



**Centro Universitário de Brasília
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD**

CARLOS FREDERICO SANTOS

**TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS:
A inconstitucionalidade do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal**

Brasília
2013

CARLOS FREDERICO SANTOS

**TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS:
A inconstitucionalidade do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal**

Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD) como pré-requisito para obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* em Novas Tendências do Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Inocêncio Mártires Coelho.

Brasília
2013

CARLOS FREDERICO SANTOS

**TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS:
A inconstitucionalidade do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal**

Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD) como pré-requisito para a obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* em Novas Tendências do Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Inocêncio Mártires Coelho.

Brasília, 18 de novembro de 2013.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Leonardo Roscoe Bessa

Prof. Dr. Gilson Ciarallo

Dedico esta monografia a meus
filhos Ana Raquel, Ana Carolina e
Fredinho.

AGRADECIMENTO(S)

Agradeço a Deus pela iluminação nos momentos difíceis e à minha esposa, amiga, companheira e colega de profissão Ana Borges Coêlho Santos que sempre esteve ao meu lado nesses momentos. Agradeço ao meu orientador Inocência Mártires Coelho que, muito mais que Professor e Doutor, tem o dom de ser humano, em cujo nome aproveito para agradecer a todos os Professores que contribuíram para o crescimento de minha formação acadêmica.

Nossa Geração não lamenta tanto os crimes dos perversos, quanto o estremeceador silêncio dos bondosos, Martin Luther King.

RESUMO

A incorporação dos tratados internacionais ao ordenamento jurídico nacional há muito causa polêmica, principalmente quanto à sua posição na hierarquia das normas. As decisões do Supremo Tribunal Federal apontam que os tratados internacionais, integrados ao ambiente jurídico nacional, já estiveram em patamar de superioridade ou de igualdade com as leis vigentes no país. Com a promulgação da Constituição de 1988 a questão se adensou frente à disposição do §2º do art. 5º, em especial pelas dúvidas advindas da recepção dos tratados internacionais sobre direitos humanos como normas de estatura constitucional integrantes do bloco de constitucionalidade. Resolveu, então, o constituinte derivado esclarecer a situação e inseriu um §3º ao art. 5º da Constituição por meio da Emenda Constitucional nº 45. Ficou definido, assim, que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, aprovados à semelhança das emendas constitucionais, ganham esse *status*. Essa inovação legislativa, descompromissada com a temporalidade, levou o Supremo Tribunal Federal a evoluir seu entendimento e a modificar os precedentes firmados nos últimos quarenta anos. Passou a Suprema Corte a considerar os tratados internacionais sobre direitos humanos, internalizados no ordenamento jurídico antes da Emenda Constitucional nº 45, como normas supralegais. Contudo, em momento algum se fez considerações sobre a constitucionalidade do §3º acima referido, tido por muitos como um avanço. É esse ponto que se questiona. Referida norma trouxe um avanço ou retrocesso? Viola ou não cláusula pétrea? Para responder a essas questões, efetuou-se um levantamento dos aspectos históricos da estatura hierárquica dos tratados internacionais no ordenamento jurídico nacional com o estudo de várias decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o tema em busca da compreensão da norma descrita no §2º, o que levou à conclusão do retrocesso imposto pelo §3º inserido ao art. 5º da Constituição e sua consequente inconstitucionalidade, não só por esse fato, mas também por violar o artigo 60, IV, da Constituição.

Palavras-chave: Tratado. Direitos. Humanos. Inconstitucionalidade. Internalização.

ABSTRACT

The incorporation of international treaties to national law has long sparked controversy, especially regarding their position in the hierarchy of rules. The decisions of the Supreme Court point out that international treaties, integrated into the national legal environment, were once at a level of superiority or even equality with the laws of the country. With the enactment of the 1988 Constitution, the question thickened when faced with the provision of § 2 of Art. 5, especially since doubts have arisen from the reception of international treaties on human rights as rules, which are part of the block of constitutionality. Then, the representative decided to clarify the situation and inserted § 3 to Art. 5 of the Constitution through the Constitutional Amendment No. 45. It was defined, therefore, that the international treaties and conventions on human rights, approved in the same manner as the constitutional amendments, should earn this status. This legislative innovation, uncompromising with temporality, led the Supreme Court to evolve its understanding and modify previous agreements signed over the past forty years. The Supreme Court to began to consider international treaties on human rights internalized in the legal system before the Constitutional Amendment No. 45 as supralegal rules. However, considerations have never been made on the constitutionality of § 3 above, regarded by many as a breakthrough. This point is the one questioned. Did the mentioned rule bring advances or it was a setback? Does it violate the entrenchment clause? In order to answer these questions, there was a survey of the historical aspect of the stature hierarchy of international treaties into national law with the study of several decisions of the Supreme Court on the subject, in search of the understanding the rule described in § 2, which led to the conclusion of the imposed setback by § 3 inserted to Art. 5 of the Constitution and its consequent unconstitutionality, not only because of this, but also for violating Art. 60, IV of the Constitution.

Key words: Treaty. Human. Rights. Unconstitutionality. Internalization

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 ASPECTOS DA EVOLUÇÃO DO PRIMADO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO DIREITO BRASILEIRO	11
1.1 Os tratados internacionais na República Velha e sua influência	15
1.2 A visão da República Nova quanto à posição dos tratados internacionais na hierarquia das normas	19
1.3 A inserção dos tratados internacionais no ordenamento jurídico nacional e sua posição hierárquica à época do Regime Militar	25
1.4 A Nova República e os tratados internacionais	28
2 A DECISÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 466.343-1/SP	33
2.1 O voto e as manifestações de Gilmar Mendes quanto à primazia dos tratados internacionais e sua posição na hierarquia das normas	37
2.2 O Voto e as manifestações de Celso de Mello quanto à primazia dos tratados internacionais e sua posição na hierarquia das normas	39
3 A COMPREENSÃO DO § 2º DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO	42
4 CONSIDERAÇÕES SOBRE O § 3º DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO	50
4.1 Avanço ou retrocesso?	56
4.3 Violação à cláusula pétrea?	62
CONCLUSÃO	65
REFERÊNCIAS	67



INTRODUÇÃO

Tema relevante sob o enfoque interno e externo é a incorporação dos tratados internacionais ao ordenamento jurídico, proposição que se mostra com nuances interessantes no Brasil em razão do ousado enunciado do §2º do artigo 5º da Constituição e a tentativa da limitação, ou anulação, de sua eficácia pela inserção do §3º, cujo conteúdo dá azo à análise da sua constitucionalidade.

O presente estudo se propõe, portanto, à compreensão da impossibilidade de se limitar, delimitar ou anular a eficácia de uma norma produzida pelo Constituinte originário, por meio de outra advinda do Constituinte derivado, especialmente quando há regressão, a ensejar a aplicação da teoria da proibição do retrocesso, ou pretensa violação de cláusula pétrea.

O objetivo do presente trabalho resulta, assim, na investigação do §3º do artigo 5º da Constituição e sua respectiva constitucionalidade, além da perscrutação da real natureza da estatura normativa dos tratados internacionais sobre direitos humanos incorporado ao ordenamento jurídico nacional, cuja conclusão demanda a análise do contexto histórico da estatura hierárquica dos tratados internacionais incorporados ao direito interno, tendo como parâmetro a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e, ainda, a verificação do motivo da inserção do enunciado descrito no §2º, aliado a eventual avanço ou retrocesso imposto pelo §3º ou mesmo possível violação de cláusula pétrea.

Para alcançar esses objetivos, procedeu-se ao levantamento das decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o tema da hierarquia dos tratados internacionais incorporados ao direito interno, bem como ao respectivo levantamento bibliográfico afetos à esfera do direito internacional e do direito constitucional, além de temas da filosofia do direito pertinentes ao desenvolvimento do trabalho, quando, então, feita a devida triagem, foram os respectivos conteúdos analisados, sintetizados e utilizados na verificação da hipótese enunciada, ou seja, a inconstitucionalidade do §3º do artigo 5º da Constituição.

Espera-se, assim, demonstrar com este estudo a importância da internalização dos tratados internacionais sobre direitos humanos no ordenamento jurídico nacional como normas de estatura constitucional, observando-se o disposto no §2º do artigo 5º da Constituição, bem como quão foi perniciosa a introdução do §3º no ambiente constitucional como norma interpretativa inibidora de eficácia e restritiva da análise de conteúdo, comprometendo o conhecimento do real significado da norma originária pelo órgão encarregado de zelar e interpretar a Constituição.

O presente trabalho foi, então, estruturado em 4 capítulos.

No primeiro capítulo, apresenta-se a evolução histórica do primado dos tratados internacionais no direito brasileiro dentro do período republicano, já no segundo capítulo faz-se uma análise da decisão lançada no Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP – julgado relevante sobre o tema. No terceiro capítulo, busca-se a compreensão do §2º do artigo 5º da Constituição para, no quarto e último capítulo, analisar-se o §3º, inserido em mencionada disposição constitucional, e seus respectivos efeitos, tanto no que diz respeito a um eventual avanço ou retrocesso decorrente da sua edição, quanto a uma possível violação de cláusula pétrea.

Com base nessas proposições, foi desenvolvido o presente trabalho, apresentando-se, a final, o porquê da inconstitucionalidade do §3º do artigo 5º da Constituição.

1 ASPECTOS DA EVOLUÇÃO DO PRIMADO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO DIREITO BRASILEIRO

A incorporação dos tratados internacionais no ordenamento jurídico nacional há muito causa polêmica, em especial quanto à posição que ocupam na hierarquia das normas.

Com efeito, essa incorporação ao direito interno, além de influir nas relações políticas dos planos externo e interno, provoca questionamentos jurídicos de grande envergadura, centrados, não raro, no *status* normativo conferido aos tratados internacionais.

Sem dúvida, ao se tratar da hierarquia das normas a serem internalizadas por meio da publicação oficial do texto do tratado, especialmente numa sociedade complexa e pluralista que tem na sua base o Estado Democrático de Direito, não há como se relegar a questão do valor, este a ser visto pelas lentes da dignidade da pessoa humana, a qual não encontra meios de ser afastada quando da definição da estatura da norma internalizada.

Por outro lado, demonstram os precedentes do Supremo Tribunal Federal, ao longo da história, uma certa estabilidade temporal em relação à consideração hierárquica dos tratados devidamente incorporados ao ordenamento jurídico nacional frente à legislação infraconstitucional.

Contudo, em que pese a existência de referida estabilidade quanto às teses adotadas a esse respeito, não há como se atribuir, com segurança, uma correspondência ou identidade exata das manifestações da Corte Suprema com marcos históricos, embora o contexto temporal permita perceber tendências que autorizam – em especial para fins didáticos – dividir em fases as posições tomadas pelo Supremo Tribunal Federal quando da análise da estatura hierárquica dos tratados internacionais no direito interno.

Sob a égide da Constituição de 1891¹ o Supremo Tribunal Federal se manifestou favoravelmente ao primado dos tratados internacionais sobre as leis nacionais, salvo se denunciados.

Já na República Nova, verifica-se a tentativa de dar continuidade a essa linha. Contudo, pelo menos no início desse período, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal não guardou identidade com o anterior, pois deixou de considerar a denúncia como óbice da revogação do tratado pela lei nacional posterior.

Todavia, a adoção desse entendimento não foi longo. A Corte Suprema, inspirada em decisões dos idos da República Velha e no histórico voto vencido de Philadelpho Azevedo, lançado na Apelação Cível nº 7.872/RS², voltou a firmar o entendimento do primado dos tratados internacionais no ordenamento jurídico nacional sobre a legislação infraconstitucional.

Assim, restou estabelecido naquele momento que, em caso de antinomia normativa, as leis ordinárias sucumbiam perante os tratados internacionais incorporados ao direito interno, os quais passaram a desfrutar de um *status* especial no contexto da hierarquia das normas.

Esse entendimento continuou a ser adotado no início do Regime Militar, quando o Supremo Tribunal Federal se manifestou, inclusive, pela pronta incorporação dos tratados internacionais no ordenamento jurídico nacional, a partir da conclusão do *iter* procedimental previsto na Constituição – referente à sua aprovação –, cuja conclusão se operava por meio da publicação do decreto presidencial, acompanhado do respectivo texto do tratado.

Solidificou-se, ainda nesse período, pela via legislativa, a prevalência dos tratados internacionais de natureza tributária sobre as leis nacionais, ainda que editadas após a incorporação daqueles ao direito interno.

A Corte Suprema, no entanto, no decorrer dos anos 70, passou a adotar regra diversa na solução de conflito entre o tratado internalizado e a lei nacional, optando pela aplicação da máxima *lex posterior derogat priori*.

¹ BRASIL. Constituição (1891). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*: promulgada em 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <[HTTP://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm)>. Acesso em: 11 jan. 2013.

²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação Cível nº 7872/RS. Relator: Ministro Philadelpho Azevedo, Disponível em: <[HTTP://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=519551](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=519551)>. Acesso em: 11 jan. 2013.

Os tratados internacionais devidamente incorporados ao direito interno deixaram de ter precedência sobre as leis ordinárias promulgadas após a sua incorporação.

Na Nova República, permaneceu majoritária a interpretação da paridade entre tratados internacionais e lei nacional, vislumbrando-se, ainda, uma certa dificuldade quanto à compreensão do alcance da disposição do § 2º³ do artigo 5º da Constituição então promulgada, apesar de relevante doutrina professar a incorporação dos tratados internacionais sobre direitos humanos como normas materialmente constitucionais integrantes do bloco de constitucionalidade.

Mesmo após a incorporação ao direito interno da Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de San Jose da Costa Rica⁴ e do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos⁵, ainda se discutia nos setores judiciários a recepção da prisão civil decorrente de contrato firmado com alienação fiduciária em garantia, apesar de referidos tratados vedarem prisão por dívida advinda de contrato.

Somente nos idos de 2000 ganhou relevo a tese da supralegalidade, que, suplantando a timidez com que vinha sendo considerada, deu uma guinada histórica.

Definiu-se, assim, no final da primeira década desse milênio, *status* normativo supralegal aos tratados incorporados ao direito nacional, mas não de forma indiscriminada, pois limitado aos tratados internacionais sobre direitos humanos.

Contribuiu para se levar a efeito essa decisão a impossibilidade – na visão do Supremo Tribunal Federal – do acolhimento da redação do § 2º do artigo 5º da Constituição como cláusula aberta de recepção dos tratados internacionais sobre direitos humanos.

³ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 05 de outubro de 1988. 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. Disponível em: <[HTTP://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 11 jan. 2013.

⁴ BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992b. Promulga a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <[HTTP://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em: 11 jan. 2013.

⁵ BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992a. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966. Disponível em: <[HTTP://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm)>. Acesso em: 11 jan. 2013.

Passaram, assim, os tratados internacionais sobre direitos humanos integrantes do ordenamento jurídico nacional a ter primazia sobre a legislação infra-constitucional, embora hierarquicamente inferiores às normas constitucionais.

Interessante acrescentar que a Emenda Constitucional nº 45⁶ inseriu o § 3º⁷ no artigo 5º da Constituição, definindo, a partir de então, que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Contudo, a estatura hierárquica dos tratados internacionais não ficou definitivamente esclarecida, ante a possibilidade de referidos tratados, incorporados após a edição da Emenda Constitucional nº 45, poderem restar impregnados tanto da condição de norma supralegal, quanto do caráter de norma constitucional, a depender do quórum de votação adotado na sua internalização, uma vez que o §3º foi inserido na Constituição como uma norma de caráter permissivo.

Portanto, a tese da supralegalidade, que deve permanecer estável por um bom período, brindada no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP⁸, concernente à prisão civil do depositário infiel na alienação fiduciária em garantia, transpirou da fundamentação de votos que indicaram a adoção do artigo 7, 7º, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San Jose da Costa Rica, e do artigo 11¹⁰ do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos como normas prevalentes sobre as normas reguladoras da parte final do inciso LXVII do artigo 5º da Constituição.

⁶ BRASIL. Emenda Constitucional nº 45, Altera dispositivos, acrescenta artigos à Constituição (1988) e dá outras providências. Publicada no DO de 30 dez 2004. Art. 5º [...] §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. Disponível em: <[HTTP://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm)>. Acesso em: 11 jan. 2013.

⁷ Ibid.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP. Relator: Ministro Cezar Peluso, publicado no DJ de 05 jun. 2009. Disponível em: [HTTP://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444). Acesso em: 11 jan. 2013.

⁹ BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992b.. Promulga a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Art.7 [...] Item 7: Ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar. Disponível em: <[HTTP://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em: 11 jan. 2013.

¹⁰ BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992a. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966. Art. 11. Ninguém poderá ser preso apenas por não cumprir com uma obrigação contratual. Disponível em: <[HTTP://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm)>. Acesso em: 11 jan. 2013.

1.1 Os tratados internacionais na República Velha e sua influência

Na vigência da primeira Constituição republicana, a nossa Suprema Corte, por duas vezes, expressou manifestação relevante acerca dos tratados internacionais, fixando precedentes.

O primeiro dos casos, refere-se à extradição de Luigi Vincenzo Giovanneti, solicitada pelo governo da Itália com base em tratado firmado com o Brasil em 1873.

Preso por ordem do Ministro da Justiça e Negócios Interiores, impetrou-se *habeas corpus* em seu favor ao argumento de não haver qualquer prova que animasse a extradição, vislumbrando-se, unicamente, uma acusação da prática de crime de falsificação de diplomas eleitorais que teria motivado sua condenação à revelia, o qual afirmava se tratar de crime político, não constante, ademais, do elenco enumerado no tratado firmado com o governo da Itália a permitir a extradição.

Solicitadas informações pelo juízo federal, manifestou o Ministro da Justiça que, além da prisão e extradição de criminosos ter caráter reservado, não poderia nada esclarecer por se tratar de indivíduo já extraditado, posto à disposição da legação que o reclamou.

Voltou a peticionar nos autos o representante do paciente alegando a ausência de qualquer prova acerca da legalidade do pedido de extradição, sob a assertiva de sequer se ter juntado o teor da sentença condenatória, não bastando, para tal fim, a menção a dispositivo do código penal italiano.

Negada a ordem, recorreu-se ao Supremo Tribunal Federal que, em acórdão de 7 de junho de 1905¹¹, firmou ser legítima a intervenção do Poder Judiciário em matéria de extradição e, considerando a necessidade do cumprimento das formalidades pactuadas no tratado, além da deficiência das informações

¹¹ *O Direito*: Revista Mensal de legislação, doutrina e jurisprudencia. Rio de Janeiro: M.OROCCO & C., v.98, Ano XXXIII-1905, Setembro a Dezembro, p. 249-250.

prestadas, determinou a apresentação do extraditando perante a Corte com os esclarecimentos e documentação pertinente a serem enviados pelo Ministro da Justiça.

Ao considerar legítima a intervenção do Poder Judiciário em matéria de extradição e analisar a documentação referente ao que foi solicitado, o Supremo Tribunal Federal verificou cumprir os seguintes requisitos que reputava essenciais, ou seja, ter o pedido sido efetuado por via diplomática, acompanhado da sentença condenatória, dos sinais pessoais do condenado a permitir sua identificação, do mandado de prisão expedido por autoridade competente e do texto da lei aplicável ao fato.

Feito o cotejo da documentação com o teor do tratado, concluiu pela ausência de ilegalidade ou abuso de poder ou da configuração de crime político, negando, assim, a ordem em acórdão lavrado em 14 de junho de 1905¹².

Tal decisão, que firmou a legitimidade do Poder Judiciário em intervir na questão da extradição, acabou por fixar os parâmetros em que ela poderia ser concedida, dando ensejo a impetrações de diversos habeas corpus, a exemplo do impetrado em 1908 pelo cidadão americano Joseph W. Swan¹³, o qual teve sua extradição solicitada pelos Estados Unidos da América com base em tratado firmado com o Brasil em 1903, fundamentada na prática do crime de subtração de menor.

Preso por ordem do Ministro da Justiça, aguardava na cadeia, juntamente com seu filho menor impúbere, o qual havia sido acusado de subtrair, a apresentação da documentação pertinente ao pedido de extradição, que deveria ser entregue ao governo brasileiro, nos termos do tratado firmado, no prazo de sessenta dias, a permitir a análise do cumprimento das formalidades autorizadas do pedido.

Preocupado com a saúde do filho e induzido pelo cônsul americano, assinou o paciente documento no qual declinava concordar ser imediatamente extraditado, dispensando, assim, o prazo de sessenta dias concedido à entrega da documentação que daria suporte à concessão da extradição, fato que motivou o governo brasileiro a providenciar a pronta entrega do extraditando, a ser consumada na partida do primeiro vapor para Nova Iorque.

¹² Ibid., p. 252-255.

¹³ *O Direito*: Revista Mensal de legislação, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: M. OROCO & C., v.98, Ano XXXIII-1905, v.106, Ano XXXVI-1908, Maio a Agosto, p. 584-611.

Arrependido, impetrou o paciente novo habeas corpus, pois o crime do qual foi acusado não era punido pela lei nacional, o que obstava a concessão da extradição.

O habeas corpus foi concedido, primeiramente, para determinar ao governo brasileiro não entregar o extraditando, ao argumento de que se fazia necessário analisar a documentação pertinente ao pedido e o cumprimento de suas formalidades segundo as regras e preceitos do tratado firmado, o qual concedia o prazo de sessenta dias não ao extraditando, mas sim à nação requerente, que não poderia dele desistir para efeito de se libertar de uma obrigação assumida, isto é, a apresentação da documentação exigida, cumprir o *pacta sunt servanda*.

Apresentada e analisada a documentação, foi o habeas corpus finalmente concedido ao argumento de que: “si o facto attribuido ao paciente «fosse perpetrado» no Brazil, não «se justificaria a prisão e julgamento» e que, portanto, nos termos do art. 1º do tratado não pode dar logar á extradição”¹⁴.

Acabou, assim, o Supremo Tribunal Federal por fixar, às avessas, que a prisão e entrega de pessoa que tivesse contra si pedido de extradição só poderia ser efetuada com base no respectivo tratado internacional e, ainda, cujo pedido formulado se encontrasse em consonância com aquele, de modo a banir a extradição fundada na mera vontade do Poder Executivo ou fundada em simples promessa de reciprocidade, valorizando o papel do Congresso Nacional, a quem claramente cabia resolver definitivamente sobre convenções e tratados, nos termos do artigo 34, nº 12 e 48 nº 16 da Constituição de 1891¹⁵.

O segundo caso ocorreu já na vigência da Lei nº 2.416, de 28 de junho de 1911¹⁶, que passou a regular a extradição de nacionais e estrangeiros e o processo e julgamento dos mesmos, quando, fora do país, perpetrassem algum dos crimes nela mencionados.

Postulava, então, a legação alemã a extradição de Ernst Wegscheider, pronunciado pelo crime de bancarrota fraudulenta consumado no Império Alemão, postulação essa encaminhada, por força do artigo 9º da Lei nº 2.416, de 28 de junho

¹⁴ Ibid., p.611

¹⁵ Brasil, 1891.

¹⁶ BRASIL. Lei nº 2.416, de 28 de junho de 1911. Regula a extradição de nacionaes e estrangeirose o processo e julgamento dos mesmos, quando, fora do paiz, perpetrarem alguns dos crimes nela mencionados. Disponível em: <[HTTP://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=2416&tipo_norma=LEI&data=19110628&link=s](http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=2416&tipo_norma=LEI&data=19110628&link=s)>. Acesso em: 1º fev. 2013.

de 1911¹⁷, pelo Ministro da Justiça e dos Negócios Interiores ao Presidente do Supremo Tribunal Federal, a qual foi autuada como Pedido de Extradicação nº 7, em 08 de janeiro de 1913¹⁸.

Referida lei prescrevia em seu artigo 12 o seguinte: “Publicada esta lei, será o seu texto enviado a todas as nações com as quaes o Brazil mantém relações e serão denunciados todos os tratados de extradição ainda vigentes”.¹⁹

Ouvido o então Procurador Geral da República, Muniz Barreto, este se posicionou favorável à extradição, caso o extraditando não apresentasse defesa procedente.

Decidiu, contudo, o Supremo Tribunal Federal, em 29 de janeiro de 1913, denegar a extradição, acolhendo voto de Canuto Saraiva, ao argumento do pedido não ter observado formalidade essencial, quanto ao necessário reconhecimento, perante o representante brasileiro no país de origem, das firmas que o subscreveram e a qualidade das pessoas que nele intervieram.

Quase um ano após a decisão, o então Ministro da Justiça e Negócios Interiores, Herculano Freitas, por meio do Aviso nº 12, de 07 de janeiro de 1914, comunicou ao Supremo Tribunal Federal que a remessa da documentação referente ao Pedido de Extradicação nº 7 se deu por engano, uma vez que naquele momento, inclusive do julgamento que concluiu pela negativa da extradição, ainda não havia sido denunciado o tratado firmado entre o Brasil e o então Império Alemão, que tinha como objeto a matéria em questão, isto é, a extradição, vez que só o fora em 14 de março de 1913, exortando, assim, obediência ao convencionado e observância à entrega do extraditando.

O Supremo Tribunal Federal decidiu, diante do contexto dos fatos e da matéria regulada, tornar insubsistente o acórdão de 29 de janeiro de 1913, lançado em referido pedido de extradição, declarando-se incompetente para conhecer da questão, porquanto sua competência fundamentava-se na Lei nº 2.416, de 28 de junho de 1911, cuja eficácia, de acordo com o caso a ser decidido, dependia da denúncia do respectivo tratado.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ RODRIGUES, Manoel Coelho. *A extradição: no direito brasileiro e na legislação comparada*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, Tomo III, Anexos A e B, p. 75-78.

¹⁹ BRASIL, 1911.

O Supremo Tribunal Federal terminou, assim, por endossar ponto firmado, à época, pelo próprio Congresso Nacional que, ao editar a Lei nº 2.416, de 28 de junho de 1911, estabeleceu que a derrogação desses tratados no direito interno está afeta à respectiva denúncia, permitindo, portanto, sua prevalência sobre lei interna, enquanto não operado referido requisito.

1.2 A visão da República Nova quanto à posição dos tratados internacionais na hierarquia das normas

Logo no início da República Nova, ainda no governo provisório, a Sub-Comissão de Naturalização, Entrada e Expulsão de Estrangeiros, do Ministério da Justiça e Negócios Interiores – 15ª Sub-Comissão Legislativa – fez publicar no Diário Oficial nº 269, de 22 de novembro de 1933²⁰, o anteprojeto de lei sobre cooperação internacional nos processos criminais, a ser proposto em substituição à então Lei nº 2.416, de 28 de junho de 1911.

Seu artigo 1º já determinava o objetivo que perseguia, pois contava com a seguinte redação: “Compete às autoridades federais pedir e prestar cooperação internacional nos processos criminais, segundo as convenções e tratados, e, na falta ou nos pontos omissos, de acordo com as disposições da presente lei.”.

Na exposição de motivos de referido anteprojeto, fez-se constar expressamente a intenção de se positivar a prevalência do direito internacional sobre o direito interno e a revelação da inspiração de sua redação e respectivo mecanismo de funcionamento, nos seguintes termos:

A formula do art. 1º do ante-projeto inspirou-se na que foi adotada pelo artigo primeiro da lei francesa, cujo princípio, também aceito na lei alemã, art. 46, 1º, é considerado pelos internacionalistas, em face de sua ductilidade, como próprio a facilitar a unificação do direito extradicional (MERCIER, loc. cit., pags. 185/186).

Certo permite o artigo a vigência dos tratados existentes e não proíbe a confecção de novos, mas como a lei vai regular os pontos omissos dos

²⁰ BRASIL. Diário Oficial. Rio de Janeiro: n. 269, nov. 1933, p. 22047. Disponível em: [HTTP://www.jusbrasil.com.br/diarios/2237386/dou-secao-1-22-11-1933-pg16/pdfView](http://www.jusbrasil.com.br/diarios/2237386/dou-secao-1-22-11-1933-pg16/pdfView) . Acesso em: 1º fev 2013.

tratados, o controle jurisdicional que ela prescreve, estará sempre de pé, salvo disposição expressa, em contrário, de alguma convenção ou tratado, o que se espera o Governo do Brasil jamais pactuará.²¹

Abre-se, assim, a República Nova com a intenção de se conceder primado aos tratados internacionais sobre o direito interno de forma positivada, tal qual o fez a República Velha. Porém, dispensou-se atribuir à denúncia do tratado maior relevância, especialmente que viesse a implicar pretensão de hegemonia à norma interna, que, nos termos da proposta, sempre estaria em grau de subserviência aos tratados internalizados, objetivando unicamente regular eventuais omissões.

Já em 1940, vê-se na Carta Rogatória nº 89²² aguçar um sentimento de soberania.

O caso versou sobre a concessão de *exequatur* permitindo a citação de uma brasileira para responder a uma ação de divórcio na Bolívia, quando, dentre outros pontos, já transitado em julgado seu desquite no Brasil

Dessa decisão, agravou a parte prejudicada alegando, como um dos tópicos de sua fundamentação, a primazia dos tratados internacionais sobre a norma de direito interno, uma vez que havia acordo internacional entre o Brasil e a Bolívia sobre as cartas rogatórias.

O então Procurador Geral da República, Gabriel Resende Passos, emitiu parecer manifestando que: “O art. 124 da Constituição coloca a família sob a proteção do Estado e estipula como base para a constituição da família o casamento indissolúvel.”²³. Dessa forma, concluiu que o divórcio, por tender a dissolver o vínculo conjugal, obstava a concessão do *exequatur*, pois acabava por atentar contra a Constituição, a nossa soberania ou ordem pública.

Ao defender o ato de seu antecessor, o então presidente do Supremo Tribunal Federal, Eduardo Espínola, manifestou, dentre outros fundamentos, que, além da carta rogatória em questão atentar contra a Constituição, havia precedente

²¹ Ibid, p. 22048.

²² *Revista de Jurisprudência Brasileira*. Rio de Janeiro: Redação e administração. Ago. 1944. Mensal. v. LII, f. 155, p. 133-173.

²³ Ibid., p. 169.

da Bolívia ter negado execução a uma carta rogatória do Brasil ao argumento de ser incompatível com suas leis.

No entanto, quanto aos tratados, consignou o seguinte:

Sem dúvida, nos termos do art. 5º do Acordo entre o Brasil e a Bolívia, [...] – “na execução das cartas rogatórias – os embargos opostos pelas partes serão sempre admitidos, processados e remetidos ao juiz da causa para serem julgados como for de direito”.

Contra essa regra consagrada na convenção internacional não podem, é certo, prevalecer quaisquer normas de direito interno, salvo as consagradas na Constituição.

Assim, pouco importa que o Regimento Interno deste Tribunal declare no art. 225 que os embargos à rogatória serão afinal julgados pelo Presidente do Tribunal, após audiência do Procurador Geral da República. Cumpre atender ao acordo internacional.²⁴

Evidente, portanto, que, embora aguçado o sentimento de soberania, valorizou-se, naquele momento, o respeito ao princípio do *pacta sunt servanda*, denotando-se um certo prestígio ao cumprimento dos compromissos advindos dos tratados internacionais quando observada a reciprocidade, mas com a inegociável preservação da supremacia da Constituição.

Em 1943, foi a julgamento causa relativa à tributação aduaneira, em cujas importações incidia o Tratado de Comércio e Navegação firmado entre o Brasil e o Uruguai, promulgado pelo Decreto nº 23.710, de 09 de janeiro de 1934²⁵. Philadelpho Azevedo relatou, então, a Apelação Cível nº 7.872/RS²⁶.

Sem dar maior atenção às teorias dualista ou monista ou mesmo à classificação dos tratados internacionais, Philadelpho Azevedo adentrou em ponto que considerava nevrálgico, ou seja, “a atuação do tratado, como lei interna, no sistema de aplicação do direito no tempo, segundo o equilíbrio de normas, em regra afetadas as mais antigas pelas mais recentes.”²⁷

²⁴ Ibid., p. 170-171.

²⁵ BRASIL. Decreto nº 23.710, de 9 de janeiro de 1934. Promulga o Tratado de Comércio e Navegação entre o Brasil e o Uruguai, de 22 de novembro de 1933. Disponível em: <[HTTP://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-23710-9-janeiro-1934-557865-publicacaooriginal-78588-pe.html](http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-23710-9-janeiro-1934-557865-publicacaooriginal-78588-pe.html)>. Acesso em: 1º fev. 2013.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação Cível nº 7872/RS, de 11 out. 1943. Relator: Ministro Philadelpho Azevedo. Relator para o acórdão o acórdão: Ministro Laudo de Camargo. Disponível em: <[HTTP://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=519551](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=519551)>. Acesso em: 1º fev. 2013.

²⁷ Ibid., p. 81.

Desenvolveu, a partir daí, seu raciocínio quanto ao problema do tratado no tempo, afirmando que, a princípio, não restam dúvidas de que este altera as leis anteriores, afastando sua incidência nos casos especialmente regulados. Contudo, exaltou a dificuldade no efeito inverso com o seguinte questionamento: “o tratado é revogado por leis ordinárias posteriores, ao menos nas hipótese em que seriam uma outra lei?”²⁸

Respondeu a esse questionamento com suporte, primeiramente, em Eptácio Pessoa, Clóvis Beviláqua e Hildebrando Acioli, que sustentavam o tratado surtir efeitos vinculativos aos quais nenhuma das partes cabe se exonerar isoladamente, senão por meio da denúncia, nos termos acordados, prestigiando o *pacta sunt servanda*.

E aduziu, ainda:

Na America, em geral, tem assim força vinculatoria a regra de que um paiz não pode modificar o tratado, sem o acordo dos demais contratantes; proclama-o até o art. 10 da Convenção sobre os Tratados, assinada na 6^a Conferencia Americana, de Havana, e entre nós promulgada pelo decreto 18956 de 22 de outubro, de 1929, embora não o havendo feito, até 1938, o Uruguay, tambem seu signatário.²⁹

Em seguida, enfatizou o caráter especial do tratado no contexto hierárquico do direito interno com base em magistério de Oscar Tenório e Hildebrando Acioli para, enfim, concluir que o Supremo Tribunal Federal já decidira em 7 de janeiro de 1914, no julgamento do Pedido de Extradicação nº 7, acerca da primazia dos tratados sobre o direito interno, salvo se denunciados.

Nesse ponto fez o seguinte destaque:

Por isso a tecnica exata e sincera foi a que adotou a lei de extradicação de 1911, mandando no art. 12 que fossem denunciados todos os tratados vigentes para que ela pudesse vigorar generica e irrestritamente, mas antes dessa denuncia os Tratados não seriam alcançados pela lei, como reconheceu, acabamos de ver, o Supremo Tribunal Federal em 1914.³⁰

²⁸ Ibid., p. 81.

²⁹ Ibid., p. 82.

³⁰ Ibid., p. 84.

Apesar da profunda reflexão e fundamentação de Philadelpho Azevedo, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, acompanhando voto divergente lavrado em cinco linhas³¹, não adotou, naquele momento, a tese da primazia do tratado internacional no ordenamento jurídico brasileiro.

Contudo, essa decisão não chegou a firmar precedente, pois esse entendimento caiu por terra nos anos seguintes.

No julgamento da Apelação Cível nº 8332/RS³², quando estava na pauta de discussão o mesmo tratado, isto é, a isenção aduaneira dele decorrente, Orosimbo Nonato, acompanhando voto divergente, manifestou que o tratado vincula as altas partes, que não podem ditar lei alguma que o contrarie, salvo se denunciado, e concluiu: “Enquanto não fizer a denúncia, não pode ser descumprido o tratado e a obrigatoriedade de sua observância, a não ser que se use dêsse meio específico, acarreta a consequência de que o Estado continua preso ao tratado”³³.

Já em 1950, quando se discutia, em sede de embargos, a interpretação de cláusula de mencionado tratado firmado entre o Brasil e o Uruguai, Lafayette de Andrada, nos autos de Apelação Cível nº 9.583/RS³⁴, fazendo uso das palavras de Hahnemann Guimarães, ditas alhures, acentuou:

Os tratados são interpretados de acordo com sua própria finalidade, e não em conformidade com as disposições legais restritivas do país contratante.

O tratado é lei especial, cuja aplicação não deve ficar subordinada à lei geral de cada país [...].³⁵

A idéia do tratado como uma lei especial, de estatura distinta no ordenamento jurídico infraconstitucional começa a se solidificar.

Em 1951, o Supremo Tribunal Federal passa, então, a adotar o entendimento de que “[...] o tratado revoga as leis que lhe são anteriores, mas não

³¹ Ibid., p. 95.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação Cível nº 8332/RS, de 07 jun. 1944. Relator: Ministro Waldemar Falcão. Redator para o acórdão: Ministro Goulart de Oliveira. Disponível em: <[HTTP://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=565271](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=565271)>. Acesso em: 1º fev. 2013.

³³ Ibid., p. 21.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação Cível nº 9583/RS, de 26 jun. 1950. Relator: Ministro Lafayette de Andrada. Disponível em: < [HTTP://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=31070](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=31070) >.

Acesso em: 1º fev. 2013.

³⁵ Ibid., p. 168.

podem ser revogados pelas leis posteriores, se estas não se referirem expressamente a essa revogação ou se não denunciarem o tratado”³⁶.

Assim enfeixou seu voto Lafayette de Andrada, ao relatar a Apelação Cível nº 9.587/DF³⁷, inspirado em Philadelpho Azevedo, a quem atribui o brilhante pronunciamento jurídico relativo à força do tratado na legislação dos países que a ele se obrigaram, confirmando seu posicionamento anterior externado nos embargos acima mencionados.

Volta, então, o Supremo Tribunal Federal a acolher o requisito da denúncia, como óbice para a revogação do tratado por lei interna posterior, caso não operada aquela, nos termos como a República Velha considerou a questão, acrescentada, naquele momento, a necessidade de referência expressa à revogação do tratado, caso pretendida.

1.3 A inserção dos tratados internacionais no ordenamento jurídico nacional e sua posição hierárquica à época do Regime Militar

Em 1966, sancionada a Lei nº 5.172³⁸, foi positivado o caráter especial dos tratados internacionais sobre a legislação tributária interna, que, mesmo posterior à sua incorporação ao direito nacional, sobre eles não prevaleceria – como ainda não prevalece – seguindo, assim, o assentado na década de 50, com fundamento nas decisões proferidas na República Velha.

Contudo, no início da década de 70, o Tribunal de Justiça do Paraná optou por divergir dessa linha, ao apreciar, em sede de agravo, questão pertinente à aplicação da Lei Uniforme do Cheque.

Consignou em sua decisão, seguindo a teoria dualista, que as convenções internacionais não têm o condão de modificar a lei interna do Estado

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação Cível nº 9587/RS, de 21 ago. 1951. Relator: Ministro Lafayette de Andrada. P. 36. Disponível em: <[HTTP://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=25026](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=25026)>. Acesso em: 1º fev. 2013.

³⁷ Ibid.

³⁸ BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o sistema tributário nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <[HTTP://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm)>. Acesso em: 1 fev. 2013.

que a ratifica, uma vez que aquelas, para vigorarem no Brasil, necessitariam de uma outra lei dispendo sobre seu conteúdo, independente da sua ratificação, aduzindo, ainda, que as nossas Constituições jamais dispuseram sobre a imediata eficácia dos tratados, razão por que entendia inaplicável referida lei ao caso que lhe fora submetido.

A decisão foi objeto do Recurso Extraordinário nº 71.154/PR³⁹, relatado por Oswaldo Trigueiro, e acabou por ser reformada pelo Supremo Tribunal Federal, que acatou à unanimidade o voto do relator.

Entendeu a Corte Suprema que o tratado ou convenção resta internalizado no ordenamento jurídico nacional quando sua aprovação seguir o rito imposto na Constituição, ou seja, contar com a participação do Congresso Nacional e do Presidente da República, por meio de seus atos próprios, dispensadas, por conseguinte, as formalidades impostas à lei para vigorar no plano interno.

Oswaldo Trigueiro rememorou, no julgamento, o parecer do então Consultor-Geral da República, Adroaldo Mesquita da Costa, que, por sua vez, em referida peça, lembrava a participação que teve na Assembléia Nacional Constituinte de 1946 quando, por meio de impugnação, fez retirar do texto da Carta em elaboração – ao argumento de superfluidade – a seguinte disposição: “os tratados e convenções que celebrar na forma desta Constituição passarão a fazer parte da legislação interna”.⁴⁰

Enfim, a situação posta à época não se confundia com a que vinha sendo debatida ao longo dos anos, uma vez que não versava sobre a primazia das leis nacionais ou dos tratados internacionais, mas sim sobre a própria eficácia destes no direito interno.

Voltou à tona, no entanto, no ano de 1977, a discussão do primado dos tratados internacionais sobre a lei nacional ao se questionar pretensa violação da Convenção de Genebra – Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias⁴¹.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação Cível nº 71.154/PR, de 4 ago. 1971. Relator: Ministro Oswaldo Trigueiro. Disponível em: <[HTTP://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=166999](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=166999)>. Acesso em: 1º fev. 2013.

⁴⁰ Ibid., p. 285.

⁴¹ BRASIL. Decreto nº 57.663, de 24 de janeiro de 1966. Promulga as convenções para a adoção de uma lei uniforme em matéria de letra de câmbio e notas promissórias. Disponível em: <[HTTP://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D57663.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D57663.html)>. Acesso em: 1º fev. 2013.

A questão circunscrevia-se ao fato de referida Convenção ter sido ou não alterada indevidamente pelo Decreto-lei nº 427, de 22 de janeiro de 1969⁴², o qual cominou sanção de nulidade para a cambial não levada ao registro por ele instituído, exigência não imposta pelo ato internacional incorporado.

Levado a efeito Recurso Extraordinário, tombado sob o nº 80.004/SE⁴³, cuja relatoria coube a Xavier de Albuquerque, e ouvido o então Procurador Geral da República, Moreira Alves, este se absteve de opinar a respeito da não validade do Decreto-lei nº 427, frente à Convenção de Genebra, ao argumento da matéria não ter sido prequestionada, restringindo-se a apreciar a questão da nulidade da cambial.

Em seu voto, Xavier de Albuquerque adotou a linha sedimentada na República Nova, inspirada nos entendimentos firmados pelo Supremo Tribunal Federal na República Velha, concluindo que a lei interna não poderia modificar o tratado, salvo se denunciado.

Em voto vista, divergindo do relator, Cunha Peixoto, fazendo considerações acerca da teoria dualista, manifestou que as regras de direito internacional contidas em tratados normativos, para valer no ordenamento jurídico interno, deveriam ser postas em vigor por uma ordem de execução, isto é, por um ato praticado com base no direito nacional – uma lei.

Aduziu, ainda, ao continuar a divergência, inexistir previsão constitucional que amparasse como irrevogável uma lei só pelo fato de ter sua origem no rito da incorporação de tratado ao direito interno, ao argumento de que a inconstitucionalidade residiria, nesse caso, na situação de só o Presidente da República poder revogá-la por meio da denúncia do tratado.

Cordeiro Guerra lançou seu voto discordando de Cunha Peixoto quanto à exigência de uma ordem de execução para se incorporar o tratado ao nosso ordenamento jurídico, embasando seu raciocínio no precedente relatado por

⁴² BRASIL. Decreto-lei nº 427, de 22 de janeiro de 1969a. Dispõe sobre a tributação do imposto de renda na fonte, registro de letra de câmbio e notas promissórias e dá outras providências. Disponível em: <[HTTP://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/1965-1988/Del0427.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/1965-1988/Del0427.htm)>. Acesso em: 1º fev. 2013.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 80.004/SE, de 1 jun. 1977. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque. Redator para o acórdão: Ministro Cunha Peixoto. Disponível em: <[HTTP://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365)>. Acesso em: 1º fev. 2013.

Oswaldo Trigueiro, mas concluiu que tanto o tratado incorporado ao direito interno quanto a lei nacional gozam de paridade hierárquica, exaltando que a denúncia é meio próprio de revogação do tratado no plano internacional, não no campo do direito interno, pois se assim não fosse jamais poderia aquele ser objeto de controle de constitucionalidade.

Já Leitão de Abreu trouxe sua contribuição entendendo que a lei posterior não revogava, em sentido técnico, o tratado, mas apenas afastava sua aplicação, uma vez que poderia este voltar a ser aplicado caso aquela fosse revogada.

Sob esses enfoques foi firmado o precedente da paridade hierárquica no direito interno entre o tratado internacional, devidamente incorporado, e a lei nacional, utilizando-se para a solução de eventual conflito a máxima *lex posterior derogat priori*, o que vigorou por quase quarenta anos.

1.4 A Nova República e os tratados internacionais

Na égide da nova ordem constitucional, foi incorporada ao direito interno, no ano de 1992, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San Jose da Costa Rica e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, os quais vedam a prisão por dívida decorrente de obrigação contratual.

Não obstante, figurava no meio jurídico como questão recorrente, desde os idos de 1970, a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel, decorrente da alienação fiduciária em garantia regida pelo Decreto-lei nº 911, de 1º de outubro de 1969⁴⁴, fato suplantado no âmbito do ordenamento constitucional anterior quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 84.779/PR⁴⁵, de 17 de março de 1976, momento que se reconheceu sua constitucionalidade.

⁴⁴ BRASIL. Decreto-lei nº 911, de 1º de outubro de 1969b. Altera a redação do artigo 66 da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária e dá outras providências. Disponível em: <[HTTP://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/1965-1988/De10911.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/1965-1988/De10911.htm)>. Acesso em: 1º fev. 2013.

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 84.779/PR, de 17 mar. 1973. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque. Disponível em: <[HTTP://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=178990](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=178990)>. Acesso em: 12 jan. 2013.

No entanto, não cessou o inconformismo contra a prisão civil decorrente da alienação fiduciária em garantia e o novo ambiente constitucional acabou por proporcionar meios para se levar a questão novamente ao Supremo Tribunal Federal, o que de fato ocorreu.

No ano de 1993, submetido caso concreto à Segunda Turma da Corte Suprema, por meio do Habeas Corpus nº 70.625-8/SP⁴⁶, relatado por Neri da Silveira, julgou-se inexistente qualquer constrangimento ilegal ou ofensa à Constituição resultante da prisão civil decorrente da alienação fiduciária em garantia.

No ano seguinte, essa mesma Turma, julgando o Habeas Corpus nº 71.286-0/MG⁴⁷, acompanhando voto de Francisco Rezek, declarou recepcionado pela nova ordem constitucional o Decreto-lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, manifestando que a equiparação do devedor fiduciário ao depositário infiel não afrontava a Constituição.

No entanto, no ano de 1995, no julgamento do Habeas Corpus nº 72.131-1/RJ⁴⁸, em Sessão Plenária, Marco Aurélio ao relatar o feito, abordou a questão da prisão civil, decorrente do depósito da alienação fiduciária em garantia de maneira diferente, isto é, não só sob o aspecto da inexistência de depósito a caracterizar técnica e estritamente a figura do depositário infiel suscetível de prisão, mas, pela primeira vez, sob o ângulo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San Jose da Costa Rica, que entendia, naquele momento, incorporada ao direito interno como lei ordinária, portanto, derogadora da anterior que previa a prisão civil fundada em dívida decorrente de contrato.

Inaugurou a divergência vencedora Moreira Alves, sob a assertiva de que o depósito por força de lei não descaracteriza a situação da infidelidade do depositário, que fica sujeito à prisão civil enquadrada na ressalva constitucional, aduzindo, quanto à Convenção evocada, que, além de incorporada no patamar de

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 70.625-8/SP, de 23 out. 1993. Relator: Ministro Neri da Silveira. Disponível em: <[HTTP://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72565](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72565)>. Acesso em: 1º fev. 2013.

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 71.286-0/MG, de 30 ago. 1994. Relator: Ministro Francisco Rezek. Disponível em: <[HTTP://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73007](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73007)>. Acesso em: 1º fev. 2013.

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 72.131-1/RJ, de 23 nov. 1995. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministro Moreira Alves. Disponível em: <[HTTP://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573)>. Acesso em: 1º fev. 2013.

lei ordinária, o foi como norma de caráter geral, insuscetível de revogar norma de caráter especial, como a prevista no Decreto-lei nº 911, de 1º de outubro de 1969.

Acompanharam o relator, Francisco Rezek, enfatizando que caso denunciada referida Convenção pelo Brasil, poderia ser restabelecida a prisão civil do depositário infiel⁴⁹, e Carlos Velloso, ressaltando que a Convenção trata de um direito fundamental em pé de igualdade com os direitos fundamentais expressos na Constituição.⁵⁰

Já em 1997 a questão foi debatida mais amplamente no pedido da medida cautelar formulado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480-3/DF⁵¹, relatada por Celso de Mello, na qual se discutiam os termos da Convenção nº 158 da OIT⁵² e sua validade no ordenamento jurídico, não resultando do julgamento, contudo, qualquer inovação.

Esclareceu-se o *iter* procedimental de incorporação dos tratados internacionais ao ordenamento jurídico nacional, ressaltando-se, como último ato, o decreto presidencial, e seus três efeitos, ou seja, a promulgação, a publicação e a executoriedade, quando, então, passam a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno, confirmando, nesse ponto, a jurisprudência sedimentada por Oswaldo Trigueiro nos autos de Recurso Extraordinário nº 71.154/PR⁵³.

Confirmou-se o princípio da supremacia da Constituição, à qual os tratados se submetem e encontram sua fonte de validade ao serem incorporados ao direito interno, prevalente, portanto, ao do *pacta sunt servanda*, submetidos ao controle de constitucionalidade.

E, finalmente, foram apontados, como critérios de solução de conflito entre norma nacional e tratado internalizado, o cronológico – *lex posterior derogat priori* – ou o da especialidade, quando cabível. Consignou-se, ademais, a impossibilidade do tratado internacional ser incorporado como norma reguladora de

⁴⁹ Ibid., p. 8696.

⁵⁰ Ibid., p. 8720.

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480-3/DF, de 04 set. 1997. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <[HTTP://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083)>. Acesso em: 1º fev. 2013.

⁵² BRASIL. Decreto nº 1.855, de 10 de abril de 1996. Promulga a Convenção 158 sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, de 22 de junho de 1982. Disponível em: <[HTTP://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1855.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1855.html)>. Acesso em: 1º fev. 2013.

⁵³ BRASIL, 1971, p.280.

matéria posta sob a reserva constitucional de lei complementar, embora reconhecida a inexistência de hierarquia entre lei complementar e lei ordinária.

O interessante nesse julgamento foi o voto vencido de Carlos Velloso, pelo qual afastava a alegada inconstitucionalidade material da Convenção nº 158 da OIT, ao argumento de ela ter se incorporado ao direito interno de forma autônoma, sob a assertiva de que “ela contém direitos e garantias, que são direitos e garantias fundamentais dos trabalhadores de cunho constitucional na forma estabelecida pelo § 2^o⁵⁴ do art. 5^o da C.F.”.

No ano de 2000 surge a aspiração de se conferir *status* supralegal aos tratados sobre direitos humanos no plano da hierarquia das normas.

Ao relatar o Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 79.785-7/RJ⁵⁵, no qual se discutiu a aplicação do duplo grau de jurisdição como princípio a permitir recurso em processo decidido em única instância, com fundamento na Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San Jose da Costa Rica, considerados os aspectos do § 2^o⁵⁶ do artigo 5^o da Constituição, Sepúlveda Pertence asseverou que a adoção da paridade hierárquica entre tratados incorporados e lei ordinária evidenciaria um verdadeiro esvaziamento da pretensão constituinte.

Assim, ao afirmar aproximar-se da linha desenvolvida por Cançado Trindade e Flávia Piovesan, embora não ainda de forma amadurecida, consignou:

[...] aceitar a outorga de força supra-legal às convenções de direitos humanos de modo a dar aplicação direta às suas normas – até, se necessário, contra a lei ordinária – sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes.⁵⁷

Os debates desenvolvidos em referido julgado deixaram clara a preocupação de se preservar a supremacia da Constituição, tendo Carlos Velloso mantido o posicionamento anteriormente adotado na Ação Direta de

⁵⁴ BRASIL, 1988.

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 79.785-7/RJ/RJ, de 29 mar. 2000. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <[HTTP://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102661](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102661)>. Acesso em: 1^o fev. 2013.

⁵⁶ BRASIL, 1988.

⁵⁷ BRASIL, 2000a. p. 301.

Inconstitucionalidade nº 1.480-2/DF⁵⁸, *verbis*: “Esta construção prestigiaria a Constituição que, repito, consagra como direito fundamental aqueles reconhecidos e inscritos em *‘tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte’*”⁵⁹.

Todavia, o entendimento da Corte Suprema em nada mudou, fato que pode ser conferido no Habeas Corpus nº 79.870-5/SP⁶⁰, relatado por Moreira Alves, que deixou patente prevalecer o entendimento firmado no Habeas Corpus nº 72.131-1/RJ⁶¹.

⁵⁸ BRASIL, 1997, p. 319

⁵⁹ BRASIL 2000a, p. 320.

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 79.870-5/SP, de 16 maio. 2000. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em: <[HTTP://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78179](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78179)>. Acesso em: 1º fev. 2013.

⁶¹ BRASIL, 1995, p. 8650.

2 A DECISÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 466.343-1/SP

Foi na decisão no Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP que se firmou a evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal quanto à elevação dos tratados internacionais sobre direitos humanos ao patamar de norma supralegal.

Cumpriu, assim, a Corte Suprema papel peculiar à sua alçada ao dar nova leitura à norma constitucional em atendimento às experiências passadas e transformações operadas no contexto sócio-jurídico.

A relatoria de mencionado Recurso Extraordinário coube a Cezar Peluso que abordou a questão posta em julgamento – prisão civil decorrente de contrato de alienação fiduciária – com um viés civilista, pois partiu do pressuposto da inexistência de afinidade entre o contrato de depósito e a alienação fiduciária em garantia, diante da impossibilidade da lei equiparar, arbitrariamente, posições jurídicas com o fim de submeter pessoas à exceção constitucional concernente à prisão civil⁶².

Dessa forma, Cezar Peluso não chegou a analisar o tema frente aos termos da Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San Jose da Costa Rica⁶³, embora tenha se referido a argumentos de Sepúlveda Pertence lançados no HC nº 72.131-1/RJ⁶⁴.

Foi Gilmar Mendes quem inaugurou a abordagem da questão sob o ângulo dos tratados, pois, embora tenha acompanhado o relator, o fez com fundamentação diversa, centrando sua argumentação em dois pontos.

O primeiro⁶⁵ deles se refere aos tratados internacionais sobre direitos humanos devidamente internalizados após a promulgação da Constituição de 1988, em especial a Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San Jose da Costa Rica⁶⁶ e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos⁶⁷, aos quais conclamou se conceder *status* supralegal dentro do sistema de hierarquia das normas, que tornariam inaplicáveis, portanto, as respectivas leis antinômicas, as

⁶² BRASIL, 2009a, p. 1107-1134.

⁶³ BRASIL, 1992.

⁶⁴ BRASIL, 1995, p. 8744-748.

⁶⁵ BRASIL, 2009a, P. 1135-1161.

⁶⁶ BRASIL, 1992.

⁶⁷ BRASIL, 1992.

quais, no caso *sub judice*, se identificavam com as reguladoras da prisão civil facultada na disposição do artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição.⁶⁸

O segundo⁶⁹ é pertinente ao princípio da proporcionalidade como elemento de proibição do excesso advindo da prisão civil decorrente do contrato de alienação fiduciária, com implicações na reserva legal proporcional.

Em linhas gerais, as argumentações de Cezar Peluzo e as de Gilmar Mendes não colidiram, antes, se completaram, levando a uma mesma conclusão, ou seja, o não provimento do recurso, embora as implicações jurídicas advindas do resultado do julgamento fossem diferentes a depender da adoção de uma ou de outra, ou mesmo das duas, o que levou seus pares, na sequência da ordem de votação, a ratificá-las, até chegar a vez do voto de Celso de Mello que, ao inserir em sua argumentação novo tempero, reformulou completamente o entendimento anterior que professava, em especial o externado na ADI nº 1.480-MC/DF.⁷⁰

Não divergiu Celso de Mello do ânimo da Corte em não mais permitir a prisão civil nos moldes ali discutidos, mas defendeu em sua fundamentação a orientação de se atribuir natureza constitucional às convenções internacionais sobre direitos humanos, sem, contudo, postergar o princípio da supremacia da Constituição⁷¹.

Essa nova orientação proposta por Celso de Mello levou Gilmar Mendes a manifestar que a sua eventual adoção implicaria risco de atomização das normas constitucionais, causando insegurança jurídica.⁷²

Levou, também, Cezar Peluso a aduzir que, para o julgamento do processo em pauta, seria irrelevante saber qual “[...] o valor, a autoridade ou a posição taxinômica que os tratados internacionais ocupam perante o ordenamento jurídico brasileiro”⁷³, uma vez que a adoção de outros fundamentos poderia levar à conclusão já assentada em não se permitir a prisão por dívida, senão a resultante de obrigação alimentícia.

⁶⁸ BRASIL, 2009a, p. 1160-1161.

⁶⁹ Ibid., p. 1161-1191.

⁷⁰ BRASIL, 1997.

⁷¹ BRASIL, 2009a, p. 1255.

⁷² Ibid., p. 1266.

⁷³ Ibid., p. 1271.

Houve uma série de intervenções estanques dos integrantes da Corte. Carlos Brito externou atender à dogmática constitucional a inflexão hermenêutica dada por Gilmar Mendes – ao atribuir caráter supralegal aos tratados internacionais – em matéria tão sensível como a da hierarquia das normas, com o cuidado de preservar a rigidez constitucional⁷⁴. Já Celso de Mello chegou até a manifestar a possibilidade de se promover um controle de convencionalidade dos atos estatais internos, visando a impedir a violação das cláusulas de um tratado de direitos humanos.

Finalizando o julgamento, Cezar Peluso confirmou seu voto aduzindo sua hesitação quanto à taxinomia dos tratados em face da Constituição, mas asseverou, ao aderir ao magistério de Paulo Barbosa Casella, que:

E é possível extrair da conjunção dos §§ 2º e 3º do art. 5º que o que temos aí é, pura e simplesmente, uma distinção entre os tratados sem **status** de emenda constitucional, que são materialmente constitucionais, e os do § 3º, que são materialmente e formalmente constitucionais. Qual a substância da distinção? A de regimes jurídicos. Com qual consequência? Com uma única consequência: saber os efeitos ou os requisitos do ato de denúncia pelo qual o Estado pode desligar-se dos seus compromissos internacionais. Esta é a única relevância na distinção entre as hipóteses do §2º e do §3º.⁷⁵

Gilmar Mendes, ao confirmar seu voto, voltou a alertar sobre as complicações que poderiam advir da atribuição de *status* constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos, conferindo ênfase à possibilidade de se gerar insegurança jurídica, e fechou a discussão da matéria com uma retrospectiva dos fundamentos declinados em seu voto, acrescido do conteúdo de suas intervenções posteriores.

A Corte concluiu pela supralegalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos, acolhendo, sobretudo, as argumentações de Gilmar Mendes.

Curioso é que, para chegarem a essa conclusão, integrantes da Corte consideraram, por vezes, a conjugação das disposições dos §§ 2º e 3º do artigo 5º da Constituição, quando não, sobrevalorizaram este último isoladamente, supondo a vontade do constituinte derivado em conferir grau hierárquico mais elevado aos

⁷⁴ Ibid., p. 1279-1280.

⁷⁵ Ibid., p.1305-1307.

tratados internacionais sobre direitos humanos a motivar sua incorporação no direito interno com um *status* especial no contexto da hierarquia das normas, sem, contudo, atentarem para a dificuldade de se internalizar esses tratados com o quorum de votação exigido para as emendas constitucionais, o que pretensamente já resultaria em retrocesso, uma vez que se poderia chegar à mesma conclusão ao se interpretar isoladamente o §2º do artigo 5º da Constituição.

Não menos curioso é o que transparece das discussões quanto a uma certa hesitação em se adotar a posição inserida por Celso de Mello, receio advindo há muito, conforme se constata das discussões sobre o tema da hierarquia dos tratados internacionais no direito interno ao longo dos anos no Supremo Tribunal Federal, nas quais sempre se deu ênfase à preservação da supremacia da Constituição.

Dessa forma, não só diante dos argumentos civilistas contrários à prisão por dívida, desenvolvidos ao longo da história e inspirados numa pálida preservação da incolumidade corporal – e, com o tempo, numa crescente defesa da dignidade humana –, mas, acima de tudo, considerando fortemente o amadurecimento resultante das discussões travadas na Corte Suprema, em épocas diversas, quanto ao primado dos tratados internacionais e, diante também das sucessivas apreciações e amadurecimento do tema, a prisão civil imposta ao depositário infiel, decorrente de dívida havida em contrato de alienação fiduciária, bem como a resultante de outras espécies de depósito, acabou por ter seu efeito paralisado no nosso ordenamento jurídico nacional por força da incorporação de tratados internacionais sobre direitos humanos, que passaram a gozar de *status* supralegal.

Tal decisão deu ensejo à Súmula Vinculante nº 25 com o seguinte teor: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”.⁷⁶

Evidenciou-se, portanto, do julgamento o predomínio de duas teses quanto à posição dos tratados internacionais na hierarquia das normas, ou seja, a que o considerou supralegal, vencedora, defendida por Gilmar Mendes, e a que o reputava de estatura constitucional, levantada por Celso de Mello.

⁷⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante 25, de 23 dez 2009b. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/Enunciados_Sumula_Vinculante_STF_1_a_29_31_e_32.pdf>. Acesso em: 20 fev 2013.

2.1 O voto e as manifestações de Gilmar Mendes quanto à primazia dos tratados internacionais e sua posição na hierarquia das normas

Ao abordar o tema da prisão civil decorrente do contrato de alienação fiduciária em garantia, Gilmar Mendes iniciou sua argumentação citando a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San Jose da Costa Rica⁷⁷ e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos⁷⁸, em especial, quanto à previsão da vedação da prisão civil decorrente do descumprimento de obrigações contratuais.

Aludiu, então, que a discussão do tema “pressupõe o exame da relação hierárquico-normativa entre os tratados internacionais e a Constituição”.⁷⁹

Colocou, assim, a questão sob o prisma do *status* normativo que deveria ser conferido aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, incorporados ao ordenamento jurídico nacional, ou seja, se seriam internalizados como norma supraconstitucional, como norma constitucional, como norma legal ou como norma suprallegal, o que definiria a vigência ou a eficácia do ato normativo infraconstitucional instituidor da prisão civil.

Inicialmente, rechaçou o *status* supraconstitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos com base no princípio da supremacia da Constituição, ao argumento de ser na própria Carta constitucional que os tratados incorporados encontram sua fonte de validade, o que leva a se sujeitarem ao controle de constitucionalidade.

Em seguida, manifestou que a tese do *status* constitucional, embora sedutora, decorrente do disposto no §2º do artigo 5º da Constituição, que funcionaria como uma cláusula aberta de recepção de outros direitos enunciados em tratados internacionais de direitos humanos, “[...] foi, de uma certa forma, esvaziada pela promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, referente a Reforma do

⁷⁷ BRASIL, 1992b.

⁷⁸ BRASIL, 1992a.

⁷⁹ BRASIL, 2009a, p. 1136.

Judiciário, [...] a qual trouxe como um de seus estandartes a incorporação do §3º ao art. 5º[...]”⁸⁰, cujo preceito dispôs que a estatura constitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos dar-se-ia por meio de sua aprovação – e respectiva incorporação – seguindo o rito das emendas constitucionais.

No entanto, afirmou que embora os tratados internacionais anteriores à Emenda Constitucional nº 45⁸¹ não possam ser incorporados ao ordenamento jurídico nacional com *status* constitucional, a não ser que sigam a formalidade descrita no §3º do artigo 5º da Constituição, tiveram por ressaltado o caráter especial, peculiar à sua natureza, ganhando, assim, relevo no plano da hierarquia das normas, o que afastaria a conclusão de sua equiparação à lei.⁸²

Rememorando julgados passados do Supremo Tribunal Federal, que conferiram esse caráter especial aos tratados internacionais, e a vivência em um Estado Constitucional Cooperativo, com a abertura institucional conferida pela Constituição a ordens supranacionais e o prestígio dispensado às normas internacionais destinadas à proteção do ser humano, e, ainda, com “[...]a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos internos e internacionais[...]”⁸³, conclamou Gilmar Mendes a se conceder *status* supralegal aos tratados internacionais, como já anteriormente sinalizado por Sepúlveda Pertence alhures.

Após o voto de Celso de Mello, Gilmar Mendes voltou a expor seu ponto de vista contrário a se atribuir hierarquia constitucional aos tratados sobre direitos humanos, com base no disposto no §2º do artigo 5º da Constituição, sob a assertiva desse proceder gerar insegurança jurídica em razão do risco de se atomizar as normas constitucionais, enaltecendo a iniciativa tomada pelo Congresso Nacional de acrescentar o §3º, em referido dispositivo, por meio da Emenda Constitucional nº 45⁸⁴.

Por fim, confirmou seu voto afirmando que o bloco de constitucionalidade em nada fica “[...] prejudicado pelo não-reconhecimento expresso da hierarquia constitucional” aos tratados internacionais sobre direitos humanos⁸⁵.

⁸⁰ Ibid., p. 1144.

⁸¹ BRASIL, 2004.

⁸² BRASIL, 2009a, p. 1144.

⁸³ Ibid., p. 1160.

⁸⁴ BRASIL, 2004.

⁸⁵ BRASIL, 2009a, p. 1308.

Conclui-se, assim, que Gilmar Mendes, em última análise, utilizou o §3º do artigo 5º inserido na Constituição pela Emenda Constitucional 45⁸⁶ como alavanca para elevar os tratados internacionais sobre direitos humanos a estatura acima das normas infraconstitucionais e abaixo da Constituição, realçando, com isso, seu caráter especial.

2.2 O voto e as manifestações de Celso de Mello quanto à primazia dos tratados internacionais e sua posição na hierarquia das normas

Celso de Mello inicia seu voto pondo como ponto nodal a ser analisado a subsistência ou não da prisão civil no plano infraconstitucional, consideradas as disposições da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San Jose da Costa Rica⁸⁷ e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos⁸⁸.

Para tanto, observa o crescente processo de internacionalização dos direitos humanos e a relação entre o direito nacional e o direito internacional, especialmente com a inclusão do §3º no artigo 5º da Constituição.

Após fazer uma breve incursão com viés civilista na história da prisão por dívida, bem como também sobre o papel do Poder Judiciário como instrumento concretizador das liberdades civis, garantidor da supremacia da Constituição, e, ainda, trazer a lume a discricionariedade outorgada pelo constituinte ao legislador quanto à instituição de referida prisão, apontou a importância dos tratados internacionais na afirmação, na consolidação e na expansão dos direitos da pessoa humana.

Informou, então, que, após longa reflexão, mudou de convicção para acolher a orientação que atribui natureza constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos, distinguindo, assim, três situações quanto ao seus respectivos *status* no plano hierárquico normativo.

⁸⁶ BRASIL, 2004.

⁸⁷ BRASIL, 1992b.

⁸⁸ BRASIL, 1992a.

A primeira delas referente aos tratados internacionais sobre direitos humanos regularmente incorporados à ordem interna em momento anterior à promulgação da Constituição⁸⁹, aos quais conferia índole constitucional, ao argumento de terem sido recepcionados pelo §2º do artigo 5º da Constituição.

A segunda referente aos tratados internacionais sobre direitos humanos em data posterior à Emenda Constitucional nº 45⁹⁰, que, para se revestirem de natureza constitucional, entende deveriam observar o *iter* procedimental estabelecido no §3º do artigo 5º da Constituição.

E, finalmente, a terceira situação concernente aos tratados internacionais sobre direitos humanos havidos entre a promulgação da Constituição e a Emenda Constitucional nº 45⁹¹, revestidos de natureza materialmente constitucional por estarem incluídos no bloco de constitucionalidade.

Dessa forma, atribuiu aos tratados internacionais sobre direitos humanos “superioridade jurídica em face da generalidade das leis brasileiras, reconhecendo às referidas convenções internacionais [...] qualificação constitucional”⁹², sem, contudo, desconsiderar a supremacia da Constituição sobre todos os tipos de tratados, inclusive sobre os que versam sobre o tema direitos humanos, estes quando “importem em supressão, modificação gravosa ou restrição a prerrogativas essenciais ou a liberdades fundamentais reconhecidas e asseguradas pelo próprio texto constitucional”⁹³, lembrando que os direitos e garantias individuais qualificam-se como limitações materiais ao poder reformador do Congresso Nacional.

Aduziu, também, que a superveniência da Emenda Constitucional nº 45 acabou por tornar apta a Corte Suprema a revisar seu entendimento em torno da posição hierárquica dos tratados internacionais sobre direitos humanos, com a introdução de novo paradigma a estimular reflexões nesse sentido.

Conclui, assim, Celso de Mello que os “§§ 2º e 3º do artigo 5º da Constituição conferem hierarquia constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, não só como normas materialmente constitucionais, mas também

⁸⁹ BRASIL, 2008.

⁹⁰ BRASIL, 2004.

⁹¹ Ibid.

⁹² BRASIL, 2009a, p. 1255.

⁹³ Ibid.

como materialmente e formalmente constitucionais, nesse caso quando equivalentes às emendas constitucionais.

3 A COMPREENSÃO DO TEOR DO §2º DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO

Feita essa digressão quanto aos aspectos históricos dos posicionamentos adotados pelo Supremo Tribunal Federal referentes à estatura hierárquica dos tratados internacionais no decorrer dos anos republicanos, importante tecer algumas considerações quanto ao teor do §2º do artigo 5º da Constituição.

No final do regime de exceção, os brasileiros ansiavam por uma nova ordem constitucional compromissada com a limitação do poder.

Instaurou-se, então, a Assembléia Nacional Constituinte que estabeleceu na nova Carta um leque invejável de direitos fundamentais e, por proposta de Cançado Trindade⁹⁴, fez inserir em seu contexto o §2º no artigo 5º, visando a possibilitar o acolhimento dos tratados internacionais sobre direitos humanos como normas materialmente constitucionais.

Fatores como a dinâmica da propagação da defesa dos direitos humanos no âmbito internacional, a necessidade da erradicação dos arbítrios do passado, o anseio da população pela limitação do poder estatal, dentre outros que circundavam o ambiente Constituinte, por certo permitiram que a proposta de Cançado Trindade fosse abraçada sem maiores dificuldades, indo ao encontro dos clamores públicos, atendendo, assim, pretensões morais do momento, justificadas no seio ético popular e fundadas na liberdade, na igualdade, na solidariedade e na segurança, que, ao adquirirem conotação política, proporcionaram sua positivação como um direito fundamental.⁹⁵

Assim, desnecessárias maiores reflexões acerca da natureza da norma descrita no §2º, proposta por Cançado Trindade, que se apresenta de forma transparente como uma norma de direito fundamental.

Ao se reportar sobre referida disposição constitucional, Cançado Trindade informa que:

⁹⁴⁹³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, ano 2, vol. 2, nº 2. 2001, p. 31, ISSN 1677-1419.

⁹⁵ MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. *Curso de Derechos Fundamentales*. Madri: Eudema, 1991.
_____. *Ética, poder y derecho: reflexiones ante el fin de siglo*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

A disposição do art. 5º(2) da Constituição Brasileira vigente, de 1988, segundo a qual os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil é parte, representa, a meu ver, um grande avanço para a proteção dos direitos humanos em nosso país. Por meio deste dispositivo constitucional, os direitos consagrados em tratados de direitos humanos em que o Brasil seja Parte incorporam-se *ipso jure* ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Ademais, por força do art. 5º(1) da Constituição têm aplicação imediata. A intangibilidade dos direitos e garantias individuais é determinada pela própria Constituição Federal, que inclusive proíbe expressamente até mesmo qualquer emenda tendente a aboli-los (art. 60(4)(IV)).⁹⁶

É evidente, contudo, que o Supremo Tribunal Federal não entendeu dessa maneira, pois classificou como de estatura hierárquica supralegal os tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico nacional, embora, como visto, o verdadeiro objetivo da proposição oferecida à Assembleia Nacional Constituinte, e por ela encampada, tenha sido o declinado por Cançado Trindade, isto é, atribuir-lhes *status* de norma constitucional.

Nesse ponto, mister abrir parênteses quanto ao relevante papel do juiz de dizer o direito e, em especial, ao desapego que decorre naturalmente da função judicante a enunciados normativos.

Por certo que o papel criador do juiz jamais poderá restar comprometido em nome de uma interpretação vinculada à vontade do legislador, principalmente quando se depara diante do caráter indeterminado da norma, que, embora resulte da tensão revelada em tempo presente, tem inspiração prospectiva, dirigida pela necessidade de uma certa estabilidade e garantia de continuidade, prestigiando a certeza e exaltando a segurança das relações sociais.

Por outro lado, a importância da criação judicial do direito, especialmente nas cortes constitucionais, não só como fonte produtora de justiça, mas também de atualização de texto constitucional, permite a operacionalização das mutações e, por consequência, a manutenção de uma Constituição atual, apta a enfrentar os reclamos sociais presentes e pronta a submeter-se a leituras futuras.

Assim, sem pretensão de rediscutir questão decidida ou se dizer do seu acerto ou desacerto – até porque não se identifica com o tema central – e de competir ao Supremo Tribunal Federal dar a última palavra em termos de

⁹⁶ TRINDADE, 2001, p. 30.

interpretação da norma constitucional, de firmar seu significado, não há como não serem feitas considerações quanto à decisão lançada no Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP⁹⁷, ainda que de maneira perfunctória.

Considerações essas pertinentes ao princípio da supremacia da Constituição, a suposta cláusula aberta de recepção dos tratados internacionais sobre direitos humanos constante do §2º e, ainda, quanto à atomização das normas constitucionais.

Nesse diapasão, é importante que se parta de um ponto que há muito atormentou, como ainda atormenta, os juízes, não só os Ministros atuais da Corte Suprema, mas também seus antigos integrantes dos idos da República Nova, ou seja, a questão do princípio da supremacia da Constituição e o *status* normativo dos tratados internacionais, hoje, os de direitos humanos.

Há tempos, como já foi visto, Oswaldo Trigueiro⁹⁸ já defendia no Supremo Tribunal Federal que o tratado só se internaliza efetivamente após cumprir o rito previsto na Constituição, integrando-se ao direito interno com a publicação do seu texto por meio do decreto presidencial.

Essa tese, adotada à unanimidade na década de 70, ressoante de entendimentos firmados ao longo do período republicano, foi confirmada no fim dos anos 90 no julgamento da ADI nº 1.480-2/DF⁹⁹, da qual foi relator Celso de Mello, o que torna indubitável, até que se decida em contrário, que os tratados internacionais só passam a integrar o direito interno após cumprido o *iter* constitucional previsto para sua internalização.

No decurso desse *iter*, o tratado é passível de controle de constitucionalidade, o que leva a se concluir que os tratados jamais poderiam integrar o ordenamento jurídico nacional afrontando a nossa Carta, mesmo aqueles com pretensão de desfrutar de *status* constitucional, pois podem se revestir da condição de natimortos antes da ratificação, o que afasta a possibilidade de causarem qualquer prejuízo político na esfera internacional, uma vez que não concretizado o *pacta sunt servanda*.

⁹⁷ BRASIL, 2009a.

⁹⁸ BRASIL, 1971.

⁹⁹ BRASIL, 1997.

Aliás, Gilmar Mendes em seu voto no Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP¹⁰⁰ manifesta claramente a possibilidade desse controle prévio de constitucionalidade visando a “impedir ou desaconselhar a ratificação do tratado de maneira a oferecer ao Poder Executivo possibilidades de renegociação ou aceitação com reservas”¹⁰¹, e, quanto a isso, complementa:

Essa idéia, apesar de todos os óbices do sistema brasileiro, já apresenta os elementos suficientes para a sua exequibilidade. Uma vez que o Decreto Legislativo que aprova o instrumento internacional é passível de impugnação pela via da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), ou ainda, da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), esse controle de caráter preventivo é possível no Brasil.¹⁰²

Diferente não é a posição de Celso de Mello, embora tenha apontado orientação no sentido de se conferir estatura constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico nacional durante o julgamento de referido Recurso Extraordinário, pois assinalou que:

Tenho por irrecusável, de outro lado, **a supremacia** da Constituição sobre **todos** os tratados internacionais celebrados pelo Estado brasileiro, **inclusive** aqueles que versarem o tema dos direitos humanos, **desde que**, neste último caso, as convenções internacionais que o Brasil tenha celebrado (**ou** a que tenha aderido) **importem** em supressão, modificação gravosa **ou** restrição a prerrogativas essenciais **ou** a liberdades fundamentais **reconhecidas e asseguradas** pelo próprio texto constitucional, **eis que** os direitos e garantias individuais **qualificam-se**, como sabemos, **como limitações** materiais ao Poder Reformador do Congresso Nacional.¹⁰³

Logo, não há como se pensar ou afirmar acerca do comprometimento do princípio da supremacia da Constituição e, conseqüentemente, da rigidez que permite o controle de constitucionalidade dos atos que nela encontram sua fonte de validade, caso conferido *status* constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos internalizados.

¹⁰⁰ BRASIL, 2009a.

¹⁰¹ Ibid., p.1141.

¹⁰² Ibid.

¹⁰³ Ibid., p. 1255.

Muito menos poder-se-ia vislumbrar consequência especulativa no âmbito do direito internacional decorrente de eventual declaração de inconstitucionalidade desses tratados internacionais antes da sua ratificação, uma vez que ainda não impregnados dos efeitos do *pacta sunt servanda*.

Assim, restam afastadas as implicações das quebras de compromissos decorrentes de tratados não aperfeiçoados, cuja validade depende do cumprimento dos requisitos constitucionais aos quais se submetem as autoridades nacionais que os firmam na esfera internacional e, ainda, demonstram-se suscetíveis de controle prévio de constitucionalidade porque na Constituição encontram sua fonte de validade, o que anula qualquer especulação de ameaça ao princípio da supremacia da Constituição ou violação do *pacta sunt servanda*, não se demonstrando consistentes argumentos nessa linha a impedir a internalização dos tratados internacionais como normas materialmente constitucionais.

Pelos motivos expostos, evidencia-se também que não há margem para cogitações acerca da incorporação direta dos tratados internacionais no direito interno, por meio de uma cláusula aberta de recepção supostamente prevista no §2º do artigo 5º da Constituição, uma vez que, como afirmado acima, as respectivas incorporações dependem do cumprimento do *iter* constitucional imposto para tais aprovações, mesmo em se tratando de tratados internacionais que versem sobre direitos humanos.

Dessa forma, estaria o Supremo Tribunal Federal desonerado de sacrificar a rigidez constitucional, caso reconhecesse a internalização dos tratados internacionais sobre direitos humanos como norma materialmente constitucional, após cumprido o *iter* exigido pela Constituição.

Quanto ao mencionado risco da atomização das normas constitucionais, advindo do reconhecimento de estatura hierárquica constitucional aos tratados sobre direitos humanos, especialmente aqueles firmados antes da promulgação da Constituição, vale dizer que, se eventualmente colidentes com a nova ordem constitucional, jamais poderiam ser recepcionados, como, aliás, assim não o serão os tratados havidos como normas supralegais que estejam na mesma condição, diante da necessária observância ao prestigiado princípio da supremacia da Constituição, tido como inderrogável há muito pelo Supremo Tribunal Federal.

Nessa linha de entendimento, vemos que a consequência será a mesma em nível de política internacional, tanto se conferindo caráter constitucional, quanto se atribuindo estatura supralegal aos tratados internacionais incorporados ao direito interno e não recepcionados pelo novo ordenamento constitucional, no que tange à inobservância do *pacta sunt servanda*.

Por sua vez, não se pode deixar de lado suposta atomização decorrente do reconhecimento oficial da existência de um bloco de constitucionalidade, o que, aliás, já se vem ensaiando há algum tempo no Supremo Tribunal Federal.

Interessante a esse respeito a decisão monocrática lançada na ADI nº 595/ES por Celso de Mello, que ilustra bem a situação pertinente ao bloco de constitucionalidade, em cujo conteúdo consta:

Não foi por outra razão que o Supremo Tribunal Federal, certa vez, e para além de uma perspectiva meramente reducionista, veio a proclamar – distanciando-se, então, das exigências inerentes ao positivismo jurídico – que a Constituição da República, muito mais do que o conjunto de normas e princípios nela formalmente positivados, há de ser também entendida em função do próprio espírito que a anima, afastando-se, desse modo, de uma concepção impregnada de evidente minimalismo conceitual (RTJ 71/289, 292 – RTJ 77/657). É por tal motivo que os tratadistas – consoante observa JORGE XIFRA HERAS (“Curso de Derecho Constitucional”, p. 43) –, em vez de formularem um conceito único de Constituição, costumam referir-se a uma pluralidade de acepções, dando ensejo à elaboração teórica do conceito de bloco de constitucionalidade (ou de parâmetro constitucional), cujo significado – revestido de maior ou de menor abrangência material – projeta-se, tal seja o sentido que se lhe dê, para além da totalidade das regras constitucionais meramente escritas e dos princípios contemplados, explícita ou implicitamente, no corpo normativo da própria constituição formal, chegando, até mesmo, a compreender normas de caráter infraconstitucional, desde que vocacionadas a desenvolver, em toda a sua plenitude, a eficácia dos postulados e dos preceitos inscritos na Lei Fundamental, viabilizando, desse modo, e em função de perspectivas conceituais mais amplas, a concretização da idéia de ordem constitucional global.¹⁰⁴

De outro vértice, temos a manifestação de Gilmar Mendes na confirmação de voto lançada no Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP¹⁰⁵, pela qual expressa sua preocupação com a preservação da incolumidade de um possível bloco de constitucionalidade, embora persistindo negar estatura constitucional aos tratados

¹⁰⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 595/ES, de 18 fev. 2002. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14815695/acao-direta-de-inconstitucionalidade-ADI-595-es-stf>. Acesso em: 27 fev. 2013.

¹⁰⁵ BRASIL, 2009a.

internacionais com base na atomização das normas constitucionais. Consta na sua intervenção o seguinte:

Por um lado, sabemos que temos a missão de fazer a aplicação da Constituição todo dia; uma constituição analítica e que já é complementada pelas normas dos tratados a partir da interpretação. O bloco de constitucionalidade não é prejudicado pelo não reconhecimento expresso da hierarquia constitucional. Temos feito isso em campos como dignidade da pessoa humana ou mesmo aqui com a questão da prisão civil e as normas de direito processual de perfil constitucional.¹⁰⁶

É bem verdade que o bloco de constitucionalidade, tal como concebido na França, seu país de origem, restringiu-se à Constituição de 1958, às disposições da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, ao Preâmbulo da Constituição de 1946 daquele país, e, pode-se dizer também, aos princípios fundamentais reconhecidos pela lei da República que contam em número de cinco, isto é, a liberdade de associação, os direitos de defesa, a liberdade de ensino, a competência exclusiva da jurisdição administrativa em matéria de anulação de atos da autoridade pública e a autoridade judicial guardiã da propriedade privada, sendo, portanto, compacto e limitado.¹⁰⁷

Já eventual bloco de constitucionalidade advindo dos tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico nacional seria extenso e, a princípio, ilimitado, o que, realmente, gera receio e eventual prejuízo à dogmática constitucional.

Porém, isso ocorreria se fossem os tratados internacionais sobre direitos humanos internalizados diretamente no direito nacional por meio de uma cláusula aberta de recepção, do que já mostramos a impossibilidade diante do princípio da supremacia da Constituição.

Dessa forma, a construção de um bloco de constitucionalidade nesses moldes, ou seja, com normas advindas de tratados internacionais sobre direitos humanos internalizados com o cumprimento do *iter* procedimental previsto na

¹⁰⁶ Ibid., p. 1308-1309.

¹⁰⁷ FAVOREU, Louis; LLORENTE, Francisco Rubio. *El bloque de la constitucionalidad*. 1. ed. Sevilla, ES: Civitas, 1991, p. 25-33.

Constituição, seria plenamente factível e operável, considerando-se a disposição do §2º do artigo 5º da Constituição, com a compreensão de seu conteúdo.

Claro que, nessa circunstância, nem o princípio da supremacia da Constituição, nem o *pacta sunt servanda* decorrente dos tratados internacionais ou, ainda, nem a suposta existência de uma cláusula aberta de recepção dos tratados internacionais de direitos humanos, como dissemos, inoperável, e, tampouco, a criação de um bloco de constitucionalidade de normas materialmente constitucionais, principais pontos postos como empecilho para a consideração da estatura constitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos, impedem sua internalização com essa concepção.

Portanto, mais que impedimentos de ordem jurídica – que se apresentam de consistência duvidosa – a não permitir a internalização dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico nacional, apresentam-se impedimentos de ordem política, embora revestidos de fundamentos jurídicos, a desaconselhar o reconhecimento de *status* constitucional aos referidos tratados internalizados.

Tal afirmação nos leva a indagar, portanto, se foi declinado, de forma direta, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP¹⁰⁸, o verdadeiro motivo de não se conceber a internalização dos tratados internacionais sobre direitos humanos no ordenamento jurídico nacional como normas materialmente constitucionais.

A aceitação da tese de serem acolhidas normas materialmente constitucionais aprovadas em quórum simples de votação, contradiz, supostamente, o princípio da unidade da Constituição, que, em última análise, só permitiria a existência de norma constitucional, ou a ela equivalente, se observado o quórum de votação das emendas à Constituição, quando, então, ganhariam estrutura material e formalmente constitucional.

Surge desse contexto o §3º inserido no artigo 5º da Constituição pelo constituinte derivado através da Emenda Constitucional nº 45¹⁰⁹.

¹⁰⁸ BRASIL, 2009a.

¹⁰⁹ BRASIL, 2004.

4 O § 3º DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO

Quando da Emenda Constitucional nº 45¹¹⁰, foi inserido no artigo 5º da Constituição o §3º com a seguinte redação:

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 constitucionais¹¹¹.

Na época da apresentação do Relatório da Proposta de Emenda à Constituição nº 96-A, de 1992¹¹², originada na Câmara dos Deputados, de autoria de Hélio Bicudo, que tinha como objeto introduzir modificações na estrutura do Poder Judiciário, cuja relatoria coube a Zulaiê Cobra e que resultou na Emenda Constitucional nº 45¹¹³, contávamos com 11 anos da promulgação da atual Constituição¹¹⁴, sem que se definisse a interpretação do teor da norma contida no §2º do artigo 5º, tida como emblemática por, dentre outros pontos, permitir a atribuição de *status* constitucional às normas internalizadas por meio dos tratados internacionais sobre direitos humanos.

Na página 846 de referido Relatório, publicado no Diário da Câmara dos Deputados – Suplemento, em 14 de dezembro de 1999, temos a seguinte justificativa à apresentação da proposta de inserção do §3º ao artigo 5º da Constituição:

Buscando a efetividade da prestação jurisdicional, acolhemos também sugestão do Ministro CELSO DE MELLO, Presidente do Supremo Tribunal Federal, no sentido da outorga explícita da hierarquia constitucional aos tratados celebrados pelo Brasil, em matéria de direitos humanos, à semelhança do que estabelece a Constituição argentina (1853), com a

¹¹⁰ Ibid.

¹¹¹ BRASIL, 1988.

¹¹² BRASIL. Câmara dos Deputados. Diário da Câmara dos Deputados - Suplemento. Brasília. De 14 dez 1999, p. 832. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/dc_20.asp?selCodColecaoCsv=D&DataIn=14/12/1999&txpagina=8328txsuplemento=2&altura=650&largura=800> Acesso em: 27 fev 2013.

¹¹³ BRASIL, 2004.

¹¹⁴ BRASIL, 1988.

reforma de 1994 (art. 75, nº 22), introdução esta no texto constitucional que afastará a discussão em torno do alcance do art. 5º, §2º.¹¹⁵

Não há dúvidas, assim, que a proposição do §3º do artigo 5º da Constituição, feita pelo Constituinte derivado, teve o objetivo, senão de interpretar, de aclarar o teor do §2º elaborado pela Assembleia Nacional Constituinte, visando a dar plena efetividade à norma originária e, por conseguinte, às normas de direitos humanos constantes de tratados internacionais firmados pelo Brasil, atribuindo-lhes estatura constitucional.

Contudo, a redação atribuída ao §3º não alcançou a meta declinada no Relatório supracitado, tal qual o paradigma que a inspirou, isto é, a Constituição argentina, a qual, com a reforma de 1994, como bem disse Celso de Mello¹¹⁶, somente “**atribuiu** hierarquia constitucional **a determinados** tratados internacionais que versem o tema dos direitos humanos (**Artigo 75, n. 22**)”¹¹⁷

Dessa forma, o §3º inserido no artigo 5º da Constituição pela Emenda Constitucional nº 45¹¹⁸, acabou por gerar as mesmas perplexidades de seu paradigma, isto é, conferir estatura hierárquica diversa a tratados cujo conteúdo versa sobre a mesma temática.

Resulta desse fato, dentre outros inconvenientes, a atribuição do controle da produção normativa em face dos tratados internacionais a órgãos judiciais diversos em última instância, cuja competência fica condicionada ao quórum de votação que internalizou o tratado ou os respectivos e subsequentes atos que lhe são pertinentes, possibilitando a produção de decisões divergentes sobre matéria cujos conteúdos, por vezes, se confundem.

Destarte, o controle será efetuado perante o Supremo Tribunal Federal, caso venham a ganhar estatura constitucional, ou perante o Superior Tribunal de Justiça, caso venham a deter *status* de norma não constitucional, gerando o paradoxo de seus respectivos instrumentos, por vezes, não repousarem no mesmo patamar hierárquico, embora imbuídos de uma mesma temática ou mesmo que vinculados a idêntico objeto.

¹¹⁵ BRASIL, 1999.

¹¹⁶ BRASIL, 2009a.

¹¹⁷ Ibid., p. 1258.

¹¹⁸ BRASIL, 2004.

Sobre o §3º do artigo 5º da Constituição já manifestou Celso Lafer¹¹⁹ se tratar de uma espécie de norma interpretativa que demanda para a aprovação dos tratados internacionais sobre direitos humanos o processo de elaboração das emendas constitucionais, processo que entende deva ser respeitado a partir da edição de referida emenda. Defende, no entanto, que os tratados dessa espécie internalizados anteriormente à Constituição de 1988 gozam do *status* de norma constitucional, por terem sido recepcionados pelo §2º do artigo 5º, e que os incorporados entre a promulgação da Constituição de 1988 e da Emenda Constitucional nº 45 integram o bloco de constitucionalidade, gozando, portanto, do *status* de norma constitucional, mas apenas no sentido material, por não terem sido aprovados com a formalidade do quórum previsto para as emendas constitucionais.

Desse entendimento compartilha Flávia Piovesan¹²⁰, a qual conclui que todos os tratados internacionais sobre direitos humanos são materialmente constitucionais, mas que somente os tratados inseridos no ordenamento jurídico nacional após a Emenda Constitucional nº 45 são material e formalmente constitucionais.

Já para Francisco Rezek¹²¹ a inserção do §3º no artigo 5º da Constituição pela Emenda Constitucional nº 45¹²² reflete a intenção do Constituinte derivado de elevar ao nível de norma constitucional os tratados sobre direitos humanos outrora concluídos, no que é acompanhado, *mutatis mutandis*, por André Ramos Tavares¹²³.

Todavia não passaram em branco as incongruências do §3º, inserido no artigo 5º da Constituição pela Emenda Constitucional nº 45¹²⁴. Mazzuoli¹²⁵ aponta as seguintes perplexidades:

Ademais, parece claro que o nosso poder reformador, [...] também rompe a harmonia do sistema de integração dos tratados de direitos humanos no

¹¹⁹ LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: constituição, racismo e relações internacionais*. 1. Ed. Barueri, SP: Manoele, 2005, p. 15-18.

¹²⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 71-78.

¹²¹ REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 11. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 101-103.

¹²² BRASIL, 2004.

¹²³ TAVARES, André Ramos. *Reforma do judiciário no Brasil pós-88: (des) estruturando a justiça: comentários completos à EC n. 45/04*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 47-48.

¹²⁴ BRASIL, 2004.

¹²⁵ MAZZUOLI, Valerio Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 5ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 819-827.

Brasil, uma vez que cria “categorias” jurídicas entre os próprios instrumentos internacionais de direitos humanos ratificados pelo governo, dando tratamento diferente para normas internacionais que têm o mesmo fundamento de validade, ou seja, hierarquizando diferentemente tratados que têm o mesmo conteúdo ético, qual seja, a proteção internacional dos direitos humanos. Assim, essa “desigualização de iguais” que permite o § 3º ao estabelecer ditas “categorias de tratados, é totalmente injurídica por violar o princípio (também constitucional) da *isonomia*.¹²⁶

Quanto as incongruências do §3º, já advertiu Flávia Piovesan:

Não seria razoável sustentar que os tratados de direitos humanos já ratificados fossem recepcionados como lei federal, enquanto os demais adquirissem hierarquia constitucional exclusivamente em virtude do seu *quorum* de aprovação. A título de exemplo, destaque-se que o Brasil é parte da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes desde 1989, estando em vias de ratificar seu Protocolo Facultativo. Não haveria qualquer razoabilidade se a este último – um tratado complementar e subsidiário ao principal – fosse conferida hierarquia constitucional, e ao instrumento principal fosse conferida hierarquia meramente legal. Tal situação importaria em agudo anacronismo do sistema jurídico, afrontando, ainda, a teoria geral da recepção acolhida no direito brasileiro.¹²⁷

Oportuno também destacar que causa espécie o fato de o §3º, inserido no artigo 5º da nossa Constituição, apresentar-se como desprovido de imperatividade ao não impor o quórum de votação próprio das Emendas Constitucionais ao procedimento de aprovação dos tratados internacionais sobre direitos humanos, com o fim de garantir-lhes *status* de norma constitucional, embora exija esse procedimento como requisito para alcançarem estatura equivalente à das Emendas, levando a crer, a princípio, que firmou uma faculdade e não uma obrigação.

Porém, essa ideia da faculdade da adoção do quórum qualificado para aprovação dos tratados internacionais aparentemente não causa surpresa no meio acadêmico ou jurídico.

Francisco Rezek, ao comentar referida disposição constitucional, menciona que poderá haver dúvida se matéria constante do tratado versa sobre a temática direitos humanos, contudo enfatiza que “se tal for o caso o Congresso seguramente adotará o rito previsto no terceiro parágrafo, de modo que, se

¹²⁶ MAZZUOLI, 2011, p.827.

¹²⁷ PIOVESAN, 2009, p. 72-73.

aprovado, o tratado se qualifique para ter estatura constitucional desde sua promulgação”.¹²⁸

Pois bem, e se não for adotado o rito previsto no §3º do artigo 5º da Constituição? Tudo leva a crer que o tratado não se internalizará com *status* de norma constitucional, sendo essa a sua única consequência.

Corroborar essa presunção Celso de Mello ao manifestar que os tratados internacionais sobre direitos humanos celebrados após a Emenda Constitucional nº 45, “**para se impregnarem** de natureza constitucional, **deverão** observar o “*iter*” procedimental estabelecido **pelo § 3º** do art. 5º da Constituição”.¹²⁹

Daí se pode concluir que o Congresso Nacional utilizará a norma se e quando achar oportuno, o que confere ao §3º do artigo 5º da Constituição o caráter de norma permissiva, fato que, logicamente, não lhe confere natureza teratológica.

Bobbio¹³⁰ manifesta que a função da norma permissiva é:

[...] a de eliminar um imperativo em determinadas circunstâncias ou com referência a determinadas pessoas, e portanto, *as normas permissivas pressupõem as normas imperativas*. Se não se partisse do pressuposto da imperatividade, não haveria necessidade em determinadas circunstâncias, ou com referência a determinadas pessoas, de eliminar um imperativo, isto é, de permitir.

Então, no caso em questão necessário se indagar qual o imperativo eliminado pela norma permissiva disposta no §3º do artigo 5º da Constituição?

Antes de qualquer resposta a esse respeito, é importante destacar que as normas permissivas se distinguem, em positivas e negativas, isto é, aquelas que permitem fazer e as que permitem não fazer, podendo, assim, serem chamadas de permitidas ou de facultativas, respectivamente¹³¹.

Ora, analisando-se a norma enunciada no §3º do artigo 5º da Constituição, conclui-se que se trata de uma norma permissiva facultativa, isto é,

¹²⁸ REZEK, 2008, p.102-102.

¹²⁹ BRASIL, 2009a, p. 1238.

¹³⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. 1. ed. Bauru-SP: Edipro, 2001, p. 126.

¹³¹ *Ibid.*, p. 127.

uma norma que permite ao legislador não adotar, se assim entender, o quórum de votação pertinente às emendas constitucionais quando da internalização dos tratados internacionais sobre direitos humanos ao ordenamento jurídico nacional, salvo se tiver a intenção de atribuir estatura material e formalmente constitucional a referida norma, tornando-a, assim, equivalente à emenda constitucional.

Nesse diapasão, pode-se ratificar que não há consequência jurídica resultante da não adoção do quórum de votação qualificado para a internalização dos tratados internacionais sobre direitos humanos e sua respectiva inserção no ordenamento jurídico nacional.

As características que envolvem a inserção dos tratados internacionais sobre direitos humanos em nosso ordenamento jurídico diferem, portanto, das características que envolvem a inserção das demais proposições normativas. Estas, ao contrário daquelas, não dispõem de elementos facultativos ao cumprimento da formalidade exigida, isto é, da alternativa de quórum de votação, cuja inobservância leva à invalidade da norma, o que obviamente obsta sua inserção no ordenamento jurídico.¹³²

Assim, podemos voltar à pergunta antes formulada: Qual o imperativo eliminado pela norma permissiva disposta no §3º do artigo 5º da Constituição?

Ora, não é outro senão o decorrente do atual sistema constitucional que impõe a unicidade de quórum de votação a ser observado no rito de aprovação da norma internalizada por meio de um tratado.

Dessa forma, a primeira vista, parece evidente a constitucionalidade do §3º do artigo 5º da Constituição, elaborado pelo Constituinte derivado, uma vez que dada a sua natureza permissiva não fere o sistema pelo qual se insere a norma no ordenamento jurídico, ainda mais ao facultar quórum de votação qualificado a permitir sua equiparação às emendas constitucionais, prestigiando o princípio da unidade da Constituição.

Portanto, como norma permissiva que é, o §3º do artigo 5º da Constituição cumpre a função de afastar o imperativo da unicidade de quórum de votação a ser observado no rito de aprovação das normas internalizadas por meio de um tratado.

¹³² Embora a adoção de quórum de votação mais rígido que o previsto para a inserção da norma no ordenamento não a torne inválida, o inverso não é verdadeiro.

Porém, aqui surge uma outra indagação: O §3º anulou a força normativa decorrente do §2º? Em outras palavra: O §3º retirou a eficácia do §2º?

4.1 Avanço ou Retrocesso?

Como já tivemos oportunidade de reportar, visou a introdução do §3º no artigo 5º da Constituição “outorgar explícita hierarquia constitucional aos tratados celebrados pelo Brasil, em matéria de direitos humanos”¹³³, com o objetivo de afastar “a discussão em torno do alcance do artigo 5º, §2º”¹³⁴.

Para tanto, o Constituinte derivado elegeu acrescentar um *plus* no processo de aprovação e inserção dos tratados internacionais sobre direitos humanos no ordenamento jurídico nacional, sem, contudo, modificar qualquer signo do enunciado do §2º do artigo 5º.

Produziu, assim, norma permissiva objetivando facultar a adoção do quórum qualificado pertinente às emendas constitucionais para que os tratados sobre direito humanos sejam internalizados com estatura material e formalmente constitucional, passando, nesses termos, a equivaler às emendas à Constituição.

Em outras palavras, disse o constituinte derivado que, a partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 45¹³⁵, os tratados internacionais sobre direitos humanos só ganham *status* de norma constitucional caso incorporados ao ordenamento jurídico com o quórum de votação qualificado, isto é, com o quórum de votação pertinente às emendas constitucionais.

Ocorre que no meio acadêmico já prevalecia o entendimento de que os tratados internacionais sobre direitos humanos ingressariam no ordenamento jurídico nacional como normas materialmente constitucionais, embora não fosse majoritária a conclusão de que sua inserção se daria de forma direta, em observância a uma suposta cláusula aberta de recepção.

¹³³ BRASIL, 1999.

¹³⁴ Ibid., p. 832.

¹³⁵ BRASIL, 2004.

O Supremo Tribunal Federal, ao decidir o Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP¹³⁶, acabou por não enfrentar essa questão, em que pese a sua relevância, uma vez que optou por adotar o entendimento de que a Emenda Constitucional nº 45¹³⁷, ao inserir o §3º no artigo 5º da Constituição, superou qualquer discussão nesse sentido, isto é, sobre a pretensão dos tratados internacionais sobre direitos humanos ingressarem no ordenamento jurídico nacional como normas materialmente constitucionais.

Em voto lançado no referido Recurso Extraordinário, após subtender condicionada eventual incorporação dos tratados internacionais como normas constitucionais a uma suposta cláusula aberta de recepção, Gilmar Mendes deixou claro que:

Apesar da interessante argumentação proposta por essa tese, parece que a discussão em torno do status constitucional dos tratados de direitos humanos foi, de certa forma, esvaziada pela promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, a Reforma do Judiciário (oriunda do Projeto de Emenda Constitucional nº 29/2000), a qual trouxe como um de seus estandartes a incorporação do §3º ao art. 5º, com a seguinte disciplina: “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.”

Destarte, em face da edição do §3º, absteve-se o Supremo Tribunal Federal de fazer a leitura do §2º, sem avaliar se o dispositivo, inserido pelo Constituinte derivado, estaria a dificultar a inserção dos tratados internacionais sobre direitos humanos como norma de estatura constitucional.

A ideia da existência de uma cláusula aberta de recepção a permitir a incorporação direta dos tratados internacionais sobre direitos humanos como normas materialmente constitucionais, embora defendida com vigor por Cançado Trindade, já não se demonstrava factível à época da proposição da redação do §2º do artigo 5º da Constituição, em que pese a natureza inicial, autônoma e ilimitada do Poder Constituinte originário, uma vez que este já optara por adotar o princípio da supremacia da Constituição, colocando a Carta no ápice da hierarquia das normas, a servir de fonte de validade para os demais atos legislativos inseridos no

¹³⁶ BRASIL, 2009a.

¹³⁷ BRASIL, 2004.

ordenamento jurídico cumprindo a formalidade por ela determinada, princípio há muito prestigiado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Como não há contradição no sistema constitucional, evidentemente que restou clara a opção do Poder Constituinte originário em adotar um controle rígido de produção normativa e, conseqüentemente, da inserção da norma no ordenamento jurídico, apresentando-se imprópria a ideia de dispensa de formalidade prescrita para a inserção dos tratados internacionais sobre direitos humanos por meio de uma cláusula aberta de recepção, incompatível com a rigidez adotada.

Embora não se possa conceber a admissão direta no ordenamento jurídico dos tratados internacionais sobre direitos humanos diante da opção feita pelo Poder Constituinte originário – em adotar o princípio da supremacia da Constituição – não se pode simplesmente negar que o §2º do artigo 5º poderia prestar-lhes estatutura constitucional, sem que antes se faça sua respectiva leitura.

É certo que, nessas circunstâncias, os tratados internacionais sobre direitos humanos não desfrutariam da qualidade formal ínsitas às normas constitucionais, mas também não restam dúvidas de que se revestiriam de características materialmente constitucionais.

Podemos, dessa forma, afirmar que não há que se confundir as contradições ou antagonismos aparentes entre norma constitucionais com a iniciativa de simplificar, de forma excepcional, aquilo que se tem imperativamente como mais complexo num sistema.

Assim o fez o Constituinte originário ao formular o enunciado constante do §2º, isto é, tornou os tratados internacionais sobre direitos humanos normas constitucionais sem impor a adoção de um processo de incorporação mais rígido do que o descrito para os demais tratados, contentando-se, destarte, com o quórum de votação estabelecido como regra para as deliberações das Casas do Congresso Nacional, isto é, a maioria simples dos votos, uma vez presente a maioria absoluta dos integrantes da Casa¹³⁸.

¹³⁸ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 05 de outubro de 1988. Art. 47. Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria de votos, presente a maioria de seus membros.. Disponível em: <[HTTP://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2013.

Evidente, portanto, que o fato de o Supremo Tribunal Federal não ter feito a leitura do §2º do artigo 5º e ter atribuído natureza supralegal aos tratados internacionais sobre direitos humanos com base somente na leitura do §3º, reputando a vontade do Constituinte derivado em conferir aos tratados internalizados antes da Emenda Constitucional nº 45 um *status* especial, não salvaguarda referida disposição constitucional da pecha de retrocesso.

Não há dúvida, portanto, de que o Constituinte derivado, ao invés de aclarar os termos do §2º, terminou por ceifar sua eficácia, impondo uma concepção formalista de internalização dos tratados sobre direitos humanos com o vigor das normas de estatura constitucional, tornando menos efetivos os direitos humanos no Brasil, dificultando sua incorporação como norma constitucional.

Por outro lado, evidencia-se que o Supremo Tribunal Federal aceitou a vontade do Constituinte derivado sem perscrutar a constitucionalidade do §3º, ou sequer fazer a leitura do §2º, que teve sua eficácia anulada, tornando-se verdadeiro corpo sem alma, enunciado sem leitura.

Há tempos atrás, quando da luta pela implantação da federação americana, Hamilton¹³⁹ afirmou em seus escritos, que:

se a vontade do legislativo, declarada nos seus decretos, está em oposição à do povo, declarada na Constituição, caberá a esta reger os juízes e não àqueles. Os juízes terão de regular as decisões que tomarem pelas leis fundamentais e não pelas que não se revestem desse caráter.

À parte de qualquer análise ou discussão comparativa acerca do querer e do pensar do povo de ontem e do povo de hoje, do povo que constituiu e do povo que elege seus representantes para implementar e administrar o constituído, o certo é que a mensagem de Hamilton sinaliza os cuidados que se deve ter com as paixões ocasionais.¹⁴⁰

¹³⁹HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *Sôbre a Constituição dos Estados Unidos*. São Paulo: Ibrasa, 1964, p. 144.

¹⁴⁰ Em outra passagem afirma Hamilton (p.145-146): "A independência dos juízes é igualmente necessária para resguardar a Constituição bem como os direitos individuais das conseqüências do descontentamento que as artimanhas de indivíduos astutos ou a influência de conjunturas especiais espalham no seio do próprio povo, e que, embora cedam a melhores informações e reflexão mais ponderada, tendem, nesse ínterim, a provocar perigosas inovações no governo e sérias opressões para o partido minoritário da comunidade. Embora acredite que os amigos da Constituição proposta não se combinem nunca com os seus inimigos * para pôr em dúvida o princípio fundamental do governo republicano, que admite o direito do povo em alterar ou abolir a Constituição estabelecida,

Sem que tenha havido manifestação do Supremo Tribunal Federal em dizer o significado do §2º do artigo 5º da Constituição, o Constituinte derivado, após 16 anos da promulgação da Constituição, veio a dizê-lo na efervescência dos arroubos emocionais que circundavam a Reforma do Judiciário, contrariando, no entanto, o firmado pelo Constituinte originário.

A Constituição deve ser preservada das iniciativas tendentes a abolir a eficácia dos direitos fundamentais, das propostas que implantam retrocesso, especialmente quando a norma inserida em seu texto limita a atualização da Carta, a inovação do texto constitucional.

Isso não significa que a Constituição deva permanecer numa redoma, para ser vista, mas não tocada; vivida, mas não atualizada. Claro que deve a Constituição acompanhar as transformações da sociedade e seus valores. E é exatamente por isso que não pode a norma fundamental que permite atualização simplificada ser limitada, ao ponto de ter sua eficácia anulada, sob pena de se favorecer o anacronismo, impondo processo mais rigoroso à internalização de outros direitos e garantias fundamentais sobre direitos humanos constantes de tratados firmados pelo Brasil.

Eis a importância das ações legislativas consistentes nas emendas e das ações judiciais consistentes nas mutações. De uma forma ou de outra, a Constituição deve ser atualizada, seja pela mudança do texto, seja pela mudança do sentido do texto, descabendo, contudo, o retrocesso.

sempre que a julgue em desacôrdo com a própria felicidade, não se deve deduzir dêsse princípio que os representantes do povo, sempre que por acaso venha a dominar a maioria dos eleitores certa inclinação momentânea incompatível com os dispositivos da Constituição existente, tivessem razão em violar aquêles dispositivos ou que os tribunais se julgassem mais obrigados a conluir-se em infrações desta espécie do que quando tivessem procedido totalmente inspirados por tramas do corpo representativo. Até que o povo, por algum ato solene e peremptório, tenha anulado ou alterado a forma estabelecida, esta os obriga tanto coletiva como individualmente; e nenhuma conjetura ou mesmo conhecimento das suas opiniões permitiria aos representantes se afastarem dela antes daquele ato. Fácil de ver-se, porém, que os juizes teriam de possuir porção incomum de coragem para cumprir o dever de guardas fiéis da Constituição se a influência da maioria da comunidade instigasse as invasões legislativas.

Contudo, não é sòmente tendo em vista as infrações da Constituição que se deve considerar a independência dos juizes garantia essencial contra os efeitos de descontentamento acidental da comunidade. Êste, às vêzes, sòmente causa prejuizo aos direitos privados de classes especiais de cidadãos em virtude de leis injustas e parciais. Também neste caso a firmeza dos magistrados se reveste de vasta importância abrandando a severidade dessas leis e restringindo-lhes a aplicação. Não serve sòmente para moderar o maleficio imediato das leis já aprovadas, mas atua como contrôlle sôbre o corpo legislativo quando as elabora; êste, percebendo que serão de esperar obstáculos ao êxito de intensões iníquas por parte dos escrupulos dos tribunais, vê-se de certo modo compelido pelos próprios motivos da injustiça, que medita, a limitar as tentativas. Esta circunstância está destinada a exercer mais influência sobre o caráter dos nossos governos do que sòmente algumas pessoas estão em condições de perceber ”.

Dessas digressões conclui-se que, no presente caso, a vontade do legislativo, declarada no §3º, está em oposição a da Constituição, declarada no §2º, disposição que deve reger a situação, uma vez que as proposições de mudanças ou de releitura da Constituição não podem ter por objeto a redução ou limitação de sua capacidade de atualização.

Portanto, embora tenha se mantido intacto o enunciado do §2º, evidencia-se que a edição do §3º suprimiu sua eficácia, limitando ou anulando seu alcance, a pretexto de aclarar ou interpretar seu conteúdo, tornando, dessa forma, seu enunciado verdadeira letra morta.

Não é dado ao intérprete – seja ele legislador ou juiz – fazer a leitura da norma e dizer o sentido que ressaí de seu enunciado, desconsiderando o próprio enunciado, uma vez que o enunciado da norma é o ponto de partida do intérprete e, como tal, jamais deverá ser desprezado ao ser aclarado ou interpretado, e muito menos ter sua eficácia anulada.

Foi em detrimento ao princípio que já concedia *status* de norma constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos, uma vez cumprido o *iter* de sua incorporação, que se fixou a regra de que os mencionados tratados, para ganharem esse *status*, devem ser aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros.

Evidente, portanto, o retrocesso imposto pelo §3º elaborado pelo Constituinte derivado ao condicionar a conferência do *status* de norma constitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos à submissão da sua internalização a um quórum de votação mais complexo que o exigido aos demais tratados, quando o §2º do artigo 5º exigia, tão-somente à conferência de estatura constitucional, versar o conteúdo do tratado sobre a temática direitos humanos.

Para se afirmar que o §2º do artigo 5º não tinha o condão de conferir estatura constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos necessário seria, então, enfrentar a leitura de seu enunciado, sem deixar se guiar somente pela inovação legislativa do Constituinte derivado.

4.2 Violação à cláusula pétrea?

A norma insculpida no §2º do artigo 5º da Constituição pelo constituinte originário encontra seu fundamento nos motivos políticos decorrentes dos tempos da ditadura que impulsionaram a defesa dos direitos humanos em reação aos arbítrios do passado, na busca da efetivação do vetusto anseio da limitação do poder.

Essa perspectiva ficou assentada no texto constitucional de forma concreta ao se ter inserido na Carta, como fundamento da República, a dignidade da pessoa humana¹⁴¹, e incluído como princípio a reger as suas relações internacionais a prevalência dos direitos humanos¹⁴².

Com o fim manter atualizado o leque de direitos humanos constante do ordenamento jurídico nacional, inseriu o Constituinte a norma disposta no §2º do artigo 5º da Constituição. Com isso, permitiu a incorporação de forma simplificada no direito interno de outros direitos e garantias revestidos da natureza de direitos humanos constantes de tratados internacionais que o Brasil seja parte, qualificando-se, assim, referida norma como norma de direito fundamental destinada a facilitar a internalização no ordenamento de outros direitos fundamentais com estatura materialmente constitucional.

Nesse sentido, a inserção do §3º no artigo 5º da Constituição, ao retirar-lhe a eficácia, acabou por violar cláusula pétrea. Embora não tenha retirado do mundo jurídico o enunciado do §2º, o defenestrando do texto constitucional, inibiu sua força normativa, esvaziou seu espírito, tirando-lhe a eficácia, tornando referida norma incapaz de operar no mundo jurídico.

A norma revestida da natureza de cláusula pétrea deve estar a salvo de ímpetos legislativos ocasionais que objetivem romper com princípios e estruturas essenciais à Constituição¹⁴³, não para preservação da sua redação, mas para manter a função que ela desempenha no contexto constitucional.

¹⁴¹BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 05 de outubro de 1988. Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana. Disponível em: <[HTTP://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2013.

¹⁴²BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 05 de outubro de 1988. Art. 4. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] II – prevalência dos direitos humanos. Disponível em: <[HTTP://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2013.

Dessa forma, não é demasiado dizer que “os valores permanentes inscritos na Constituição tem primazia sobre as circunstâncias da política ordinária”¹⁴⁴, o que motiva a manutenção da eficácia do §2º do artigo 5º da Constituição.

Por outro lado, oportuno ainda registrar que a interpretação da norma, especialmente as que se revestem das características de direito fundamental, não pode ser realizada de forma descompromissada com a função a que se destina, sob pena de macular o princípio da força normativa da Constituição e comprometer sua unidade.

Dificultar a atualização da Constituição, sua adequação aos novéis pensamentos, inibe não só a renovação do texto, mas acima de tudo impossibilita o atendimento de anseios sociais fundamentados em novos valores.

Canotilho já manifestou que “deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo-se a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a actualização normativa, garantindo mesmo pé, a sua eficácia e permanência”¹⁴⁵.

Portanto, a interpretação dada pelo §3º ao enunciado do §2º, além de não ter assegurado a atualização normativa facilitada, desprezou a historicidade da estrutura constitucional, em especial a relevância atribuída às normas que versam sobre direitos humanos, não contribuindo para a eficácia ou permanência de uma Constituição conforme aos valores renovados no seio social, ou mesmo internacional.

Destarte, embora salutar e próprio que a hermenêutica constitucional seja pluralista, englobando inclusive participantes fora da esfera estatal, dentro da qual se ressalta o importante papel do Poder Legislativo, “Subsiste sempre a responsabilidade da jurisdição constitucional, que fornece, em geral, a última palavra

¹⁴³MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. In *Curso de Direito Constitucional*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 295.

¹⁴⁴BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 119.

¹⁴⁵CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. Ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 1210.

sobre a interpretação”¹⁴⁶, a qual espera o §3º, frente ao enunciado do §2º, e não vice-versa.

Indubitável, portanto, que o §3º do artigo 5º fere o artigo 60, IV, da Constituição, na medida em que se leva em consideração a disposição do §2º daquele artigo da Carta, verdadeiro direito do povo à atualização facilitada dos direitos e garantias fundamentais oriundos e constantes de tratados internacionais sobre direitos humanos.

¹⁴⁶HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. Porto Alegre: Sergio A Fabris, 2002, p. 14.

CONCLUSÃO

O estudo permitiu compreender o imbróglio criado pela introdução do §3º ao artigo 5º da Constituição, e seus respectivos efeitos, concernentes a uma precipitada interpretação de norma constitucional estatuída pelo Constituinte originário, que chegou às raias da anulação do §2º de mencionado artigo, interpretação feita pelo legislador, e não pelo órgão encarregado de velar e interpretar a Constituição na forma por ela estabelecida.

É certo que o §3º ao visar especificar o teor do §2º, tomando por vetor o princípio da unidade da Constituição, atribuiu o quórum de aprovação das emendas constitucionais aos tratados internacionais sobre direitos humanos, objetivando lhes conferir estatura formal e materialmente constitucional.

No entanto, ficou demonstrado que tal iniciativa comprometeu o processo simples anteriormente previsto para a incorporação dos tratados internacionais sobre direitos humanos ao ambiente jurídico nacional, processo esse uniforme a todos os tratados internacionais, além de ter retirado a eficácia da norma insculpida no §2º, a qual se afirmava conferir estatura constitucional a referidos tratados aprovados por maioria simples de votação.

Revelou-se, entretanto, que por trás da edição do §3º havia um fim diverso que a mera atribuição de estatura material e formalmente constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos, isto é, evitar a inovação da Constituição por meio de quórum simplificado de votação e o conseqüente alargamento de um bloco de constitucionalidade.

Atenta-se, ademais, que por ser o §2º do artigo 5º da Constituição uma norma de caráter prospectivo profundo, dado o potencial da margem de avanço que seu teor propicia, permitindo uma evolução jurídico-social mais rápida que a capacidade das concepções atuais consegue absorver, emergiu como fator inibitório a cautela de sua aplicação, que levou o deslocamento de sua interpretação do âmbito jurídico constitucional para o parlamento, provocando a ação do legislador

hermeneuta, o qual acabou por acrescentar o §3º a mencionada disposição, implantando verdadeiro retrocesso, através da suposta faculdade, revestida do caráter de imposição, de processo mais rígido para internalização dos tratados sobre direitos humanos como norma de estatura constitucional.

A despeito do Constituinte derivado ter legitimidade e capacidade para produzir regra de cunho interpretativo de norma produzida pelo Constituinte originário, não lhe é dado limitar, reduzir ou podar o alcance da norma interpretada.

Diante das considerações feitas ao §3º do artigo 5º da Constituição ressalta sua inconstitucionalidade, não só pelo retrocesso que impôs, ao vincular a estatura constitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos à sua respectiva incorporação pelo quórum das emendas constitucionais, mas também por ter violado cláusula pétrea, consistente no enunciado do §2º, que, aliás, já conferia *status* de norma materialmente constitucional a mencionados tratados.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. 1. ed. Bauru-SP: Edipro, 2001.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Diário da Câmara dos Deputados - Suplemento. Brasília. De 14 dez 1999, p. 832. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/dc_20.asp?selCodColecaoCsv=D&DataIn=14/12/1999&txpagina=8328txsuplemento=2&altura=650&largura=800> Acesso em: 27 fev 2013.

_____. Constituição (1891). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*: promulgada em 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <HTTP://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 11 jan. 2013.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <HTTP://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 jun. 2013.

_____. Decreto nº 23.710, de 9 de janeiro de 1934. Promulga o Tratado de Comércio e Navegação entre o Brasil e o Uruguai, de 22 de novembro de 1933. Disponível em: <<HTTP://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-23710-9-janeiro-1934-557865-publicacaooriginal-78588-pe.html>>. Acesso em: 1º fev. 2013.

_____. Decreto nº 57.663, de 24 de janeiro de 1966. Promulga as convenções para a adoção de uma lei uniforme em matéria de letra de câmbio e notas promissórias. Disponível em: <HTTP://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D57663.html>. Acesso em: 1º fev. 2013.

_____. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992a. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966. Disponível em: <HTTP://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 11 jan. 2013.

_____. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992b. Promulga a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <HTTP://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 11 jan. 2013.

_____. Decreto nº 1.855, de 10 de abril de 1996. Promulga a Convenção 158 sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, de 22 de junho de 1982. Disponível em: <[HTTP://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1855.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1855.html)>. Acesso em: 1º fev. 2013.

_____. Decreto-lei nº 427, de 22 de janeiro de 1969a. Dispõe sobre a tributação do imposto de renda na fonte, registro de letra de câmbio e notas promissórias e dá outras providências. Disponível em: <[HTTP://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/1965-1988/De10427.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/1965-1988/De10427.htm)>. Acesso em: 1º fev. 2013.

_____. Decreto-lei nº 911, de 1º de outubro de 1969b. Altera a redação do artigo 66 da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária e dá outras providências. Disponível em: <[HTTP://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/1965-1988/De10911.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/1965-1988/De10911.htm)>. Acesso em: 1º fev. 2013.

_____. Diário Oficial. Rio de Janeiro: n. 269, nov. 1933, p. 22047. Disponível em: [HTTP://www.jusbrasil.com.br/diarios/2237386/dou-secao-1-22-11-1933-pg16/pdfView](http://www.jusbrasil.com.br/diarios/2237386/dou-secao-1-22-11-1933-pg16/pdfView) . Acesso em: 1º fev 2013.

_____. Emenda Constitucional nº 45, Altera dispositivos, acrescenta artigos à Constituição (1988) e dá outras providências. Publicada no DO de 30 dez 2004. Disponível em: <[HTTP://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm)>. Acesso em: 11 jan. 2013.

_____. Lei nº 2.416, de 28 de junho de 1911. Regula a extradição de nacionais e estrangeiros e o processo e julgamento dos mesmos, quando, fora do país, perpetrarem alguns dos crimes nela mencionados. Disponível em: <[HTTP://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=2416&tipo_norma=LEI&data=19110628&link=s](http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=2416&tipo_norma=LEI&data=19110628&link=s)>. Acesso em: 1º fev. 2013.

_____. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o sistema tributário nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <[HTTP://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm)>. Acesso em: 1 fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Apelação Cível nº 7872/RS, de 11 out. 1943. Relator: Ministro Philadelpho Azevedo. Relator para o acórdão: Ministro Laudo de Camargo. Disponível em: <[HTTP://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=519551](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=519551)>. Acesso em: 1º fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Apelação Cível nº 8332/RS, de 07 jun. 1944. Relator: Ministro Waldemar Falcão. Relator para o acórdão: Ministro Goulart de Oliveira. Disponível em: <[HTTP://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=565271](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=565271)>. Acesso em: 1º fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Apelação Cível nº 9583/RS, de 26 jun. 1950. Relator: Ministro Lafayette de Andrada. Disponível em: <[HTTP://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=31070](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=31070)>. Acesso em: 1º fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Apelação Cível nº 9587/RS, de 21 ago. 1951. Relator: Ministro Lafayette de Andrada. Disponível em: <[HTTP://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=25026](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=25026)>. Acesso em: 1º fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Apelação Cível nº 71.154/PR, de 4 ago. 1971. Relator: Ministro Oswaldo Trigueiro. Disponível em: <[HTTP://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=166999](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=166999)>. Acesso em: 1º fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 84.779/PR, de 17 mar. 1973. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque. Disponível em: <[HTTP://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=178990](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=178990)>. Acesso em: 12 jan. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 80.004/SE, de 1 jun. 1977. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque. Relator para o acórdão: Ministro Cunha Peixoto. Disponível em: <[HTTP://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365)>. Acesso em: 1º fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 70.625-8/SP, de 23 out. 1993. Relator: Ministro Neri da Silveira. Disponível em: <[HTTP://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72565](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72565)>. Acesso em: 1º fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 71.286-0/MG, de 30 ago. 1994. Relator: Ministro Francisco Rezek. Disponível em: <[HTTP://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73007](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73007)>. Acesso em: 1º fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 72.131-1/RJ, de 23 nov. 1995. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministro Moreira Alves. Disponível em: <[HTTP://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573)>. Acesso em: 1º fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480-3/DF, de 04 set. 1997. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <[HTTP://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083)>. Acesso em: 1º fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 79.785-7/RJ/RJ, de 29 mar. 2000a. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <[HTTP://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102661](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102661)>. Acesso em: 1º fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 79.870-5/SP, de 16 maio. 2000b. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em:

<[HTTP://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78179](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78179)>.

Acesso em: 1º fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP. Relator: Ministro Cezar Peluso, publicado no DJ de 05 jun. 2009a. Disponível em: [HTTP://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444).

Acesso em: 11 jan. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante 25, de 23 dez. 2009b. Disponível em:

<www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/Enunciados_Sumula_Vinculante_STF_1_a_29_31_e_32.pdf>. Acesso em: 20 fev 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 595/ES, de 18 fev. 2002. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em:

<www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14815695/acao-direta-de-inconstitucionalidade-ADI-595-es-stf>. Acesso em: 27 fev. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. Ed. Coimbra: Almedina, 1997.

FAVOREU, Louis. LLORENTE, Francisco Rubio. *El bloque de la constitucionalidad*. 1. ed. Sevilla, ES: Civitas, 1991.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. Porto Alegre: Sergio A Fabris, 2002.

HAMILTON, Alexander. MADISON, James. JAY, John. *Sobre a Constituição dos Estados Unidos*. São Paulo: Ibrasa, 1964.

LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: constituição, racismo e relações internacionais*. 1. ed. Barueri, SP: Manoele, 2005.

MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. *Curso de Derechos Fundamentales*. Madri: Eudema, 1991.

_____. *Ética, poder y derecho: reflexiones ante el fin de siglo*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

MAZZUOLI, Valerio Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 5ª Ed. São Paulo: RT, 2011.

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

O Direito: Revista Mensal de legislação, doutrina e jurisprudencia. Rio de janeiro: M.OROCCO & C., v.98, Ano XXXIII-1905, Setembro a Dezembro, p. 249-250.

O Direito: Revista Mensal de legislação, doutrina e jurisprudencia. Rio de janeiro: M.OROCCO & C., v.98, Ano XXXIII-1905, v.106, Ano XXXVI-1908, Maio a Agosto, p. 584-611.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Revista de Jurisprudência Brasileira. Rio de Janeiro: Redação e administração. Ago. 1944. Mensal. v. LII, f. 155, p. 133-173.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 11. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

RODRIGUES, Manoel Coelho. *A extradição: no direito brasileiro e na legislação comparada*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, Tomo III, Anexos A e B, p. 75-78.

TAVARES, André Ramos. *Reforma do judiciário no Brasil pós-88: (des) estruturando a justiça: comentários completos à EC n. 45/04*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 47-48.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, ano 2, V. 2, n. 2, 2001, p. 13-39, ISSN 1677-1419.