ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

OS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS E SUA UTILIZAÇÃO COMO PARÂMETRO DE AFERIÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DAS NORMAS

TREATIES AND CONVENTIONS ON HUMAN RIGHTS AND THEIR USE AS A PARAMETER OF MEASUREMENT OF THE MATERIAL CONSTITUTIONALITY OF LAWS

Luiz Felipe Monteiro Seixas*

RESUMO: As alterações estruturais realizadas pela Emenda Constitucional nº 45/2004 na Constituição Federal de 1988 foram de tal proporção que, ainda hoje, são objeto de estudo dos constitucionalistas. Dentre as mudanças empreendidas, destaca-se a criação do parágrafo 3º ao art. 5º do texto constitucional, permitindo que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, desde que aprovados com o quórum qualificado de 3/5 dos membros do Congresso Nacional, sejam incorporados ao ordenamento constitucional com *status* de emenda constitucional. Nesse sentido, a proposta do presente trabalho é analisar o conteúdo do art. 5º, § 3º, da Constituição de 1988, refletindo sobre suas implicações não só para o ordenamento constitucional, mas para a teoria da constituição como um todo e, em particular, para o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade das normas. Para tanto, utilizar-se-á de pesquisa legislativa e, sobretudo, doutrinária sobre o tema, com especial enfoque sobre o direito internacional e a teoria da constituição. A pesquisa pretende destacar a repercussão dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento constitucional sobre processo de controle de constitucionalidade material das leis, permitindo uma reflexão preliminar sobre as discussões futuras que irão pautar os estudos do direito constitucional e do controle de constitucionalidade no país.
Palavras-chave: Tratados e convenções internacionais. Direitos humanos. Constitucionalidade material.

ABSTRACT: The structural changes made by the Constitutional Amendment No. 45/2004 in the Constitution of 1988 were so great that still are the object of study of constitutionalists. Among the changes undertaken, there is the creation of paragraph 3 of art. 5 of the Constitu-

* Mestrando em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, com Habilitação em Direito do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis pelo Programa de Recursos Humanos em Direito do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – PRH-ANP/MCT nº. 36. Advogado. Parnamirim – Rio Grande do Norte – Brasil.

tion, allowing international treaties and conventions on human rights, adopted with a qualified quorum of 3/5 of the members of Congress, to be incorporated with the constitutional status of a constitutional amendment. Therefore, the purpose of this paper is to analyze the content of art. 5, § 3, from the Constitution of 1988 reflecting on its implications not only for the constitutional system but for the theory of the constitution as a whole and, in particular, to the Brazilian system of judicial review of the norms. Thus, legislative research and, above all, on doctrine with special focus on international law and the theory of constitution, is going to be made. The research aims to highlight the impact of international treaties and conventions on human rights built on the constitutional process of material judicial review, allowing a preliminary reflection on the discussions that will be followed in future studies of constitutional law and judicial review in the country.
Keywords: International treaties and conventions. Human rights. Material constitutionality.

1 INTRODUÇÃO

As alterações normativas observadas no ano de 2004, com a promulgação da Emenda Constitucional nº. 45 modificaram substancialmente a ideia que temos do que seja Constituição. Essa mudança é resultado do conteúdo do art. 5º, § 3º, da Constituição Republicana de 1988, que trouxe a possibilidade de que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, desde que obedecidos a certos requisitos formais, passem a integrar a Constituição. Trata-se do processo de constitucionalização dos tratados internacionais sobre direitos humanos.

Por outro lado, do ponto de vista teórico, as discussões sobre a noção do que seja o "bloco de constitucionalidade" mostram-se muito mais atuais e pragmáticas com relação aos limites de atuação da jurisdição constitucional pátria, em especial no que diz respeito às atribuições do Supremo Tribunal Federal. Apesar de não haver certo consenso acerca do assunto, é inegável que o ordenamento constitucional atual enseja uma rediscussão acerca de sua amplitude ou forma, já que, ao nosso sentir, a EC nº. 45/2004 permitiu uma ultrapassagem dos limites da chamada Constituição formal.

Nesse sentido, a perspectiva aqui apresentada constitui uma mudança de foco, até então pouco discutida, no atual paradigma do controle de constitucionalidade das leis. E esse será o ponto central do estudo apresentado, qual seja, o de que o modelo de controle de constitucionalidade contemporâneo, em virtude das alterações observadas com a Emenda Constitucional nº. 45/2004, permite um cotejamento muito mais amplo no que diz respeito

à aferição da constitucionalidade material das normas. Ou melhor, as inovações resultantes do art. 5º, § 3º da Constituição Federal resultaram num alargamento das restrições ao processo legislativo, em virtude dos novos parâmetros de controle de constitucionalidade material das leis.

Definido seu objeto, o trabalho obedecerá à seguinte estrutura: inicialmente serão abordadas as alterações trazidas pela Emenda Constitucional nº. 45/2004, em particular o acréscimo do § 3º do art. 5º da Constituição; em seguida discutir-se-á o atual contexto dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, com ênfase no seu processo de incorporação e na possibilidade de a eles serem atribuído o caráter de norma constitucional; posteriormente serão feitas menções acerca da noção de "bloco de constitucionalidade" e como os tratados internacionais sobre direitos humanos se inserem nesse contexto; logo após, será tratado o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, no que diz respeito à interpretação dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição de 1988, com ênfase na análise do Recurso Extraordinário 455.343/SP, que tratou sobre a prisão civil do depositário infiel; por fim, será discutido o funcionamento dos tratados e convenções sobre direitos humanos como paradigma para a análise da constitucionalidade material das normas, comentando-se implicações resultantes do processo de "constitucionalização" da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo.

2 A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº. 45/04 E O CONTEÚDO DO ART. 5º, § 3º DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Também conhecida como "Reforma do Poder Judiciário", a Emenda Constitucional nº. 45, de 8 de dezembro de 2004 (EC nº. 45/2004) trouxe significativas alterações na Constituição Federal de 1988, podendo ser destacadas: a garantia à razoável duração do processo e à celeridade processual (art. 5º, LXXVIII); a criação do Conselho Nacional de Justiça, órgão que compõe o Poder Judiciário (arts. 92, I-A, e 103-B), bem como do Conselho Nacional do Ministério Público (art. 130-B); o requisito da "repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso" para o

conhecimento dos recursos extraordinários no âmbito do Supremo Tribunal Federal (art. 102, § 3º); a possibilidade de edição de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal (art. 103-A), entre outras.

No âmbito do art. 5º, a referida Emenda acrescentou mais dois parágrafos aos dois já existentes, no caso, os parágrafos 3º e 4º. O parágrafo 4º permitiu a submissão do Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, órgão jurisdicional internacional responsável pelo julgamento de indivíduos que cometem crimes contra a humanidade, genocídio, crimes de guerra, entre outros. Já o parágrafo 3º trouxe uma (se não a mais) significativa alteração na ideia do que se entende por Constituição material. Vejamos o que o referido parágrafo enuncia:

> Art. 5º omissis.
> § 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.

O referido parágrafo permite que tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, desde que atendidos determinados requisitos formais, passem a ter um conteúdo de natureza constitucional. Com relação aos requisitos formais, o parágrafo 3º os coloca como condição fundamental para o processo de "constitucionalização" dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos.

Nesse sentido, o parágrafo 3º trouxe diversas indagações que vêm merecendo atenção dos estudos constitucionais hodiernos. O que se entende por "equivalentes às emendas constitucionais"? Seriam normas constitucionais propriamente ditas ou normas infraconstitucionais os tratados internacionais sobre direitos humanos que se submeteram ao processo formal disposto no § 3º do art. 5º da Constituição? Ou seriam espécies legislativas *sui generis*? Sendo normas constitucionais, poderiam eles funcionar como parâmetro de aferição da constitucionalidade das normas? De antemão, a perspectiva adotada pelo presente estudo é a de que os tratados e convenções sobre direitos humanos que forem aprovados conforme as determinações do § 3º do art. 5º da Constituição Federal são, sim, normas constitucionais, podendo servir

como paradigma de aferição da constitucionalidade material das leis. Antes de adentrar nas justificativas do posicionamento adotado, fazem-se necessários alguns apontamentos acerca do processo de recepção dos tratados e convenções internacionais no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE OS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS E SEU PROCESSO DE RECEPÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Utilizando a definição prevista no art. 1º, aliena "a", da Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados, de 23 de maio de 1969, a expressão *tratado* "significa um acordo internacional celebrado entre Estados em forma escrita e regido pelo direito internacional, que conste, ou de um instrumento único ou de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica".

Com relação à terminologia, a doutrina entende que não há diferença material entre *tratados* e *convenções*[1]. Permanece a máxima de que, neste caso, o *nomen juris* não qualifica o conteúdo do instituto. Celso D. de Albuquerque Mello chega a fazer uma diferenciação, onde a expressão *tratado* é empregada para acordos solenes, enquanto que *convenção* é uma espécie de tratado com conteúdo normativo geral[2]. Entendemos que tal distinção não implica numa diferença substancial entre os institutos, não servindo de parâmetro para possíveis classificações quanto ao conteúdo. A própria definição de *tratado*, conforme prevista pela Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados, citada anteriormente, destaca, ao final, que não se atribui significado à denominação utilizada. Dessa maneira, ambos, tratados e convenções, podem ser utilizados para designar o mesmo instituto de direito internacional.

Em breve síntese, o processo de incorporação no ordenamento jurídico dos tratados ou convenções internacionais obedece à seguinte sistemática: primeiro, há a celebração do tratado internacional pelo Presidente da República (CF/88, art. 84, VIII); posteriormente, ocorre a aprovação (ou

1 REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público:** curso elementar. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 14-16.
2 MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público.** 15.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 212-213.

ratificação), pelo Congresso Nacional, do tratado, utilizando, como instrumento normativo, o decreto legislativo (CF/88, art. 49, I); em seguida, há troca (na hipótese de acordos bilaterais) ou depósito (nos acordos multilaterais) dos instrumentos de ratificação, pelo Órgão do Poder Executivo em âmbito internacional; por fim, resta a promulgação por decreto presidencial, seguida da publicação do texto em português no Diário Oficial. Com a promulgação e posterior publicação o tratado ou convenção internacional adquire executoriedade no plano do direito positivo interno, possuindo o mesmo *status* normativo das leis ordinárias.[3]

2.2 O § 3º DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS

Conforme exposto, a EC nº. 45/2004, ao inserir o parágrafo 3º ao art. 5º da Constituição Republicana de 1988, permitiu um alargamento das matérias de conteúdo constitucional, desde que obedecidos certos requisitos de caráter formal. Dessa maneira, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, tanto na Câmara dos Deputados quanto no Senado Federal, em dois turnos, por 3/5 dos votos dos respectivos parlamentares, equivalerão às emendas constitucionais.

Inicialmente, destaca-se o conteúdo constitucional que referidos tratados possuem. O legislador constituinte não iria atribuir equivalência às emendas constitucionais caso desejasse que os tratados possuíssem conteúdo meramente legal (principalmente pelo fato de que esse já é o conteúdo "normal" dos tratados ou acordos internacionais incorporados no ordenamento jurídico brasileiro, conforme demonstrado no item anterior). Nessa perspectiva, ao utilizar o termo "equivalentes", o legislador constituinte quis atribuir o mesmo efeito potencial das demais normas constitucionais[4]. Em virtude das emendas constitucionais fazerem parte da Constituição, os tratados internacionais que obedecerem aos critérios estabelecidos no §3º do art. 5º serão, então, partes integrantes do ordenamento constitucional, possuindo a mesma natureza das normas constitucionais.

3 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 3.ed. São Paulo: RT, 2008. p. 295-330.
4 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público.** 3.ed. São Paulo: RT, 2008. p. 767.

O procedimento determinado pelo art. 5º, § 3º para a "constitucionalização" dos tratados e convenções sobre direitos humanos (aprovação, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros) denota um rigor maior do legislador constituinte em admitir que normas internacionais ingressem no ordenamento constitucional pátrio. Já que a Constituição permite que os tratados internacionais sobre direitos humanos possuam *status* de norma constitucional, o procedimento para tal equivalência deve ser, no mínimo, igual ao das emendas à Constituição. Dessa maneira, para a incorporação dos tratados internacionais sobre direitos humanos como norma constitucional deve-se obedecer a um processo rígido, que permita uma maior acuidade na análise do conteúdo do tratado, bem como se ele está adequado aos ditames da Constituição, inclusive averiguando se o tratado em questão está ou não restringindo direitos consagrados como cláusulas pétreas.

Ainda sobre as cláusulas pétreas, é possível compreender que o próprio § 3º do art. 5º constitui também uma norma petrificada. Por estar inserido no art. 5º, que prevê os direitos e deveres individuais e coletivos, bem como pelo fato de haver a possibilidade de constitucionalizar direitos humanos, ofertando uma proteção maior para o indivíduo, o parágrafo 3º é, então, norma que não pode ser limitada por eventual reforma constitucional.

Afirmou-se anteriormente sobre a terminologia dos tratados e convenções internacionais, donde a posição tomada é a de que ambas são expressões sinônimas, em nada se diferenciando quanto ao seu aspecto conteudístico. Nesse sentido, destaca-se que o § 3º do art. 5º faz menção apenas a esses dois institutos. Não há previsão expressa sobre a possibilidade de constitucionalização de decretos, acordos, pactos, protocolos, cartas ou outros instrumentos internacionais que versem sobre direitos humanos. Seria, então, o caso de haver uma restrição quanto ao alcance da norma em questão? Entendemos que não. Não haveria razão lógica em o legislador constituinte elaborar norma de tão significativa amplitude e restringi-la por questões meramente formais. Dessa maneira, apesar do parágrafo 3º mencionar apenas *tratados* e *convenções*, a norma deve ser estendida para todos os diversos documentos de direito internacional, desde que versem sobre direitos humanos. Nesse sentido, coadunamo-nos com Artur Cortez Boni-

fácio, que utiliza a expressão *tratado* em uma acepção ampla, para designar pactos, acordos, convenções, ajustes, protocolos etc.[5]

Outro questionamento que insurge diz respeito ao conteúdo dos tratados e convenções internacionais. Segundo a previsão do art. 5º, § 3º, somente será possível "constitucionalizar" aqueles tratados que versem sobre *direitos humanos*. Indaga-se: deve o tratado abordar, em sua essência, direitos humanos, ou é possível "constitucionalizar" tratados que não discorram apenas sobre direitos humanos (p.ex. o Pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais, incorporado ao direito brasileiro em 6 de julho de 1992, por meio do Decreto nº 591)? Em tais casos, seria possível "constitucionalizar" somente parte de um tratado internacional? A ideia nos parece tentadora, e ainda não houve um enfretamento por parte do Congresso acerca de tais questões. Em princípio, não encontramos óbice em estender o processo de constitucionalização previsto no art. 5º, § 3º somente à parte do tratado que verse sobre direitos humanos, mas em tal hipótese é necessária uma análise crítica acerca do conteúdo do tratado, em particular devido ao caráter sistemático das normas, que poderiam resultar na constitucionalização de institutos que não refletem os interesses da Constituição, ou até mesmo inconstitucionais. Dessa maneira, num primeiro momento e por razões de segurança jurídica, posicionamo-nos no sentido de que somente será possível "constitucionalizar" os tratados que discorram, em sua unidade, sobre direitos humanos.

Poder-se-ia questionar, então, qual o alcance da expressão "direitos humanos" que o § 3º do art. 5º prescreve. Não se pretende fazer uma análise do conteúdo ontológico da expressão, entretanto tal indagação tornar-se pertinente, na medida em que uma interpretação restritiva tornaria possível haver uma limitação no processo de constitucionalização dos tratados internacionais. Como o procedimento previsto no § 3º do art. 5º depende de apreciação legislativa, entende-se que caberá ao Congresso delimitar o alcance da expressão no momento de incorporação constitucional dos tratados internacionais.

Por fim, uma última reflexão. A discussão levantada até o momento abordou apenas as hipóteses onde tratados internacionais sobre direitos humanos que ainda não foram incorporados ao ordenamento jurídico brasilei-

5 BONIFÁCIO, Artur Cortez. **O Direito Constitucional Internacional e a proteção dos direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2008. p. 182.

ro, passem a ter o *status* de norma constitucional, obedecidos os requisitos exigidos pelo art. 5º, § 3º, da CF/88. No entanto, ainda há uma lacuna, ao menos do ponto de vista legislativo e judicial, sobre a possibilidade de também tratados internacionais sobre direitos humanos que já integrem o ordenamento jurídico pátrio, e que possuem o mesmo grau hierárquico que as demais normas infraconstitucionais, tornem-se equivalentes às demais normas constitucionais, após satisfeitas as condições estipuladas pelo § 3º, art. 5º. Seria o caso de, por exemplo, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, incorporada ao direito brasileiro em 1992, após ser novamente aprovada em cada Casa do Congresso Nacional, agora em dois turnos, por 3/5 de seus membros, passasse a ter o mesmo grau hierárquico das demais normas constitucionais.

A discussão merece guarida, sobretudo em virtude do entendimento de parte da doutrina no sentido de atribuir, mesmo quando não atendidos os requisitos do art. 5º, § 3, da CF/88, caráter de normas constitucionais aos tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados previamente à promulgação da EC nº 45/2005, a exemplo da já citada Convenção Americana sobre Direitos Humanos[6]. Em que pesem as posições doutrinárias dissonantes[7], a perspectiva adotada por este trabalho, em particular para fins de parâmetro de controle de constitucionalidade, é a de que somente tratados internacionais sobre direitos humanos que se submeterem aos requisitos do § 3º, do art. 5º, possuirão *status* de norma constitucional. Tal posicionamento será desenvolvido posteriormente.

Dessa maneira, da exegese do § 3º, do art. 5º, em princípio não encontramos nenhum óbice para que os tratados internacionais sobre direitos humanos já incorporados ao direito brasileiro, atendidos os pressupostos da

6 Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público.** 3.ed. São Paulo: RT, 2008. p. 756-757.

7 Valério Mazzuoli, além de si próprio, destaca a posição de Antônio Augusto Cançado Trindade, ambos favoráveis à interpretação de que os tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados previamente à promulgação da EC nº. 45/2004 continuam possuindo *status* de normas constitucionais, mesmo sem se submeterem aos requisitos estipulados no § 3º, do art. 5º, da CF/88 (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**, 3ª ed. São Paulo: RT, 2008, p. 757-758). No mesmo sentido, Flávia Piovesan, que afirma: "Desde logo, há que afastar o entendimento segundo o qual, em face do § 3º do art. 5º, todos os tratados de direitos humanos já ratificados seriam recepcionados como lei federal, pois não teriam obtido o *quorum* qualificado de três quintos, demandado pelo aludido parágrafo" (PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. 7. ed. Saraiva: São Paulo, 2006. p. 72).

norma, ostentem o caráter de norma constitucional. Na verdade tal possibilidade se mostra inclusive desejável, sobretudo como alternativa de solução para os conflitos hierárquicos existentes entre os tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro e às demais normas infraconstitucionais (a discussão mostra-se pertinente, em particular devido aos diferentes entendimentos existentes no âmbito do STF acerca da hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos, consoante será demonstrado).

Ante o exposto, adotamos o posicionamento de que o ordenamento jurídico brasileiro permite a criação/existência de verdadeiros "tratados internacionais constitucionais" ou "normas internacionais constitucionais", institutos jurídicos advindos do direito internacional, mas que, em virtude de atenderem a parâmetros estabelecidos pela Constituição Federal, passam a ter o *status* de normas constitucionais.

2.3 DA IDEIA DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE E SUA RELAÇÃO COM OS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS

A possibilidade de haver a incorporação de tratados internacionais sobre direitos humanos ao ordenamento constitucional com caráter de norma constitucional resultou na discussão (ou rediscussão) acerca dos limites da Constituição, ou do que deveria ser considerado como "constitucional". As implicações de tal questionamento são óbvias, e advêm da própria natureza e importância do direito constitucional para o pensamento jurídico contemporâneo. Definir o que é constitucional influencia diretamente questões como hierarquia de normas, supremacia constitucional, interpretação da Constituição, limites da jurisdição constitucional e no controle de constitucionalidade das leis.

Nessa perspectiva, surge a noção de *bloco de constitucionalidade*, que permite delimitar o que é constitucional (ou Constituição), bem como servindo de referencial para a aferição de constitucionalidade das normas. André Ramos Tavares referencia que a ideia de "bloco de constitucionalidade" foi primeiramente elaborada por Louis Favoreu e Francisco Llorente, com o trabalho "*El bloque de la constitucionalidad*"[8]. Com o bloco de constitu-

8 TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 233.

cionalidade teríamos então tanto a Constituição formal, codificada, quanto outras normas esparsas, como componentes do que seria uma "Constituição *lato sensu*". Com relação ao aspecto material, independeria da natureza das normas, se codificada num texto formal ou se difundidas no ordenamento jurídico, sendo dotadas de caráter constitucional, fariam parte do ordenamento constitucional ou da Constituição *lato sensu*.

A ideia do bloco de constitucionalidade não nos parece algo inovador, mas apenas uma análise diferenciada acerca da noção do que seja Constituição. Paulo Bonavides já destacava a existência de uma "Constituição legal" em contraponto à "Constituição codificada". Para o constitucionalista, "as Constituições *legais* [...] são aquelas Constituições escritas que se apresentam esparsas ou fragmentadas em vários textos"[9]. Dessa maneira, nos ordenamentos constitucionais pode haver a previsão tanto de uma Constituição codificada, que seria a nossa Constituição formal, quanto de uma Constituição legal, que abrangeria a Constituição codificada e eventuais normas esparsas com caráter constitucional. Segundo Bonavides, a Constituição legal seria uma "Constituição escrita *não formal*"[10].

Independentemente da nomenclatura empregada, a ideia de um ordenamento constitucional para além da Constituição formal já é uma realidade possível na perspectiva do constitucionalismo brasileiro, em virtude do processo de constitucionalização dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos. Ainda não é possível precisar se a atividade parlamentar será profícua com relação à utilização do procedimento previsto no § 3ª do art. 5º, entretanto esse procedimento poderá resultar no significativo instrumento de ampliação/alteração do ordenamento constitucional.

Em que pese a contemporaneidade do debate doutrinário acerca do bloco de constitucionalidade ou da ampliação/alteração da Constituição material por novos métodos que distintos da tradicional reforma constitucional por intermédio de emendas, há que se ressaltar a necessidade de uma investigação crítica acerca das implicações resultantes do art. 5º, § 3º, da CF/88. Isso porque as alterações estruturais resultantes da "constitucionalização" de um tratado internacional de direitos humanos podem ultrapassar em demasia o

9 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 88.
10 BONAVIDES, Paulo, Op. Cit., p. 88.

"padrão" de reforma constitucional até então empreendido após a promulgação da Constituição de 1988, onde as emendas constitucionais normalmente apenas realizam modificações pontuais ou em tópicos específicos do texto constitucional. Imaginemos, por exemplo, a "constitucionalização" de um tratado internacional do porte do Pacto de San José da Costa Rica. Em virtude da magnitude e relevância do tratado em questão, pode-se afirmar que em vez de mera ampliação da Constituição material, estaríamos (não obstante a impropriedade do termo) diante de verdadeiro Poder Constituinte Originário, já que haveria praticamente a criação de uma nova ordem constitucional. Dessa maneira, o debate que deve pautar o procedimento no Congresso acerca da incorporação, com o mesmo *status* de emendas constitucionais, dos tratados internacionais sobre direitos humanos deve levar em conta tais contingências e, inclusive, em certos casos, obedecer a critérios semelhantes ao da formação de uma Assembleia Constituinte, com a ampla discussão da matéria a ser a provada por meio de audiências públicas e institutos congêneres.

3 POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A NATUREZA DOS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS

No julgamento do Recurso Extraordinário 466.343/SP, interposto pelo Banco Bradesco S/A contra um particular, discutindo a possibilidade de prisão civil por dívida do depositário infiel, o Supremo Tribunal Federal discorreu sobre o enquadramento jurídico dos tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro.

Nessa decisão paradigmática merece menção o voto do Ministro Gilmar Mendes, que compilou os entendimentos em sede doutrinária e jurisprudencial acerca do assunto. Destaca-se que tal compilação diz respeito aos tratados internacionais sobre direitos humanos que apenas foram incorporados ao direito brasileiro, sem, contudo, obedecerem à sistemática prevista no art. 5º, § 3º. Segundo o Ministro, as principais correntes são:

a) a que atribui natureza *supraconstitucional* aos tratados internacionais sobre direitos humanos, defendida por Celso D. de Albuquerque Mello;

b) a que confere caráter *constitucional* aos referidos tratados, posição de Antônio Augusto Cançado Trindade e Flávia Piovesan;
c) a que imputa apenas o conteúdo de *lei ordinária* aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, posição do próprio STF em momento pretérito, observada no RE 80.004/SE, de relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque;
d) por fim, a que atribui caráter de norma *supralegal* aos tratados internacionais sobre direitos humanos, posição prevista na Constituição da Alemanha (art. 25), Constituição da França (art. 55) e Constituição da Grécia (art. 28). Essa última posição foi defendida pelo Ministro e a adotada pelo próprio STF ao final do julgamento do Recuso Extraordinário.[11]

Conforme salientado, essa classificação proposta pelo Ministro Gilmar Mendes diz respeito aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos não constitucionalizados. Em particular, refere-se àqueles tratados mencionados no art. 5º, § 2º da Constituição Federal: "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" (grifos acrescidos).

Dessa maneira, a posição do supremo é no sentido de se atribuir aos tratados internacionais um caráter superior às normas legais, mas inferior à Constituição. Com isso, um tratado com natureza *supralegal* não poderia ser derrogado por norma infraconstitucional. Ao mesmo tempo, é possível inferir que tais tratados *supralegais* poderiam servir como paradigma para eventual controle de legalidade das normas infraconstitucionais.

A tese sustentada no julgamento em questão permitiu considerar ilícita a prisão civil do depositário infiel, resultando no cancelamento do Enunciado nº. 619 da Súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, bem como na criação da Súmula Vinculante nº. 25, que consolidou o entendimento sobre a ilicitude da prisão civil do depositário infiel. O argumento utilizado foi de que, em tais casos, a prisão civil estaria vedada em virtude do fato de o Brasil ter ratificado a Convenção Americana

11 Esquema elaborado com base no Acórdão do RE 466.343/SP. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 1 mar. 2012.

sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), que em seu art. 7º, nº. 7, proíbe a prisão civil por dívida, salvo aquelas de natureza alimentar. Pelo fato da Convenção Americana sobre Direitos Humanos constituir um tratado internacional sobre direitos humanos, nos moldes do que prevê o § 2º do art. 5º, da Constituição Federal, o STF conferiu a ele o *status* de norma *supralegal*, daí a possibilidade de derrogar norma infraconstitucional, qual seja, a que previa a prisão civil do depositário infiel.

Com relação aos tratados internacionais sobre direitos humanos que se submeterem aos requisitos previstos no § 3º do art. 5º da CF/88, o posicionamento do STF não deixa dúvidas no sentido de conferir a tais espécies normativas o atributo de normas constitucionais, conforme se compreende na leitura do Acórdão do RE 466.343/SP.

A questão aqui suscitada diz respeito ao caráter *supralegal* da norma que prevê a proibição da prisão por dívida do depositário infiel. Isso porque, além de invalidar eventual norma infraconstitucional, a decisão do Supremo permitiu que houvesse uma interpretação no sentido de não conferir eficácia ao inciso LXVII do art. 5º da Constituição Federal (que prevê a prisão por dívida do depositário infiel). Em outras palavras: norma *supralegal* "bloqueou" norma constitucional. O STF afirmou de maneira expressa que a norma constitucional em questão não foi revogada, apenas perdeu eficácia em virtude do caráter ilícito da prisão por dívida, conforme previsto no tratado internacional. Ao nosso ver, a interpretação dada pelo Supremo no caso em espécie permite uma aproximação entre as normas *supralegais* e os "tratados internacionais constitucionais", ressalvadas as devidas diferenças formais. É possível que em um futuro próximo essa aproximação torne-se similitude, conferindo-se a todos os tratados internacionais sobre direitos humanos o caráter de norma constitucional[12].

4 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL E OS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS COM CONTEÚDO CONSTITUCIONAL

No que diz respeito à aferição de constitucionalidade/inconstitucio-

12 Destacam-se como favoráveis a tal corrente, além de Flávia Piovesan e Antônio Augusto Cançado Trindade, citados no voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento do RE 466.343/SP, Artur Cortez Bonifácio (**O Direito Constitucional Internacional e a proteção dos direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2008. p. 211-126).

nalidade das normas, já é clássica a distinção entre inconstitucionalidade formal (ou orgânica) e inconstitucionalidade material. Com relação à inconstitucionalidade formal, citando, entre outros, Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gonet Branco, "os vícios formais afetam o ato normativo singularmente considerado, sem atingir seu conteúdo, referindo-se aos pressupostos e procedimentos relativos à formação da lei"[13]. Dessa maneira, a inconstitucionalidade formal relaciona-se com a desobediência ao processo legislativo de formação das leis, processo este derivado da própria Constituição. Com isso, normas que não obedecerem, por exemplo, a regras de quórum, ou de iniciativa legislativa, poderão ser declaradas inconstitucionais, devido ao descumprimento dos requisitos formais.

Já a inconstitucionalidade material diz respeito à existência de vício no próprio conteúdo do ato normativo, que não se adéqua aos princípios e regras estabelecidos na Constituição[14]. É inconstitucionalidade que atinge o ato em sua essência, tendo como parâmetro as normas constitucionais. Se o ato não corresponde ou contraria preceito constitucional, ocorre a inconstitucionalidade material, e, caso já esteja inserido no ordenamento jurídico, dele poderá ser retirado. Nas palavras de Bonavides, o controle de constitucionalidade material "desce ao fundo da lei, outorga a quem o exerce competência com que decidir sobre o teor e a matéria da regra jurídica, busca acomodá-la aos cânones da Constituição, ao seu espírito, à sua filosofia, aos seus princípios políticos fundamentais"[15].

Em certa medida, não se vislumbra a possibilidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos constitucionalizados estabelecerem critérios formais de aferição da constitucionalidade das leis. Seria muito improvável que uma norma de direito internacional estabelecesse critérios relacionados ao processo legislativo ou que permitisse uma aferição de caráter formal no processo de controle de constitucionalidade brasileiro. No entanto, com relação ao aspecto material, não resta dúvidas de que tal regra se impõe. Ao dotar aos tratados e convenções internacionais sobre direitos

13 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1170.

14 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Ob. cit., p. 1172. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional:** Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 37. t.6.

15 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 299.

humanos que atenderem aos requisitos do art. 5º, § 3º o caráter de normas constitucionais, claro está que esses tratados poderão servir como referencial de controle de constitucionalidade material das normas. Repisa-se, os "tratados internacionais constitucionais" fazem parte da Constituição e devem ser respeitados da mesma maneira que as demais normas constitucionais da Constituição formal.

Uma última colocação. Em momento anterior, posicionamo-nos favoravelmente sobre a possibilidade de "constitucionalização" de tratados internacionais sobre direitos humanos que já fazem parte do ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo do Pacto de San José da Costa Rica. De fato, a possibilidade de "constitucionalização" de um tratado do porte do Pacto de San José da Costa Rica permitiria a criação de um novo paradigma para o controle de constitucionalidade material de normas no Brasil. A título ilustrativo, toda a discussão relativa à constitucionalidade/legalidade do aborto de fetos anencéfalos, ainda em pauta no STF na ADPF 54, poderia ser revista, devido ao fato de que o Pacto de San José, em seu art. 4º, nº 2, resguarda o direito dos nascituros desde o momento da concepção[16]. Nesse sentido, reiterando afirmação anterior, em casos como esse, onde um tratado internacional sobre direitos humanos que vem a ser "constitucionalizado" resulta em verdadeira "revolução" do ordenamento constitucional, tornam-se necessárias mais cautela e ponderação por parte dos parlamentares, sendo desejável que o debate sobre o procedimento de constitucionalização seja o mais plural possível.

4.1 BREVE ANÁLISE DA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E DE SEU PROTOCOLO FACULTATIVO

Até a presente data (dezembro de 2011), só há uma norma de direito internacional que foi incorporada ao ordenamento constitucional conforme os requisitos traçados pelo § 3º do art. 5º, qual seja, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, aprovada pelo Congresso Nacional, pelo Decreto Legislativo nº. 186, de 9 de julho de 2008. Voltada para a proteção dos direitos e liberdades das

16 "Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser proteção pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado arbitrariamente."

pessoas com deficiência, seja ela física, mental, intelectual ou sensorial, a referida Convenção traz desde princípios gerais (não discriminação, inclusão social, acessibilidade), quanto normas específicas (garantias diferenciadas de acesso à justiça, regras voltadas para a criação de organismos para o monitoramento da implementação da Convenção pelos Estados-membros).

De maneira geral, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas Com Deficiência e seu Protocolo Facultativo traz normas de conteúdo geral, inclusive de caráter programático. No entanto, as inovações trazidas pela Convenção permitirão uma amplitude deveras significativa no âmbito do controle de constitucionalidade material. Apesar de estar voltada para indivíduos determinados (pessoas portadoras de deficiência), a quantidade de direitos e garantias que o tratado prevê é bastante significativa, permitindo considerável restrição na atividade legislativa, caso esta não se adéque ao que está previsto na Convenção.

Devido ao fato de até o presente momento só haver um tratado internacional com conteúdo constitucional, no caso, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ainda não houve um enfretamento por parte do STF de questões que utilizassem a constitucionalidade do referido tratado como parâmetro. No entanto, tudo aponta para que no futuro haja a constitucionalização de outros tratados internacionais sobre direitos humanos. Dessa maneira, provavelmente haverá uma utilização muito maior de tais tratados como paradigma para a aferição de constitucionalidade material das normas.

5 CONCLUSÃO

As proposições aqui levantadas pretendem destacar a importância no estudo do processo de constitucionalização dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, bem como direcionar a atenção dos estudiosos do direito para as repercussões dos chamados "tratados internacionais constitucionais". Apesar de até o momento só haver um tratado internacional sobre direitos humanos com *status* constitucional, a tendência é a de que mais tratados se submetam aos requisitos previstos no art. 5º, § 3ª da Constituição de 1988, expandindo significativamente o nosso ordena-

mento constitucional. Por outro lado, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo já permite uma amplo referencial normativo para o processo de controle de constitucionalidade das leis. Inclusive entendemos que todas as normas anteriores à referida Convenção podem ser objeto de recepção/revogação, caso se adéquem ou contrariem a "norma internacional constitucional" questão.

Ainda, as problemáticas/perspectivas que o § 3º do art. 5º da CF/88 nos traz são muitas, e permitirão uma ampla revisão da aplicação de diversos institutos do direito constitucional. Citamos, como exemplo, a possibilidade de ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão ou impetração de Mandado de Injunção, na hipótese de um "tratado internacional constitucional" prever normas de eficácia contida ou restringida, que necessitem de uma atuação legislativa para sua concretização. A própria Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo prevê diversas normas de caráter programático, que necessitam de legislação complementar para dotá-las de eficácia. Questões como essa deverão ser aprofundadas pelos estudiosos do direito constitucional contemporâneo.

A realidade dos "tratados internacionais constitucionais" já é fato, a transformação que eles estão fazendo com o que conhecemos como "Constituição" ainda está ocorrendo. Não devemos permanecer alheios ou contrários a tal mudança. Afinal, a vontade do constituinte derivado em permitir tal transformação foi garantir uma maior proteção dos direitos humanos, independente de sua origem normativa. Essa é a tendência do direito contemporâneo e cabe a nós, pensadores do direito, compreender essas mudanças, discuti-las e aperfeiçoá-las.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. **O Direito Constitucional Internacional e a proteção dos direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2008.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público.** 3. ed. São Paulo: RT, 2008.

_____. O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 387, ano 101, p. 89-109, mar./abr., 2005.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público.** 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional:** inconstitucionalidade e garantia da Constituição. 3.ed. Coimbra: Coimbra, 2008. t. 6.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público:** curso elementar. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE OS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/conv_americana_dir_humanos.htm>.

CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE O DIREITO DOS TRATADOS. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/dtrat.htm>.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>.

_____. **Decreto nº. 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm>.

_____. **Emenda Constitucional nº. 45, de 30 de dezembro de 2004**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>.

PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_economicos.htm>.

Correspondência | Correspondence:

Luiz Felipe Monteiro Seixas
Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN, Campus Universitário, s/n, Lagoa Nova, CEP 59.072-970. Natal, RN, Brasil.
Fone: (84) 3215-3487.
Email: felipemonteiro86@yahoo.com.br

Recebido: 30/12/2011.
Aprovado: 22/02/2012.