dispositivo qual a verdadeira vontade da Constituição, inclusive baseada na historiografia dos limites atribuídos a denominada cláusula aberta de direitos fundamentais, que se inaugurou no Brasil com o art. 78 da Constituição de 1891 inspirando-se na Emenda n. 9 à Constituição norte-americana de 1787.

O § 3º do art. 5º da Carta Magna demonstra os contornos exatos do § 2º do mesmo comando, limitando-se as suas possibilidades de interpretação. A hermenêutica do § 2º para os que defendem o grau constitucional dos tratados de direitos humanos tem por critério a matéria objeto desses instrumentos internacionais. De outra banda, o § 3º reclama a combinação dos critérios material e formal para reconhecer tais tratados internacionais com dignidade ápice no ordenamento jurídico brasileiro.

Tanto isso é verdade que o próprio Valério de Oliveira Mazzuoli<sup>26</sup> reconhece as dificuldades que o § 3º impôs aos defensores da tese da incorporação automática e da constitucionalidade dos tratados internacionais. No entanto, o autor continua a defender a tese da hierarquia constitucional dos tratados internacionais, exatamente por advogar que com o advento da Emenda Constitucional n. 45 a Carta Magna reconheceu que os tratados internacionais de direitos humanos são dotados de materialidade constitucional, em assim o § 3º do art. 5º simplesmente reclama a formalização desta realidade.<sup>27</sup>

Flávia Piovesan<sup>28</sup> também passou a defender essa mesma posição. Acontece, porém, que este entendimento esbarra em duas dificuldades: em primeiro, parte da premissa de a Constituição prestigia ontologicamente os tratados internacionais de direitos humanos. Nessa construção, os tratados internacionais de direitos humanos seriam ontologicamente forjados de matéria constitucional. É plausível se observar que a Emenda Constitucional n. 45 nega essa premissa, ao instituir outra: o tratado internacional de direitos humanos, para alçar o *status* constitucional, necessita ser aprovado com o *quorum* de emenda à Carta Magna. Em assim, o poder de reforma explicitou que os tratados

internacionais somente podem adquirir a dignidade constitucional se aprovados por emenda à constituição. Em outros termos: o poder reformador combinou o ser [tratado internacional] com o dever ser [aprovação com quorum qualificado]. O binômio matéria [tratado internacional] e forma [aprovação com quorum de emenda] resulta na aquisição da dignidade constitucional dessa espécie normativa.

Ademais, esse paradigma utilizado por Valério de Oliveira Mazzuoli e Flávia Piovesan parte de um paradigma superado: a dicotomia existente entre norma material e formalmente constitucional. A tendência consagrada no século XIX foi no sentido de verificar a expansividade da matéria constitucional. Não por outro motivo, lembra Jorge Miranda<sup>29</sup> que “a Constituição material comporta (ou dir-se-ia comportar) qualquer conteúdo”. Significa isto dizer que a matéria eleita pelo poder constituinte é materialmente constitucional, não se pode olvidar que a construção do ápice juspolítico do Estado resulta do evoluir civilizatório da sociedade. Afinal, as Constituições têm por missão precípua atualizar o Estado em face dos reclames sociais.

Não fica, portanto, difícil concluir que o tratado internacional de direitos humanos somente pode ser tomado com dignidade materialmente constitucional se o for no âmbito formal. Em síntese: para um tratado sobre direitos humanos ingressar no ordenamento jurídico brasileiro com grau de norma constitucional, exige-se que tenha sido aprovado com o quorum de emenda à Constituição.

Ao se pensar de modo contrário, o § 3º do art. 5º da Carta Magna seria um apêndice: um adorno normativo. Dessa forma o § 2º do art. 5º deve ser lido em consonância com o § 3º do mesmo dispositivo. Ao se pensar de modo contrário, teria que admitir duas categorias de tratados internacionais de direitos humanos: a primeira representada pelos tratados internacionais de direitos humanos materialmente constitucionais e os tratados internacionais de direitos humanos material e formalmente internacionais.

A pergunta que parece pertinente seria: que sentido prático teria em nível constitucional se formalizar aquilo que materialmente já o fosse reconhecido pela carta como norma de essência máxima do ordenamento jurídico? Não parece dispor a presente dicotomia de aparato lógico mínimo para se aceitar a sua existência. Em assim:

ou os tratados internacionais de direitos humanos gozam de status constitucionais por si mesmo, ou somente o gozam se aprovados com o quorum de emenda. O que parece inviável admitir é o fato da Constituição formalizar como constitucional aquilo que já o seria em essência, vale dizer, em matéria por ela mesma eleita.

Pelas razões aqui expostas se vislumbra que a Emenda Constitucional n. 45 somente explicitou o que já estava consagrado pelo poder constituinte: os tratados internacionais somente gozam de hierarquia constitucional se aprovados pelo rito próprio das emendas à Carta Magna. Em não recebendo a aprovação qualificada pelo quorum diferenciado, tais instrumentos normativos se incorporam ao ordenamento jurídico pátrio com dignidade infraconstitucional, mas portando o nível de supralegalidade.

## **EMENDA 45 E REPERCUSSÃO TEMPORAL PRETÉRITA**

Com o advento da Emenda Constitucional n. 45, várias questões se apresentaram tendo por pano de fundo a problemática do nível hierárquico dos tratados internacionais. Dentre elas, a que indaga sobre o nível hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos anteriores à Emenda Constitucional n. 45.

A propósito desta polêmica, três correntes se formaram. A primeira delas advogando o entendimento que os tratados internacionais de direitos humanos aprovados antes da Emenda Constitucional n. 45 gozam de status legal. A outra corrente sustenta que os tratados internacionais de direitos humanos que já tinham sido apreciados pelo Congresso Nacional ingressaram na ordem jurídica com nível supralegal. Finalmente a terceira corrente que percebe a dignidade constitucional de tais instrumentos internacionais.

A defesa da primeira corrente em considerar os tratados internacionais de direitos humanos com o mesmo status de lei reside na exigência do § 3º do art. 5º da Carta Magna em exigir quorum qualificado para recebê-los com dignidade constitucional. Mesmo quem concebe a envergadura constitucional de tais tratados vislumbra razoabilidade deste entendimento.<sup>30</sup>

Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco<sup>31</sup> observam que os tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados anteriormente à promulgação da Emenda Constitucional n. 45, sem o quorum qualificado, não podem ser considerados portadores de normatividade constitucional. Em assim, pela interpretação sistêmica do ordenamento constitucional que erigiu a pessoa humana como paradigma motriz, os tratados internacionais de direitos humanos anteriores ao advento do § 3º ao art. 5º da Carta Magna se estabelecem com o grau de supralegalidade.

Ademais como lembra José Carlos Francisco,<sup>32</sup> a recepção constitucional (constitucionalização) e desconstitucionalização somente existem em face de autorização da Carta Magna. A recepção material ocorre exatamente pela compatibilidade da norma infraconstitucional com o novo fundamento de validade indicado pela nova ordem constitucional. Já a desconstitucionalização se verifica entre a norma constitucional revogada e o comando-ápice que ocupa o referencial máximo da ordem jurídica nacional. Tais instrumentos são estranhos à Emenda Constitucional n. 45 por falta de absoluta previsão. Em rigor, a Emenda Constitucional n. 45 recepcionou os tratados internacionais de direitos humanos na hierarquia supralegal.

Valério de Oliveira Mazzuoli<sup>33</sup> agrega à tese do nível constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos aprovados antes da Emenda Constitucional n. 45 a ideia de que tais instrumentos não se submeteriam aos seus ditames pela regra *tempus regit actum*, vez que em sede do altiplano jurídico, as normas, via de regra, não gozam de efeito *ex tunc*. Também Paulo Ricardo Schier<sup>34</sup> invoca a mesma tese utilizando-se da simetria do que ocorre no plano do direito infraconstitucional, exemplificando com o direito tributário que teve o seu diploma referencial recepcionado como lei complementar. Registre-se, no entanto, que o próprio autor reconhece a fragilidade de sua tese, ao frisar que é problemático transportar “um princípio de direito infranconstitucional para a compreensão de enunciado constitucional”.<sup>35</sup>

Deve-se, ademais, estabelecer que antes da Emenda Constitucional n. 45 não havia uma interpretação uniforme com relação ao art. 5º, § 2º da Carta Magna. De tal modo que não se pode afirmar de modo

peremptório no sentido de ter se reconhecido o nível constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos aprovados antes da aludida emenda. Em assim, mesmo se afastando a incidência do § 3º do art. 5º da Constituição Federal aos tratados internacionais de direitos humanos aprovados antes do advento da Emenda Constitucional n. 45 não é possível afirmar que tais instrumentos gozariam de *status* constitucional.

Assim, a tese da dignidade constitucional com relação aos tratados internacionais de direitos humanos tem que romper com uma lógica elementar: se o reformador da Constituição exigiu o *quorum* qualificado para recepcionar os tratados internacionais de direitos humanos e silenciou quanto aos aprovados antes da Emenda Constitucional n. 45, é de se concluir que não gozam estes do mesmo *status* normativo. Por evidente que o tratado internacional de direitos humanos aprovado antes da Emenda Constitucional n. 45 não pode ter o mesmo patamar de dignidade que os posteriormente apreciados que alcançarem o *quorum* qualificado. E isso se afirma pela falta de consenso sobre a dicção do § 2º do art. 5º da Carta Magna.

Curioso é verificar que Valério de Oliveira Mazzuoli – mesmo contrário a incidência do § 3º do art. 5º da Carta Magna aos tratados internacionais pretéritos – deixa transparecer a fragilidade da tese da constitucionalidade de tais documentos ao expor a melhor inteligência do dispositivo.

O § 3º do artigo 5º, contudo, não faz nenhuma ressalva quanto aos compromissos assumidos pelo Brasil, anteriormente, em sede de direitos humanos, bem como em nenhum momento induz ao entendimento de que estará regendo situações pretéritas. O que aparentemente ele faz e tão-somente permitir que o Congresso Nacional, a qualquer momento (antes de sua ratificação ou mesmo depois desta) atribua aos tratados de direitos humanos o caráter de emenda constitucional. Em tese, nada obsta que o referido § 3º seja também aplicado em relação aos tratados ratificados anteriormente à entrada em vigor da Emenda nº 45, o que faz com que a tese acima desenvolvida perca validade.<sup>36</sup>

Trata-se de raciocínio estribado na mais elementar lógica. Se o poder de reforma decidiu inserir dispositivo disciplinando o procedimento para o ingresso de tratados internacionais sobre direitos humanos ao *status* de norma constitucional, razoável é se imaginar que os tratados sobre a mesma temática possam ser submetidos ao novel procedimento, inclusive para se evitar contradições, consoante aponta Flávia Piovesan.<sup>37</sup> Em verdade, a autora defende a tese segundo a qual os tratados internacionais de direitos humanos pretéritos à Emenda Constitucional n. 45 fossem recepcionados como lei federal e os outros apenas porque aprovados com *quorum* qualificado, atingissem o nível constitucional.

Muito embora não se concorde com a tese da constitucionalidade dos tratados internacionais tal como defendida pela autora, não se pode deixar de reconhecer a procedência do raciocínio defendido no que se refere a uma lógica procedimental. O princípio da razoabilidade não informa apenas o exegeta quando da interpretação e aplicação do direito, mas igualmente ao elaborador das normas jurídicas. O poder legislativo deve estar atento às antinomias na produção das regras deles oriundas. E este caso parece emblemático: se um tratado internacional de direitos humanos com caráter subsidiário é aprovado com *quorum* qualificado, espera-se pela mais elementar regra de lógica que o documento principal receba o mesmo beneplácito. Frise-se, apenas, que o argumento de Flávia Piovesan não inviabiliza a tese da possibilidade de se submeter os tratados internacionais de direitos humanos a nova votação de acordo com o postulado no § 3º do art. 5º da Constituição Federal.

Não se discute que os tratados internacionais [mesmo os de direitos humanos] ocupem a esfera da infraconstitucionalidade. Essa premissa está estampada na dicção do art. 102, III, b, da Carta da República. Em assim, a denominada cláusula aberta dos direitos fundamentais agrega aqueles que se alojam no corpo da Constituição, bem como outros que residem no nível infraconstitucional do ordenamento jurídico pátrio.

Por outro turno, considerar os tratados internacionais de direitos humanos anteriormente submetidos à aprovação antes da Emenda Constitucional n. 45 com a dignidade de lei é amesquinhar

a importância de tais instrumentos em face da leitura constitucional. Não se pode olvidar que a Carta Magna traz a dignidade da pessoa humana para o centro gravitacional do debate sobre a hermenêutica dos direitos fundamentais. Se é verdade que o poder constituinte não deu aos tratados internacionais de direitos humanos uma redação clara sobre o seu *status*, não é menos certo que lhe deu importância temática que não se coaduna com o *status* de lei.

Por outro turno, deve-se assentar que nenhum ruído existe na harmonização do art. 4º, II, com o § 3º do art. 5º, ambos da Constituição Federal em vigor. O fato de o Brasil sustentar a prevalência dos direitos humanos nas suas relações internacionais não autoriza deduzir que os tratados internacionais de direitos humanos ingressam na ordem interna com nível de norma constitucional.

O que parece plausível com relação aos tratados internacionais de direitos humanos aprovados antes do advento da Emenda Constitucional n. 45 é submetê-los a verificação do *quorum* qualificado do art. 5º, § 3º da Carta Magna. Esta aliás foi a solução dada pelo Estado argentino para resolver o problema dos tratados internacionais aprovados antes da reforma constitucional de 1994 do país vizinho.<sup>38</sup>

E registre-se que esta solução é bem mais complicada de se aceitar no caso argentino que no brasileiro. E por quê? Exatamente pelo fato de o poder de reforma argentino indicar, de logo, quais os tratados de direitos humanos que gozariam de *status* constitucional. Em assim, poderia se concluir que, se o tratado internacional sobre direitos humanos que foi aprovado antes da reforma e não recebeu dela a envergadura de norma constitucional, estaria vedado fazê-lo por intermédio do poder de reforma. Bem mais defensável o argumento no caso brasileiro, vez que o § 3º do art. 5º da Constituição silenciou quanto aos tratados internacionais de direitos humanos aprovados antes da aprovação da Emenda Constitucional n. 45.

Em assim, nada impede, antes a lógica recomenda que os tratados internacionais de direitos humanos e pretéritos a Emenda Constitucional n. 45 sejam submetidos ao Congresso Nacional a fim de tentarem atingir o *quorum* qualificado e assumirem a envergadura de norma constitucional.

Esta solução é a que melhor se coaduna com o sistema constitucional. Se por um lado o § 3º do art. 5º da Constituição Federal se traduz em “uma declaração eloqüente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparadas às normas constitucionais”,<sup>39</sup> nada veda que tais tratados possam ser reexaminados pelo Parlamento, ofertando-lhes assim a possibilidade de ingressarem no ordenamento jurídico no mais alto patamar normativo.

## CONCLUSÕES

1. O § 3º do art. 5º da Constituição Federal, fruto da Emenda Constitucional n. 45, tentou trazer harmonia para o sistema constitucional ao estabelecer a necessidade de *quorum* qualificado para que os tratados de direitos humanos ingressem na ordem jurídica com nível constitucional. Antes de tal dispositivo, por uma leitura sistêmica do modelo constitucional implementado pode-se afirmar num concerto entre o prestígio aos direitos humanos e a Constituição como ponto de inflexão do ordenamento que os tratados internacionais de direitos humanos gozam de supralegalidade.

2. Direitos fundamentais e direitos humanos se distinguem por haver entre ambos uma relação de gênero dos primeiros em relação estes estabelecida pelo critério da fruição: há direitos que somente o ser humano é capaz de fruir [p.ex. direitos políticos] outros se destinam ao ser humano e as criaturas jurídicas por ele criadas [p.ex. a propriedade]. Em assim, talvez fosse melhor se rever a terminologia de tratados internacionais de direitos humanos para tratados internacionais de direitos fundamentais.

3. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal é fruto da historiografia constitucional brasileira inaugurada com o art. 78 da primeira Constituição republicana influenciado – por seu turno – pelo IX Ato de Aditamento à Constituição dos Estados Unidos da América, de 1791. Tal ato tinha por núcleo apenas reconhecer outros direitos fundamentais além daqueles consagrados na Carta Magna, mas não lhe reconhecendo o mesmo grau de importância na escala normativa.

4. A Emenda Constitucional n. 45 – ao introduzir o § 3º ao art. 5º da Constituição Federal – estabeleceu um critério formal-material para que um tratado internacional pudesse galgar o altiplano do ordenamento jurídico: primeiro exige que o substrato do documento internacional verse sobre direitos humanos; segundo que o Parlamento o aprove com o mesmo *quorum* de aprovação das emendas constitucionais.

5. Não delimitou o § 3º do art. 5º da Carta Magna sua incidência temporal, não havendo restrição, portanto, para que os tratados internacionais de direitos humanos sejam submetidos ao Congresso Nacional – em nova votação – com o fito de alcançarem ou não o altiplano do ordenamento jurídico.

## REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Metafísica. Pensadores*. Tradução de Vincenzo Cocco [Notas de Joaquim de Carvalho] São Paulo: Victor Civita, 1973. Livro II. v. IV.

BARBOSA, Ruy. *Commentarios á constituição federal brasileira*. São Paulo: Saraiva & Cia, 1934. v. VI.

BOBBIO, Norberto. *L'età dei diritti*. Torino: Giulio Einaudi Editore, 1990.

\_\_\_\_\_. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Editora Campus, 1992.

CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CAVALCANTI, João Barbalho Uchoa. *Constituição Federal Brasileira, 1891: comentada*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2002.

FERREIRA, Gullar. *Em alguma parte alguma*. São Paulo: José Olympio Editora, 2010.

FRANCISCO, José Carlos. Bloco de constitucionalidade e recepção dos tratados internacionais. In: TAVARES, André Ramos (Coord.) et al. *Reforma do judiciário*. São Paulo: Método, 2005. p. 99-105.

GRAHAM, Marisa A.; CAFIERO, Juan Pablo. Tratados sobre derechos humanos. In: \_\_\_\_\_. **Jerarquía constitucional de los tratados internacionales**. Buenos Aires: Astrea, 1996. p. 29-55.

LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos**: constituição, racismo e relações internacionais. Barueri (SP): Manole, 2005.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José de Sousa e Brito; José Antônio Veloso. 2. ed. Lisboa: Fundação Clouste Gulbenkian, 1969.

LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. 6. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1995.

MAXIMILIANO, Carlos. **Commentarios á Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1923.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos, constituição e tratados internacionais**: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

\_\_\_\_\_. O novo § 3º do art. 5º da constituição e sua eficácia. In: GOMES, Eduardo Biacchi; REIS, Tarcísio Hardman. **O direito constitucional internacional após a Emenda 45/04 e os direitos fundamentais**: São Paulo: Lex Editora, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. T. III.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito constitucional**. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. T. IV.

PIOVESAN, Flávia. A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAÚJO, Nadia de. (Org). **Os direitos humanos e o direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 115-138.

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.**  
4 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. Reforma do judiciário e direitos humanos. In: TAVARES,  
André Ramos (Coord.). et al. **Reforma do judiciário.** São Paulo: Método, 2005,  
p. 67-81.

RAMOS, Elival da Silva. Os tratados sobre direitos humanos no direito  
constitucional brasileiro. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT,  
Liliana Lyra (Orgs.). **O STF e o direito internacional dos direitos humanos.**  
São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 146-188.

SCHIER, Paulo Ricardo. Hierarquia constitucional dos tratados internacionais  
de direitos humanos e EC n. 45: aspectos problemáticos. In: CLÈVE, Clèmerson  
Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang & PAGLIARI, Alexandre Coutinho (Coord.).  
**Direitos humanos e democracia.** Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 509-514.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos  
direitos humanos e o Brasil.** 2 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.

## NOTAS

- 1 **Metodologia da ciência do direito.** 2 ed. Lisboa: Fundação Clouste Gulbenkian, 1969, p. 367.
- 2 **Los derechos fundamentales.** 6 ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1995, p. 46-47.
- 3 Metafísica. **Pensadores.** Tradução de Vincenzo Cocco [Notas de Joaquim de Carvalho] São Paulo: Victor Civita, 1973. v. IV. Livro II. p. 242.
- 4 **L'età dei diritti.** Torino: Giulio Einaudi Editore, 1990, p. XIII.  
Texto original: Dal punto di vista teórico ho sempre sostenuto, e continuo a sostenere, confortato da nuovi argomenti, che i diritti dell'uomo, per fondamentali che siano, sono diritti storici, cioè nati in certe circostanze, contrassegnate da lotte per la difesa di nuove libertà contro vecchi poteri, gradualmente, non tutti in una volta e non una volta per sempre. [Tradução para o português de Carlos Nelson Coutinho].
- 5 **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil.** 2 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000, p. 171.

- 6 **Em alguma parte alguma.** São Paulo: José Olympio Editora, 2010, p. 26.
- 7 A constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. In. **Os direitos humanos e o direito internacional.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 130.
- 8 **Direito constitucional e teoria da constituição.** 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 1149.
- 9 Art. 78. A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ella estabelece e dos princípios que consigna [Cf. CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. **Constituições do Brasil.** 10 ed. São Paulo: Atlas, 1989, p. 708 – Mantida a ortografia original].
- 10 **Commentarios á constituição federal brasileira** (v. VI). São Paulo: Saraiva & Cia, 1934, p. 263 [Mantida a ortografia original].
- 11 **Commentarios á constituição brasileira.** Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1923, p. 732-733 [Mantida a ortografia original].
- 12 **Constituição federal brasileira, 1891:** comentada. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2002, p. 344 [Mantida a ortografia original].
- 13 Os tratados sobre direitos humanos no direito constitucional brasileiro. In. **O STF e o direito internacional dos direitos humanos.** São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 164-65.
- 14 **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 85-86.
- 15 **Direito constitucional e teoria da constituição.** 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 856.
- 16 *Ibid*, p. 856.
- 17 **Direito constitucional e teoria da constituição.** 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 765.
- 18 **Direitos humanos, constituição e tratados internacionais:** estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001, p. 240.
- 19 **Manual de direito constitucional** (t. IV). 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 153.

[...] o art. 16, nº 1, da Constituição aponta para um sentido material de direitos fundamentais: estes não apenas os que as normas formalmente constitucionais enunciem; são ou podem ser também direitos provenientes de outras fontes, na perspectiva mais ampla da Constituição material.

Não se depara, pois, no texto constitucional um elenco taxativo de direitos fundamentais. Pelo contrário, a enumeração (embora sem ser, em rigor, exemplificativa) é uma enumeração aberta, sempre pronta a ser preenchida ou completada através de novas faculdades para lá daquelas que se encontrem definidas ou especificadas em cada momento. Daí poder apelidar-se o art. 16, nº 1, de *cláusula aberta* ou de *não tipicidade* de direitos fundamentais.

Não se trata somente dessa possibilidade de integração ou complementação do catálogo constitucional. Trata-se, mais do que isso, de uma manifestação – simétrica da regra do carácter restritivo das restrições de direitos, liberdades e garantias – de um princípio geral do ordenamento jurídico: o princípio da autonomia ou, antes, o princípio da realização da pessoa humana como decorrência imediata da afirmação da sua dignidade. E esse princípio tem por homólogo, em Direito privado, o já citado princípio da tutela geral da personalidade (art. 70º do Código Civil), aproximável ou não (como se entenda) do direito geral à proteção da personalidade de que fala certa doutrina. [*Ibid.*, p. 153].

- 20 **Direitos humanos e o direito constitucional** internacional. 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 96.
- 21 A própria Convenção de Viena fornece o conceito de *jus cogens* nos seguintes termos:  

Artigo 53. Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*). É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.
- 22 **Proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 140-41.
- 23 A tese da supralegalidade foi sustentada pelo autor quando da defesa de sua tese doutoral em fevereiro de 2004, em Defesa junto à Faculdade de

Direito do Recife. Registre-se que o núcleo da tese partiu do voto do Min. Sepúlveda Pertence no Recurso Ordinário do Habeas Corpus nº 79.785-7 Rio de Janeiro. Como se pode constatar, a tese foi defendida antes do advento da Emenda Constitucional n. 45, que ocorreu em Dezembro daquele mesmo ano.

24 Art. 5º [...]

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

§ 3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45/2004).

25 **A internacionalização dos direitos humanos:** constituição, racismo e relações internacionais. Barueri (SP): Manole, 2005, p. 16.

26 O novo § 3º do art. 5º da constituição e sua eficácia. In **O direito constitucional internacional após a Emenda 45/04 e os direitos fundamentais:** São Paulo: Lex Editora, 2007, p. 167.

27 Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 779-92.

28 **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 74.

29 **Manual de direito constitucional** (t. II). 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 11.

30 Cf. FRANCISCO, José Carlos. Bloco de constitucionalidade e recepção dos tratados internacionais. In. **Reforma do judiciário**. São Paulo: Método, 2005, p. 103.

31 **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 664-66.

32 Bloco de constitucionalidade e recepção dos tratados internacionais. In. **Reforma do judiciário**. São Paulo: Método, 2005, p. 103-104.

33 O novo § 3º do art. 5º da constituição e sua eficácia. In **O direito constitucional internacional após a Emenda 45/04 e os direitos fundamentais:** São Paulo: Lex Editora, 2007, p. 184-85.

- 34 Hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos e EC n. 45: aspectos problemáticos. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang & PAGLIARI, Alexandre Coutinho (Coord.). **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 511-12.
- 35 *Ibid.*, p. 394.
- 36 O novo § 3º do art. 5º da constituição e sua eficácia. In **O direito constitucional internacional após a Emenda 45/04 e os direitos fundamentais**: São Paulo: Lex Editora, 2007, p. 185.
- 37 Reforma do judiciário e direitos humanos. In. TAVARES, André Ramos (Coord.) et al. **Reforma do judiciário**. São Paulo: Método, 2005, p. 72.
- 38 Cf. GRAHAM, Marisa A.; CAFIERO, Juan Pablo. Tratados sobre derechos humanos. In. **Jerarquía constitucional de los tratados internacionales**. Buenos Aires: Astrea, 1996, p. 53.
- 39 Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 659.

Artigo recebido em: 03/12/2010

Aprovado para publicação em: 13/12/2010