SAMIR DIB BACHOUR

Tese de mestrado sob a orientação do Professor Doutor Roger Stiefelmann Leal

**PODER CONSTITUINTE DERIVADO DE EQUIVALÊNCIA
ÀS EMENDAS CONSTITUCIONAIS**

Os tratados de direitos humanos após a EC nº 45/04

FACULDADE DE DIREITO DA USP

SÃO PAULO

2014

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

DEPARTAMENTO DE DIREITO DO ESTADO

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO CONSTITUCIONAL

ORIENTADOR: PROFESSOR DOUTOR ROGER STIEFELMANN LEAL

ALUNO: SAMIR DIB BACHOUR – Nº USP: 2215323

NÍVEL: MESTRADO

**PODER CONSTITUINTE DERIVADO DE EQUIVALÊNCIA
ÀS EMENDAS CONSTITUCIONAIS**

Os tratados de direitos humanos após a EC nº 45/04

SÃO PAULO

2014

PABLO PICASSO. *Cabeça de Touro*. 1943. Moldagem em bronze de partes de bicicleta. Alt. 0,41 m. Galerie Louise Leiris, Paris.

RESUMO: A teoria do Poder Constituinte Derivado de Equivalência às Emendas Constitucionais busca abarcar por completo o fenômeno jurídico da aprovação de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos como equivalentes às emendas constitucionais, nos termos do §3º do art. 5º da Constituição, inserido pela Emenda Constitucional nº 45/04. Após a descrição crítica do panorama constitucional, doutrinário e jurisprudencial em que foi engendrado este novo dispositivo do art. 5º e o procedimento pelo qual foi aprovada a incorporação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo como equivalentes às Emendas, seguem as três partes essenciais e imprescindíveis que compõem a abordagem do tema. A primeira está voltada à caracterização da presença de uma nova manifestação de Poder Constituinte, com o objetivo de oferecer soluções coerentes e consistentemente respaldadas em um arcabouço teórico comum para toda a problemática envolvida, que será especificamente examinada a partir das questões enfrentadas na Parte II. Já a terceira parte está mais atrelada às questões materiais, ao se preocupar com o objeto da equivalência constitucional: se esta inclui todo o diploma internacional; exclusivamente os direitos humanos nele previstos; ou também normas de outra natureza, abstraindo e projetando conclusões a partir da experiência concreta da Convenção. A mais intensa contribuição para o pensamento jurídico encontra-se evidentemente na identificação de uma nova modalidade do Poder Constituinte Derivado; mas também, na conceituação das normas equivalentes às emendas constitucionais; ao se apontar o exato objeto do §3º do art. 5º, desvelando-se a complexidade dos fenômenos envolvidos na introdução da Convenção e de seu Protocolo Facultativo; na delimitação do espectro normativo das normas equivalentes às emendas constitucionais; e na obtenção de uma maior conformidade teórica com os fundamentos dos sistemas jurídicos constitucional e internacional, a partir do entrelaçamento entre as teorias do direito e do Estado; e as disciplinas do direito constitucional; internacional; e dos direitos humanos.

Summary: The theory of Constitutional Amendments Equivalence of Derived Constitutional Power seeking to embrace fully the phenomenon of legal approval of international treaties and conventions on human rights as equivalent to constitutional amendments, pursuant to §3º of art. 5º of the Constitution, inserted by Constitutional Amendment nº 45/04. After critically describing the constitutional, jurisprudential and doctrinaire panorama in that was engendered in this new device of art. 5º and the procedure by which the incorporation of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Optional Protocol was approved as equivalent to the Amendments, follow three essential parts that make up the approach to the subject. The first is directed to describe the presence of a new manifestation of constituent power, with the goal of providing solutions coherent and consistently backed into a theoretical framework common to all the problems involved, which will be examined specifically from the issues faced in Part II. The third part is more tied to material issues, to worry about the object of constitutional equivalence: if this includes the entire international diploma; exclusively human rights therein, or also rules otherwise, abstracting and projecting findings from the concrete experience of the Convention. The most intense contribution to legal thought is evidently in the identification of a new type of constitutional derived power; but also in the conceptualization of equivalence to constitutional amendments norms; when pointing the exact object of §3º of art. 5º; revealing the complexity of the phenomena involved in the introduction of the Convention and its Optional Protocol; the delimitation of the spectrum of equivalent to constitutional amendments norms; and in obtaining greater theoretical conformity with the fundamentals of the constitutional and international legal systems, from entanglement between the theories of law and the State; and the disciplines of constitutional law; international law; and human rights.

Sumário

INTRODUÇÃO:	10
1- CONSIDERAÇÕES INICIAIS – PLANO E METODOLOGIA:	10
2- A EC nº 45/04 E O REFORÇO DO COMPROMISSO CONSTITUCIONAL COM OS DIREITOS HUMANOS:	14
3. A EC nº 45/04, O STF E A HIERARQUIA JURÍDICA DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL:	23
4. O PROCEDIMENTO DE INCORPORAÇÃO DA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E SEU PROTOCOLO FACULTATIVO:.....	50
PARTE I – O PODER CONSTITUINTE DERIVADO DE EQUIVALÊNCIA ÀS EMENDAS COSNTITUCIONAIS:.....	63
1. A EC nº 45/04 E A DISTINÇÃO DA NOVA CATEGORIA DAS NORMAS “EQUIVALENTES ÀS EMENDAS CONSTITUCIONAIS”:.....	63
2. A IDEIA DE PODER CONSTITUINTE E DE LIMITES PARA A INOVAÇÃO JURÍDICA EM NÍVEL CONSTITUCIONAL:.....	70
3. PODER CONSTITUINTE DERIVADO E APROVAÇÃO DE TRATADOS COM STATUS DE EMENDA CONSTITUCIONAL:	77
4. UMA NOVA MODALIDADE DE EXPRESSÃO DO PODER CONSTITUINTE DERIVADO:.....	82
5. COMPATIBILIDADE DA NOVA HIPÓTESE DE EXERCÍCIO DO PODER CONSTITUINTE DERIVADO DENTRO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988:	86
6. VALIDADE DA NOVA MODALIDADE DE EXPRESSÃO DO PODER CONSTITUINTE DERIVADO:.....	92
7. O REALCE DO PAPEL DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA NO PROCESSO LEGISLATIVO DE PRODUÇÃO NORMATIVA EM NÍVEL CONSTITUCIONAL:	100
8. O NOVO PODER CONSTITUINTE DERIVADO DE EQUIVALÊNCIA ÀS EMENDAS CONSTITUCIONAIS (PCDEEC):.....	103
9. O PODER CONSTITUINTE DERIVADO DE EQUIVALÊNCIA OBEDECE AOS MESMOS LIMITES DO PODER CONSTITUINTE DERIVADO DE EMENDA?	107

10. AGENTES LEGITIMADOS PELO PODER CONSTITUINTE DERIVADO DE EQUIVALÊNCIA ÀS EMENDAS CONSTITUCIONAIS:	116
11. PROCEDIMENTO DE APROVAÇÃO DE EQUIVALÊNCIA ÀS EMENDAS CONSTITUCIONAIS X PROCEDIMENTO DE INCORPORAÇÃO DE TRATADOS: ..	121
PARTE II – QUESTÕES FORMAIS ENVOLVENDO O PODER CONSTITUINTE DERIVADO DE EQUIVALÊNCIA ÀS EMENDAS COSNTITUCIONAIS:	128
1. QUESTÕES PRELIMINARES SOBRE A EXCLUSIVIDADE E O ALCANCE DO RITO DELIBERATIVO DE EQUIVALÊNCIA CONSTITUCIONAL:	128
1.1. A PARTIR DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/04 OS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS SOMENTE PODERÃO SER INCORPORADOS PELO RITO DO §3º DO ART. 5º?	128
1.2. TRATADOS INCORPORADOS ANTERIORMENTE À EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/04 E OS POSTERIORES NÃO APROVADOS NOS TERMOS DO §3º DO ART. 5º DA CF/88:	131
1.3. TRATADOS QUE AINDA NÃO TENHAM SIDO CELEBRADOS PELO BRASIL ATRAVÉS DE SEU PRESIDENTE DA REPÚBLICA:	136
2. QUESTÕES INCIDENTES DURANTE O PROCESSO LEGISLATIVO DE APROVAÇÃO DE EQUIVALÊNCIA CONSTITUCIONAL:	139
2.1- O CONGRESSO NACIONAL PODERIA ALTERAR O TEXTO DO TRATADO?	139
2.2. A ATUAÇÃO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA APÓS A APROVAÇÃO DA EQUIVALÊNCIA CONSTITUCIONAL PELO CONGRESSO NACIONAL:	145
2.3. VIGÊNCIA INTERNA DO PACTO DE DIREITOS HUMANOS APROVADO COMO EQUIVALENTE ÀS EMENDAS CONSTITUCIONAIS:	151
2.4. TRATADOS CUJA INCORPORAÇÃO SEJA SUBMETIDA AO RITO DO §3º DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO E OBTENHAM APENAS A MAIORIA SIMPLES:	154
3. QUESTÕES POSTERIORES À CONCESSÃO DE EQUIVALÊNCIA CONSTITUCIONAL:	157
3.1. VIGÊNCIA(S) INTERNA(S) X VIGÊNCIA INTERNACIONAL:	157
3.2. POSSIBILIDADE DA DENÚNCIA DOS PACTOS DE DIREITOS HUMANOS EQUIVALENTES ÀS EMENDAS CONSTITUCIONAIS:	160
3.3. EFEITOS INTERNOS E EXTERNOS DA DENÚNCIA:	169
3.4. EMENDA DO DIPLOMA NORMATIVO DE DIREITOS HUMANOS NO ÂMBITO INTERNACIONAL:	171
3.5. CONVERSÃO DO STATUS DE EQUIVALÊNCIA CONSTITUCIONAL EM STATUS LEGAL:	175

PARTE III. O OBJETO DO PODER CONSTITUINTE DERIVADO DE EQUIVALÊNCIA ÀS EMENDAS CONSTITUCIONAIS:	180
1 DELIMITAÇÃO DO OBJETO DO PCDEEC - AS NORMAS DOS DIPLOMAS INTERNACIONAIS QUE SERÃO EQUIVALENTES ÀS EMENDAS CONSTITUCIONAIS:	180
2. A CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E A TRANSCENDÊNCIA DAS SOLUÇÕES TEÓRICAS:	183
3. REGIME JURÍDICO DOS TRATADOS: DIREITOS HUMANOS; PRINCÍPIOS; REGRAS; DEFINIÇÕES; E PROGRAMAS:	186
3.1. PRINCÍPIOS:	190
3.2. REGRAS:	200
3.3. DEFINIÇÕES:	208
3.4. NORMAS PROGRAMÁTICAS DE POLÍTICAS PÚBLICAS:	212
4. NORMAS DOS DIPLOMAS DE DIREITOS HUMANOS DE APLICAÇÃO EXCLUSIVAMENTE INTERNACIONAL:	216
CONCLUSÕES:	223
BIBLIOGRAFIA:	241

INTRODUÇÃO:

1- CONSIDERAÇÕES INICIAIS – PLANO E METODOLOGIA:

O pensamento a se desenvolver está voltado à projeção de uma teoria que abarque por completo o fenômeno jurídico da aprovação de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos como equivalentes às emendas constitucionais, ao oferecer, para toda a problemática envolvida, soluções coerentes e consistentemente respaldadas em um arcabouço teórico comum, que mantenham o máximo de conformidade com a Constituição de 1988 e com os conceitos e fundamentos do Poder Constituinte e dos Direitos Fundamentais.

Na esteira deste escopo, será realizada a abordagem dos principais aspectos e questões constitucionais, sob a perspectiva preponderantemente formal, decorrentes da inserção do §3º no art. 5º da Constituição pela Emenda Constitucional nº 45/04 e do modo como se operou a incorporação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo¹.

Sua incorporação representa um dado empírico exclusivo porque, de fato, como na expressão do então Presidente da Câmara dos Deputados, estava-se “*navegando por mares nunca dantes navegados*”² ao se tratar dos primeiros e únicos, até então,

¹ A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007; foram aprovados pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, conforme o procedimento do §3º do art. 5º da Constituição, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45, de 18 de dezembro de 2004; e promulgados pelo Decreto Federal nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.

² “O SR. PRESIDENTE (Arlindo Chinaglia) – Isso tem que ser analisado, até porque, veja, não se tem aqui referência, pelo menos de memória, de termos vivido a mesma situação anteriormente. Então, vou esclarecer a V.Exa. Quando o Presidente da República envia uma mensagem, que, na nossa interpretação, condiciona ao § 3º do art. 5º, e S. Exa. tem competência para tanto, e, como há no art. 5º, § 3º, digamos, essa determinação da própria Constituição, ainda que no Regimento da Casa não haja a previsão, então,

diplomas normativos internacionais sobre direitos humanos aprovados para vigorar no Brasil como equivalentes às emendas constitucionais. Entretanto, importa ressaltar que não se intenciona um estudo de caso, mas sim, partir do concreto procedimento pelo qual se promoveu a inserção destes diplomas internacionais no ordenamento jurídico interno com o status de emenda constitucional e do específico teor do texto aprovado, como instrumentos concretos para a reflexão sobre os meios, condições e limites através dos quais se travará, sob a égide do §3º do art. 5º da Constituição, a comunicação e a interpenetração das normas internacionais sobre direitos humanos no direito constitucional brasileiro.

Na parte introdutória do tema será apontado o reforço do compromisso constitucional com os direitos humanos a partir do advento da Emenda Constitucional nº 45/04; seguido da análise sobre a evolução e o estágio atual da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em relação à hierarquia jurídica dos tratados de direitos humanos dos quais o Brasil faça parte; e da descrição do procedimento pelo qual se deu a internalização da Convenção e de seu Protocolo Facultativo.

Ao prever a inovação em patamar hierárquico-normativo constitucional, pela inserção no sistema jurídico de normas equivalentes às emendas constitucionais, a EC nº 45/04 envolveu-se de modo inarredável com a questão do Poder Constituinte. Resvalando remota ou imediatamente neste tema de fundo, a problemática trazida pela incorporação dos pactos de direitos humanos dotados de equivalência constitucional encontra-se com ele intensamente atrelada.

Deste modo, frente ao ineditismo da situação normativa no direito brasileiro, no início da primeira parte impõe-se como inevitável a busca do significado jurídico-normativo da *equivalência às emendas constitucionais*. Os direitos humanos dos diplomas assim incorporados passariam a ter o igual status dos direitos fundamentais contidos na Constituição?

Em seguida, todos os demais tópicos se concentrarão em examinar a questão do Poder Constituinte como fundamento teórico imprescindível ao cotejo das diversas questões e assertivas que pairam perante o novel dispositivo. A norma do novo

estamos de fato navegando por mares nunca dantes navegados.” Cf. Ata da 98ª Sessão Extraordinária Noturna da Câmara dos Deputados, em 13 de maio de 2008, sob a Presidência do Dep. Arlindo Chinaglia.

§3º implica no exercício do Poder Constituinte Derivado? Se afirmativo, seria o mesmo Poder de Reforma da Constituição ou se trataria de uma nova modalidade?

A conclusão teórica então obtida será testada pelo enfrentamento das dúvidas procedimentais abordadas na segunda parte do trabalho, que se dedicará a demonstrar como tais questões serão equacionadas pelo modelo adotado e como se comportariam se desprovidas de seu respaldo – isto porque, sem que se tenha por base uma concepção teórica clara, as soluções propostas estariam arriscadas a se tornarem afirmações gratuitas.

Nesta direção, a segunda parte inicia com a investigação e o desvendamento do fenômeno jurídico veiculado pelo §3º do art. 5º da Constituição. A norma do novel dispositivo consistiria em um novo procedimento para a incorporação de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos? Ou tão somente um procedimento que se restringe a prever o modo como se deliberará a concessão de equivalência constitucional aos respectivos diplomas?

Após esta distinção teórica fundamental, as dúvidas envolvendo as vicissitudes do procedimento legislativo de aprovação dos diplomas normativos internacionais como equivalentes às emendas constitucionais, em boa parte antecipadas no Parlamento ou esparsamente suscitadas na doutrina e, em outra, aqui engendradas, serão alinhavadas através do critério lógico-temporal da evolução do *iter* procedimental que dá ensejo ao seu surgimento.

Previamente, cumpre indagar sobre a exclusividade e o alcance do procedimento do §3º do art. 5º. A partir da EC nº 45/04, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos somente poderão ser incorporados através desta forma? E os tratados já admitidos em nossa ordem jurídica, estariam fadados a jamais gozar do status de equivalência constitucional?

Passada esta etapa preliminar, têm ensejo as questões surgidas propriamente durante o curso do procedimento de aprovação dos pactos internacionais com equivalência às emendas constitucionais, como a concernente ao papel exercido pelo Presidente da República durante todo o processo; e a voltada ao termo inicial de vigência interna. Ademais, poderia o Congresso Nacional emendar o texto do diploma normativo

internacional? E os novos tratados que submetidos ao rito do §3º obtivessem apenas maioria simples, estariam rejeitados?

E mesmo que definitivamente incorporados os diplomas normativos internacionais com o status de equivalência constitucional, as questões não se arrefecem, pelo contrário, ganha igual relevo neste momento indagar sobre a delicada questão da viabilidade de sua denúncia. Os pactos de direitos humanos quando aprovados como equivalentes às emendas constitucionais poderão ser denunciados? E poderia o Congresso Nacional simplesmente voltar atrás, desprovendo-lhes de equivalência constitucional para lhes reconhecer apenas força de lei?

Ao lado disso, nesta mesma etapa serão cotejados os eventos relacionados à comunicação entre as ordens jurídicas interna e a internacional, como quanto a momentos distintos de vigência; e a ocorrência de eventos futuros envolvendo o próprio diploma normativo, como a revogação e a emenda de seu texto no âmbito externo.

Já a terceira parte do trabalho se dedicará à delimitação do objeto de equivalência às emendas constitucionais, o que significa investigar sobre quais as normas dos diplomas internacionais de direitos humanos que serão admitidas com qualificação constitucional: todas, inclusive as normas obrigacionais dos Estados no âmbito do direito internacional; somente os direitos humanos; ou também outras? E quais seriam estas últimas?

Aqui a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência servirá de elemento empírico da investigação, de modo que as conclusões a partir dela obtidas possam ser projetadas abstratamente para quaisquer outros tratados ou convenções internacionais que venham a ser incorporados como equivalentes às emendas constitucionais.

Por fim, a partir do corte epistemológico quanto ao objeto e a abrangência da norma veiculada pelo §3º do art. 5º da Constituição, tendo em conta o conjunto expressivo das questões a serem examinadas, que o serão não por pretensão de expansão prolixa e exaurimento, mas sim, essencialmente, pelo escopo de incremento e validação da concepção teórica engendrada, as notas conclusivas compilarão sinteticamente os resultados alcançados e as soluções obtidas em cada tópico.

As posições que serão defendidas são fruto de um método preponderantemente indutivo, que partiu das questões suscitadas pelo Parlamento; pela doutrina; e de outras aqui formuladas, para arquitetar a concepção teórica que, por sua vez, concomitantemente estava sendo engendrada, também passou a refletir dialeticamente no enfrentamento dos problemas.

Portanto, não se seguiu um método linear, mas sim, na medida em que o conteúdo ia se configurando, foram experimentadas diversas formas de sua exposição, inclusive através da supressão alternada de uma das três partes principais que compõem sua estruturação, com o fim de testar a viabilidade de sua sustentação sem um de seus componentes, os quais assim se comprovaram essenciais.

A relevância da teoria do Poder Constituinte Derivado de Equivalência às Emendas Constitucionais está na evidência de que, atualmente, nenhum estudo sobre direitos fundamentais no Brasil poderá se arvorar completo, sem que obrigatoriamente tenha que passar pela problemática trazida pela EC nº 45/04, com o novo §3º do art. 5º da Constituição, e pelas repercussões do procedimento concreto de incorporação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo como equivalentes às emendas constitucionais.

2- A EC nº 45/04 E O REFORÇO DO COMPROMISSO CONSTITUCIONAL COM OS DIREITOS HUMANOS:

Certamente não foi a inserção de um §3º no art. 5º da Constituição, promovida pela Emenda Constitucional nº 45/04, com a previsão de um rito processual legislativo mais rigoroso para a dotação de equivalência constitucional aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, o que deu início ao relacionamento da ordem jurídica brasileira com o sistema normativo internacional de proteção dos direitos humanos³.

³ Amaral Junior e Jubilut afirmam que é da combinação das esferas de proteção interna e internacional que surge o sistema de salvaguarda dos direitos humanos; e que “a referida complementaridade indica uma

A influência em nosso direito interno dos direitos humanos reconhecidos nos tratados e convenções internacionais incorporados pelo Estado brasileiro data de bem antes da EC nº 45/04, como no exemplo do Pacto de São José da Costa Rica, que entrou em vigor internamente com a publicação do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

A Constituição de 1988, em seu texto originário, já contemplava expressamente o diálogo com os direitos humanos previstos no direito internacional, dispondo no §2º do art. 5º que: “*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*”. Por sua vez, o art. 4º estabeleceu a “*prevalência dos direitos humanos*” como princípio das relações internacionais⁴.

É também certo que, dentro de um cenário comum que se estendeu por toda a América Latina⁵, a redemocratização⁶ do país e o marco jurídico da Constituição de

dialética entre o interno e o internacional relativamente à proteção dos direitos humanos, na qual as transformações em uma esfera repercutem diretamente na configuração da outra”. AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra. O Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra. *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo, Quartier Latin: 2009, p. 32.

⁴ Referenciada por Heléné Tourard, Meyer-Plug aponta que “O Direito Constitucional se destaca como um dos ramos do Direito que mais diretamente sofre o fenômeno da internacionalização. Nesse sentido, são plenamente verificáveis dois fenômenos distintos, quais sejam, a internacionalização do Direito Constitucional e a constitucionalização do Direito Internacional. [...] No âmbito do Direito Constitucional se pode vislumbrar inclusive a internacionalização do próprio poder constituinte, como ocorreu inicialmente na União Europeia com a criação da Constituição Europeia. [...] É imperioso reconhecer que a inserção do Estado em uma comunidade internacional implica cada vez mais a penetração do Direito Constitucional pelo Direito Internacional, levando a uma adequação do Direito Constitucional interno às exigências da ordem internacional.” MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *A internacionalização do Direito Constitucional*. In: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; PETERSEN, Zilah Maria Callado Fadul (Coord.). *Coletânea de estudos jurídicos*. Brasília: TSM, 2008, p. 436-437.

⁵ “Por lo que respecta a América Latina, esta internacinalización se produjo de manera más lenta, especialmente por la existencia en las décadas de los setenta a los ochenta del siglo XX, de varios gobiernos autoritarios, algunos de carácter castrense, que infringieron de manera generalizada y gravemente los derechos fundamentales de sus habitantes, pero debido al retorno de los regímenes constitucionales y a la expedición de nuevos textos constitucionales o de reformas esenciales de los mismos, se inició una tendencia cada vez más acelerada de ratificación e incorporación de los derchos fundamentales establecidos en instrumentos internacionales.” FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Proctección Jurídico Constitucional de los Derechos Humanos de Fuente Internacional en los Ordenamientos de Latinoamérica*. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n. 47, p. 55-74, jul/dez. 2005, p. 12-13.

⁶ Eis a questão posta e assim respondida por Carvalho Ramos, no que concerniria à intenção do Brasil ao celebrar tratados de direitos humanos: “O que motivou e continua a motivar os Estados, que em geral atuam na esfera internacional movidos pela ânsia do ganho econômico ou de contrapartidas equânimes e da supremacia política? [...] Um segundo motivo muito lembrado pela doutrina é o anseio de vários

1988 foram o estopim do aceleração deste processo de comunicação normativa, com a ratificação de diversos tratados de direitos humanos pelo Brasil, notadamente no período compreendido entre a promulgação da Constituição de 1988 e a entrada em vigor da EC nº 45/04⁷.

Como os direitos humanos previstos na maior parte destes tratados dificilmente deixavam de guardar expressiva correspondência com o extenso rol da Constituição, mais do que propriamente a inovação do ordenamento jurídico interno, através da aquisição de novos direitos⁸, o que efetivamente ocorreu foi o comprometimento

governos em adquirir legitimidade política na arena internacional e distanciar-se de passados ditatoriais e de constante violação de direitos humanos. Logo, vários Estados aderem a instrumentos jurídicos internacionais de proteção de direitos humanos e participam de organizações com competência de averiguação de suas próprias políticas internas na busca da legitimidade trazida por esses órgãos. Possivelmente essa é a situação do Brasil, que, após a redemocratização nos anos 80, vem sistematicamente aderindo a tratados internacionais de direitos humanos e reconheceu, inclusive, a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos.” CARVALHO RAMOS, André. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 60; 62-63.

⁷ Neste sentido: “O desdobramento do inc. II do art. 4º na prática diplomática brasileira tem sido uma política de Direito voltada para a adesão do Brasil aos Pactos Internacionais e Regionais de Direitos Humanos. Esta política de Direito foi claramente iniciada no governo Sarney, seguida pelos governos que o sucederam – Collor e Itamar Franco – e intensificada na Presidência de Fernando Henrique Cardoso como expressão do compromisso democrático de sua administração.” LAFER, Celso. *A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações internacionais*. Barueri, SP: Manole, 2005, p. 15; “À propósito, atualmente no Brasil, principalmente após a promulgação da Constituição de 88 e sua nova feição protetora e asseguradora dos Direitos Humanos, provocando suas bases democráticas e republicanas a consolidação dos princípios da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II) e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), obteve-se um número significativo de documentos jurídicos internacionais bastante relevantes desta seara que foram incorporados, tanto aqueles que tratam o assunto no plano global, quanto aqueles que trabalham no plano regional.” OLIVEIRA, Diogo Pignataro. *Os tratados de direitos humanos na contemporaneidade e sua aplicabilidade dentro da nova concepção constitucional brasileira: uma análise crítica a teor do §3.º do art. 5.º da CF/88*. Revista de Direito Constitucional e Internacional – ano 16, n. 64, julho-setembro de 2008, p. 315. E: “No que se refere à posição do Brasil em relação ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, observa-se que somente a partir do processo de democratização do país, deflagrado em 1985, é que o Estado Brasileiro passou a ratificar relevantes tratados internacionais de direitos humanos.” PIOVESAN, Flávia. *A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos*. In: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; PETERSEN, Zilah Maria Callado Fadul (Coord.). *Coletânea de estudos jurídicos*. Brasília: TSM, 2008, p. 380.

⁸ Excetuando as hipóteses dos direitos humanos previstos nos tratados incorporados pelo Brasil que são absolutamente coincidentes com aqueles inseridos na Constituição e daqueles que entram em choque com os preceitos constitucionais, Piovesan aponta que “[...] os tratados de direitos humanos estarão a integrar, complementar e estender a declaração constitucional de direitos. Com efeito, a partir dos instrumentos internacionais ratificados pelo Estado brasileiro, é possível elencar inúmeros direitos que, embora não previstos no âmbito nacional, encontram-se enunciados nesses tratados e, assim, passam a se incorporar ao Direito Brasileiro. A título de ilustração, cabe menção [...] Ocorre que o rol de onze exemplos que segue em exemplificação nada está infenso à críticas e questionamentos, notadamente quanto a consistirem em ‘inúmeros’ e também por não encontrarem de algum modo ‘previstos’ no ordenamento. Portanto, mais próprio seria o rigor na manutenção da classificação inicial, quanto aos direitos dos tratados virem a ‘integrar, complementar e estender’ o elenco constitucional”. Id., 2008, p. 387-388.

do país em dar concretude aos direitos humanos em seu território, através de sua submissão ao regime específico de inspeções e sanções recíprocas do direito público internacional.⁹

Neste sentido, a adesão aos diplomas normativos internacionais de direitos humanos impulsionou uma extensa produção legislativa infraconstitucional¹⁰, voltada à densificação e concretização dos direitos constitucionais fundamentais, em face dos compromissos internacionais assumidos, sendo um dos exemplos mais recentes a edição da Lei 11.340/06, que passou a ser conhecida como “*Lei Maria da Penha*”¹¹, em alusão a esta vítima tanto de violência doméstica como de omissão estatal, cujo caso emblemático provocou a responsabilização do Brasil perante a Organização dos Estados Americanos¹².

Na esteira da influência remota da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a maior parte da doutrina passou a indicar a previsão de direitos fundamentais como um elemento essencial de quaisquer Constituições. E resultando desta interação entre os direitos fundamentais previstos na Constituição e o conjunto de tratados

⁹ A título de exemplo, no âmbito sistema americano, Piovesan informa que “Atualmente, há, em média, 90 casos contra o Brasil pendentes na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Na Corte Interamericana, há apenas três casos contra o Brasil – o primeiro caso refere-se à execução e maus tratos de detentos no Presídio de Urso Branco no Estado de Rondônia (em que houve a concessão de medidas provisionais pela Corte); o segundo caso refere-se à morte da vítima em clínica psiquiátrica no Estado do Ceará (caso Damião Ximenes Lopes); e o terceiro caso refere-se ao assassinato do defensor de direitos humanos no Estado do Rio Grande do Norte (caso Gilson Nogueira Carvalho). [...] Cabe atentar que, deste universo de 90 casos, apenas dois apontam à responsabilidade direta da União em face da violação de direitos humanos. Um dos casos atém-se a trabalho escravo (caso José Pereira – que inclusive foi objeto de solução amistosa), enquanto que o outro caso atém-se à prática de tortura e morte de indígena Macuxi em dependência da Polícia Federal em Roraima.” PIOVESAN, Flávia. *Federalização dos Crimes contra os Direitos Humanos*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 54, p.169 e ss., maio/2005, p. 5 (numeração RT online).

¹⁰ “A reprodução de disposições de tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira não apenas reflete o fato de o legislador nacional buscar orientação e inspiração nesse instrumental, mas ainda revela a preocupação do legislador em equacionar o direito interno, de modo a ajustá-lo, com harmonia e consonância, às obrigações internacionalmente assumidas pelo Estado brasileiro.” PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 92.

¹¹ “Tão logo editada a Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006, ela passou a ser conhecida como Lei Maria da Penha, embora em seu texto – e nem poderia ser diferente – não seja feita qualquer alusão a tal denominação.” CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência Doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) Comentada artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 11.

¹² Igualmente exemplifica Carvalho Ramos: “... no caso Maria da Penha, o Brasil foi condenado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos por violação de direitos humanos causada, basicamente, pela delonga do Tribunal de Justiça do Ceará em aplicar a lei penal em prazo razoável. Além deste caso, emblemático por ter influenciado a elaboração da Lei 11.340, ...”. CARVALHO RAMOS, André de. *O Diálogo das Cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos*. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Orgs.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 843.

que formam o direito internacional dos direitos humanos¹³, chega a ser aventado um direito constitucional internacional¹⁴, frente à exponencial abertura das Constituições aos direitos humanos previstos nos diplomas normativos internacionais.

Acompanhando a profusão dos tratados que declaram e sistematizam direitos humanos, fortaleceu-se a posição da pessoa humana como sujeito também de direito internacional¹⁵, ao se associarem aos respectivos tratados disposições concedentes

¹³ Na definição de Carvalho Ramos: “O Direito Internacional dos Direitos Humanos consiste no conjunto de direitos e faculdades previsto em normas internacionais, que assegura a dignidade da pessoa humana e beneficia-se de garantias internacionais institucionalizadas.”. CARVALHO RAMOS, André de. *O Diálogo das Cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos*. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Orgs.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 810; Cf. Piovesan: “O ‘Direito Internacional dos Direitos Humanos’ surge, assim, em meados do século XX, em decorrência da Segunda Guerra Mundial e seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte dessas violações poderiam ser prevenidas, se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse.” PIOVESAN, Flávia. *A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos*. In: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; PETERSEN, Zilah Maria Callado Fadul (Coord.). *Coletânea de estudos jurídicos*. Brasília: TSM, 2008, p. 375.

¹⁴ “Por direito constitucional Internacional subentende-se aquele ramo do Direito no qual se verifica a fusão e a interação entre o direito constitucional e o direito internacional, interação que assume um caráter especial quando esses dois campos do direito buscam resguardar um mesmo valor – o valor da primazia da pessoa humana –, concorrendo na mesma direção e sentido. Ao tratar da dinâmica da relação entre a Constituição brasileira e o sistema internacional de proteção dos direitos humanos, objetiva-se não apenas estudar os dispositivos do direito constitucional que buscam disciplinar o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas também desvendar o modo pelo qual este último reforça os direitos constitucionalmente assegurados, fortalecendo os mecanismos nacionais de proteção dos direitos da pessoa humana.” PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 16.

¹⁵ A asserção da pessoa humana como sujeito de direito internacional foi apontada por Fix-Zamudio, em geral; por Cançado-Trindade, ao tratar da OAE; e por Segado, em relação à experiência europeia: “Por otra parte, a partir de la creación de la Organización de las Naciones Unidas en el año de 1945, con la cual se inició una preocupación de la comunidad internacional por la tutela de los derechos humanos, lesionados gravemente por los regímenes autoritarios que desencadenaron la segunda guerra mundial, se produjo una transformación esencial en el campo del derecho internacional, en cuanto se modificó la regla tradicional de que los sujetos del propio derecho eran exclusivamente los Estados, para reconocer a los individuos y a los grupos sociales también como sujetos activos del derecho internacional, lo que dio lugar al surgimiento de una nueva disciplina, extraordinariamente dinámica y de carácter progresivo, es decir el derecho internacional de los derechos humanos.” FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Protección Jurídico Constitucional de los Derechos Humanos de Fuente Internacional en los Ordenamientos de Latinoamérica*. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n. 47, p. 55-74, jul/dez. 2005, p. 12; “En resumen, la persona humana ha sido erigida, de forma inequívoca, en sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, dotada de capacidad jurídico-procesal en los procedimientos ante la Corte Interamericana. [...] En una dimensión más amplia, estamos, en efecto, en medio de un proceso histórico, y jurídicamente revolucionario, de reconstrucción de un nuevo paradigma en el Derecho Internacional Público, que trasciende claramente su antigua dimensión meramente interestatal, que se encuentra enteramente superada en nuestros días. En el nuevo jus gentium del siglo XXI el ser humano emerge como sujeto de derechos emanados directamente del Derecho Internacional, dotado de capacidad procesal para vindicarlos.” CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *La Emancipación de la Persona Humana en la Reconstrucción del Jus Gentium*. Revista da

de capacidade para as vítimas de violações formularem reclamações perante os Organismos e Tribunais Internacionais.

No contexto pós-Constituição de 1988, em que pese a ressalva preliminar de que a Emenda Constitucional nº 45/04 não representava o marco normativo deflagrador do relacionamento da ordem jurídica brasileira com a ordem internacional dos direitos humanos, restou explícito o seu papel de estandarte da intensificação e reforço do compromisso constitucional com os direitos fundamentais da pessoa humana.¹⁶

Na trilha expansionista da elaboração e formalização das declarações internacionais de direitos humanos e de sua crescente assimilação por força da adesão da maior parte dos países ocidentalizados, a concorrente preocupação com o incremento dos meios e sistemas processuais para a sua concretização¹⁷ passou a dar legitimação às demandas pela criação de um Tribunal Penal Internacional¹⁸ permanente.

Faculdade de Direito da UFMG, n. 47, p. 55-74, jul./dez. 2005, p. 65-67; “En su célebre Sentencia Van Gend & Loos, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas condideró que la Comunidad constituía ‘un nuevo ordenamiento jurídico de derecho internacional ... cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales’...” SEGADO, Francisco Fernández. *El Juez Nacional como Juez Comunitario Europeo de Derecho Comun. Las Transformaciones Constitucionales Dimanantes de Ello*. Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, v. 29, n. 62, p. 9-37, jul./dez. 2005, p. 9-10.

¹⁶ Este o modo como a EC nº 45/04 se condensa com os princípios já consagrados na Constituição de 1988: “De outro lado, no que se refere à emenda constitucional que autoriza a instituição de tratados de direitos humanos com força constitucional, pode-se ver com clareza que foram consagrados na norma pelo menos os seguintes princípios: (1) o princípio da *prevalência dos direitos humanos* nas ordens interna e internacional (art. 4.º, II, da CF/1988) e (2) o princípio da *cooperação entre os povos para o progresso da humanidade* (ar. 4.º, IX, da CF/1988). Ademais, o legislador encontrou uma fórmula que conseguiu manter livre de qualquer interferência o princípio *democrático* e o princípio da *soberania popular* (art. 14 e 1.º, par. ún., da CF/1988). Conseguiu-se, dessa forma, uma relevante fórmula de compromisso e uma mútua otimização dos princípios jurídicos que poderiam eventualmente colidir ao se regulamentar matéria tão delicada.” BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Tratados Internacionais Tributários, Emendas Constitucionais e Leis Complementares após a EC 45/2004. Mudou alguma coisa?* Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 59, p. 269 e ss., abr/2007, p. 11 (numeração RT online).

¹⁷ Entretanto, convém assinalar que a eficácia dos direitos humanos, para além dos meios de efetividade, passou a contar com um óbice estrutural decorrente do advento da pós-modernidade, representado pela fragmentação e pelo individualismo das concepções de imagem da pessoa humana, que torna “*problemática e difícil a adequação das convicções do indivíduo e de sua liberdade a ideias e valores universalmente reconhecidos e legitimados num sistema de normas e fins aceito pela sociedade.*” [...] “*Reside aí a raiz provável do paradoxo de uma sociedade, de um lado, obsessivamente preocupada em definir e proclamar uma lista crescente de direitos humanos de respeito e proteção ao deficiente; de outro, impotente para fazer descer do plano de um formalismo abstrato e inoperante esses direitos, de modo a levá-los a uma efetivação concreta nas práticas sociais. Na verdade, entre a universalidade do Direito e da Ética e as convicções singulares, a relação permanece abstrata e, no espaço dessa abstração, desencadeiam-se formas muito reais de violência social que acabam por consumir a cisão entre comportamento individual e regras gerais, éticas e jurídicas no mundo contemporâneo: aquele, degradado em moral do interesse e do prazer; essas, exiladas na abstração da lei ou confiscadas pela perspectiva fragmentária de uma natureza controlada tecnicamente.*” FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Deficiente na*

Nesta direção, além da previsão do rito de incorporação dos tratados de direitos humanos com status de equivalência às emendas constitucionais, a EC nº 45/04 também inseriu um §4º no art. 5º da Constituição, voltado a explicitar que o “*Brasil se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão*”.

Tendo o incremento dos direitos humanos assumido uma das plataformas de atuação do Estado brasileiro nas relações externas¹⁹, com o crescente compromisso do país perante a ordem jurídica internacional, as mais sérias e profundas violações de direitos humanos no âmbito interno, frente à sua inevitável repercussão no exterior (com a globalização e o desenvolvimento das tecnologias da informação), ganharam relevo de questão de Estado²⁰.

Neste sentido, por não menos razão, na sistemática da Emenda nº 45/04 também se fez inserir no art. 109 da Constituição um §5º, que estabeleceu o “*incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal*”, “*nas hipóteses de grave violação de direitos humanos*”²¹, possibilitando, perante a omissão das Unidades Federativas, a

Perspectiva da Antropologia Filosófica. São Paulo, Revista do Advogado - AASP, v. 27, n. 95, p. 140-153, dez. 2007, p. 150.

¹⁸ “Surgiu o Tribunal Penal Internacional como aparato complementar às Cortes nacionais, com o objetivo de assegurar o fim da impunidade para os mais graves crimes internacionais, considerando que, por vezes, na ocorrência de tais crimes, as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas na realização da justiça. Afirma-se, desse modo, a responsabilidade primária do Estado com relação ao julgamento de violações de direitos humanos, tendo a comunidade internacional a responsabilidade subsidiária.” PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 47.

¹⁹ A atuação da diplomacia brasileira, pautada pelos princípios constitucionais do art. 4º, elaborados no contexto de redemocratização do Brasil, quando os direitos humanos já constavam como item preponderante da agenda global, foi cotejada por Alarcón no seguinte texto: ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Constituição, Relações Internacionais e Prevalência dos Direitos Humanos*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, v. 14, n. 57, p. 310-332, out-dez. 2006.

²⁰ Foi neste contexto que Carpizo descreveu a criação no México, em 1999, de uma Comissão Nacional de Direitos Humanos, como órgão independente e autônomo: “La causa principal de la creación de la CNDH fue el aumento alarmante de las violaciones de los derechos humanos cometidas principalmente por los Ministerios Públicos y Policías Federales que tenían a su cargo la lucha contra el narcotráfico. Acontecieron casos que alarmaron e indignaron a la sociedad mexicana y que le dieron la vuelta al mundo. [...] decidí al Gobierno Mexicano a tomar medidas de fondo con la finalidad de parar dichas violaciones. CARPIZO, Jorge. La Reforma Constitucional de 1999 a los Organismos Protectores de los Derechos Humanos. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da (Org.). *Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 112.

²¹ Eis o texto: “§ 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de

intervenção interna da União nos casos que exponham a República Federativa do Brasil às sanções internacionais pelo descumprimento dos tratados por ela ratificados.²²

Portanto, a progressiva intensificação das relações internacionais sobre os direitos humanos, sua elevação a uma questão não mais somente de soberania interna, mas a uma questão de Estado no âmbito internacional²³, aumentou o grau de “*fundamentalidade*” destes direitos e, por decorrência, a sua força²⁴ e relevância normativas.

direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal”.

²² Carvalho Ramos e Piovesan expõem a lógica por trás da inserção deste dispositivo: i) “O Estado Federal é, de acordo com o Direito Internacional, uno e passível de responsabilização internacional, mesmo quando o fato internacionalmente ilícito é da atribuição interna de um Estado-membro da Federação. Assim, a Federação responde pela conduta de seus entes internos. Esse entendimento é parte integrante do direito dos Tratados e do Direito Internacional costumeiro.”. CARVALHO RAMOS, André de. *O Diálogo das Cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos*. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Orgs.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 842; ii) “Com a possibilidade de federalização dos crimes de direitos humanos, restará disseminada nos entes federados a responsabilidade de conferir e assegurar melhor cumprimento às obrigações decorrentes de tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é parte – sob o risco do incidente de deslocamento de competências. Raciocínio semelhante é desenvolvido diante do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, em relação à proteção nacional. Como exemplo, destaca-se o próprio Tribunal Penal Internacional, cuja jurisdição é complementar e subsidiária à jurisdição local. Isto é, só poderá ser acionada a jurisdição internacional se as instituições nacionais (que têm responsabilidade primária) não puderem e/ou quiserem exercer sua jurisdição para julgar os mais graves crimes internacionais (ex: colapso substantivo no sistema de justiça). Deste modo, os Estados estarão mais atentos ao impacto de suas ações e/ou omissões no plano internacional. Restará difundida e disseminada a importância do cumprimento das obrigações internacionais em direitos humanos pelos Estados, bem como de sua responsabilidade internacional.” PIOVESAN, Flavia. *Federalização dos Crimes contra os Direitos Humanos*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 54, p.169 e ss., maio/2005, p. 6 (numeração RT online).

²³ “Em síntese, para retornar ao art. 4º, entendo que o princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II) possui a característica de uma política jurídica exterior de Estado e não de governos, [...] O marco normativo da Constituição torna mais específicos a fiscalização e o controle político da política externa pelo Congresso Nacional (cf. CF, art. 49, X) e também pela opinião pública. Esta fiscalização, diga-se de passagem, vem aumentando em função da globalização que, ao internalizar o mundo na vida do país, aumenta a sensibilidade da cidadania e do Legislativo para a relevância da política externa.” LAFER, Celso. *A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações internacionais*. Barueri, SP: Manole, 2005, p. 18-19.

²⁴ “A Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar ‘a força que reside na natureza das coisas’, tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição, quanto mais forte mostrar-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional. Portanto, a intensidade da força normativa da constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade de Constituição (Wille zur Verfassung).[...] a tendência parece encaminhar-se para o malbaratamento [...] do respeito à Constituição. Evidentemente, essa tendência afigura-se tanto mais perigosa se se considera que a Lei Fundamental não está plenamente consolidada na consciência geral, contando apenas com um apoio

Não obstante, mesmo já na vigência da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal, com maior respaldo após a Emenda Constitucional nº 45/04, e forte no argumento lógico-jurídico da necessidade de utilização de um procedimento mais rigoroso para que fosse emendada a Constituição, sempre ressaltou o caráter infraconstitucional dos direitos humanos previstos nos tratados incorporados pelo Brasil – embora hodiernamente tenha se reconhecido o seu valor normativo superior ao da legislação ordinária²⁵.

Como visto, o renitente posicionamento jurisprudencial foi consagrado – ou foi enfrentado, como se queira – pela EC nº 45/04, restando explicitado um procedimento mais qualificado, de rito quase idêntico ao das emendas constitucionais, para o ingresso no ordenamento interno de pactos de direitos humanos com o status normativo de equivalência constitucional, a partir da previsão de que serão “*equivalentes às emendas constitucionais*” “*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*”.

Já na vigência das alterações constitucionais, a concreta incorporação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, em vigor internamente desde agosto de 2009, proporcionou uma reflexão doutrinária até então confinada ao âmbito abstrato e meramente especulativo; bem como despertou diversas questões que agora podem ser depreendidas da realidade concreta deste primeiro e, até então, único tratado de direitos humanos aprovado nos termos do §3º do art. 5º como equivalente às emendas constitucionais.

Decorrente deste contexto, o ponto nevrálgico a fixar na metodologia de abordagem desta matéria, e de toda a problemática envolvida, é o vetor axiológico e teleológico de que o §3º do art. 5º da Constituição de 1988 é representativo de uma

condicional.” HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. In: *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 137; 141.

²⁵ De acordo com Carvalho Ramos, “Vivemos em um momento de reapreciação e evidente valorização do Direito Internacional dos Direitos Humanos pelo Supremo Tribunal Federal (STF). A Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004 (EC 45/04), que introduziu o parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal (CF/88), estimulou a revisão da jurisprudência do STF sobre os tratados internacionais de direitos humanos.”. CARVALHO RAMOS, André de. *O Diálogo das Cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos*. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Orgs.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 805.

intensificação do compromisso constitucional com a amplificação e o reforço da eficácia dos direitos humanos.

Assim, restam epistemologicamente já afastadas quaisquer soluções incidentes, aventadas no bojo do novel procedimento que, ao se desviarem desta direção hermenêutica, impliquem no embaraço da incorporação pelo Brasil de tratados e convenções internacionais de direitos humanos, resultando em condições mais gravosas que na situação pré- Emenda Constitucional nº45/04.

3. A EC nº 45/04, O STF E A HIERARQUIA JURÍDICA DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL:

Ausentes do elenco de atos normativos do art. 59 da Constituição de 1988, os “*tratados, acordos ou atos internacionais*” foram expressamente mencionados nos artigos 49, I e 84, VII, da CF/88, este último, a rigor, valendo-se da expressão “*tratados, convenções e atos internacionais*”. No entanto, ambos os dispositivos foram igualmente omissos ao apontar o lugar dos diplomas internacionais nos patamares hierárquico-normativos do sistema jurídico²⁶, bem como o texto constitucional como um todo, no que concerne aos pormenores procedimentais²⁷.

²⁶ Tal omissão tem sido recorrentemente apontada na literatura especializada: “Cumprе ressaltar que inexistе no seio do texto constitucional, ressaltada a hipótese que trata dos direitos humanos, qualquer dispositivo que enfrente a espinhosa relação entre o direito internacional e o interno de forma pontual, nem há menção expressa a qualquer das correntes, monista ou dualista.” CALETTI, Leandro. *A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no cenário da Emenda à Constituição nº 45/2004: notas acerca da compulsoriedade do novo regime e da denúncia dos Tratados*. Revista da AGU, ano VI, n. 13, p. 153-176, ago/2007, p. 159.

²⁷ No mesmo sentido: “Entretanto, quedou-se silente o Poder Constituinte quanto a aspectos essenciais do procedimento de integração. Não se definiu, por exemplo, prazo para a submissão do texto à apreciação do Legislativo (após a assinatura pelo Executivo), muito menos para a efetivação de tal análise pelo Congresso Nacional ou, ainda, para que se desse a sua ratificação, uma vez aprovado pelas Casas Legislativas Nacionais.” LIMA, Éric Alexandre Lavoura. *A incorporação de tratados de direitos humanos em face da EC 45/2004: o caso da prisão de depositário infiel*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 15, n. 69, p. 200-236, nov./dez. de 2007, p.210.

Tal omissão, deliberadamente mantida pelo constituinte de 1988²⁸, faz parte da tradição histórica de nosso constitucionalismo, como revela Grandino Rodas ao concluir que “o exame das Constituições brasileiras republicanas sob o prisma da dinâmica interna dos tratados internacionais demonstra, de um lado, a existência de poucos artigos sobre o assunto e, de outro, grande semelhança formal e substancial entre os dispositivos das várias Cartas Magnas”²⁹.

Com isso, manteve-se aberto o campo para as disputas doutrinárias, que têm sua origem remota no célebre e polêmico embate entre a teoria monista de Hans Kelsen³⁰ e a dualista de Karl H. Triepel³¹, a respeito das relações entre o direito internacional e o direito interno dos Estados³².

²⁸ Os detalhes da Assembleia Constituinte foram assim narrados por Galindo, ao citar, respectivamente, João Grandino Rodas e Pedro Dallari: “O anteprojeto da Comissão de Sistematização repetiu este último dispositivo e afirmou, no §2.º do art. 12, que o ‘conteúdo normativo dos tratados e compromissos internacionais (...) revoga a lei anterior e está sujeito a revogação por lei ou emenda constitucional’. É sabido que a adoção definitiva de tal regra abriria para o Brasil o risco de vir a ser responsabilizado internacionalmente por deixar de reconhecer eficácia interna a norma internacional à qual esteja vinculado, além de significar adesão na undécima hora, e sem razão plausível, à tendência que tradicionalmente se verifica na jurisprudência norte-americana. Entretanto, o substitutivo Cabral, seguido pelo projeto de Constituição (A), fez ainda pior escolha ao preferir trilhar a omissão que se verifica nas Constituições que até hoje tivemos’. [...] A Revisão da Carta de 88 também tratou do problema. Propostas foram encaminhadas ao Relator Geral do Processo de Revisão, no sentido de conceder aos tratados superioridade em relação às leis. Ao elaborar parecer contrário às propostas, assim afirmou: ‘Quando à PRE (...) que atribui aos tratados e demais compromissos internacionais hierarquia superior às leis, entendemos, após refletida análise, rejeitá-la. Não se encontra suficientemente pacificada na doutrina a concepção monista, com primazia do direito internacional. Pelo contrário, a matéria é objeto de acalorados debates. Também no Direito Comparado, as Constituições evitam tomar posições sobre este tema. A seu turno, a jurisprudência brasileira tem se mostrado favorável à tese dualista, ou seja, à existência de duas ordens jurídicas, internacional e interna, independentes entre si. Seria, assim, temerária e prematura a inclusão, no texto constitucional, de dispositivo semelhante’.” GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Reforma Constitucional e o Problema da Superioridade Hierárquica dos Tratados frente às Leis Internas*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 27, p. 143 e ss., abr/1999, p. 4 (numeração RT online).

²⁹ RODAS, João Grandino. *A Constituinte e os Tratados Internacionais*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 624, p. 43 e ss., out/1987, p. 1 (numeração RT online).

³⁰ Nos termos do seu próprio expositor: “A análise do Direito internacional demonstrou que a maioria das suas normas são normas incompletas que recebem a complementação das normas de Direito nacional. Assim, a ordem jurídica internacional é significativa apenas como parte de uma ordem jurídica universal que também abrange todas as ordens jurídicas nacionais. Além disso, a análise ainda levou à conclusão de que a ordem jurídica internacional determina esferas da validade territorial, pessoal e temporal das ordens jurídicas nacionais, tornando possível, desse modo, a coexistência de numerosos Estados. Por fim, vimos que a ordem jurídica internacional restringe a esfera material de validade das ordens jurídicas nacionais sujeitando-as a certa regulamentação das suas próprias matérias que, do contrário, poderiam ter sido arbitrariamente regulamentadas pelo Estado. Esta visão monista é o resultado de uma análise das normas do Direito internacional positivo referente aos Estados, ou seja, às ordens jurídicas nacionais. A partir do ponto de vista do Direito internacional vê-se a sua conexão com o Direito nacional e, por conseguinte, com

É passível de nota no que se refere especificamente ao direito brasileiro, que o campo doutrinário não foi a única arena de realização deste embate, sequer sendo possível afirmar tenha sido a mais pujante, isto porque no Supremo Tribunal Federal também surgiram e continuam surgindo posições inovadoras, e não raro as maiorias jurisprudenciais rejeitaram posições majoritárias da doutrina, como se viu recentemente na controvérsia em torno da norma do §2º do art. 5º da Constituição de 1988 e a posição hierárquica do Pacto de San José da Costa Rica e, por consequência, dos demais tratados de direitos humanos incorporados pelo Brasil.

Neste contexto aflora com pertinência a concepção de direito adotada por Alf Ross, no sentido de que “*o conteúdo real das proposições da ciência do direito se refere às ações dos tribunais sob certas condições.*”³³ Isto vem à evidência especificamente no que se refere à disputa hermenêutica em torno do §2º do art. 5º da

uma ordem jurídica universal.” Kelsen, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 515-516.

³¹ Ao tratarem do novo §3º do art. 5º da CF/88, fazem referência à referida polêmica: ANDREOLA, Susana Cordenonsi. *Tratados Internacionais no Direito brasileiro e argentino*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 17, n. 67, p. 279-318, abr./ jun. 2009, p. 282-287; ARAÚJO, José Carlos Evangelista de; LEHFELD, Lucas de Souza. *Os tratados internacionais de direitos humanos no âmbito da Emenda Constitucional 45/2004*. Revista dos Tribunais, ano 95, v. 846, p. 97-116, abr. de 2006, p. 99 e ss.; BALSAN, Francys Layne. *A normatividade dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro*. Intertemas: Revista da Toledo - ano 10, v. 12, novembro de 2007, p. 188; LIMA, Éric Alexandre Lavoura. *A incorporação de tratados de direitos humanos em face da EC 45/2004: o caso da prisão de depositário infiel*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 15, n. 69, p. 200-236, nov./dez. de 2007, p. 205.

³² Seitenfuss e Ventura assim sintetizaram ambas as teorias sobre o relacionamento entre a ordem jurídica interna e a internacional: “15. ... o dualismo os percebe como dois sistemas jurídicos iguais, independentes e separados. Seus partidários mais célebres, Triepel e Anzilotti, justificaram a ideia das ordens paralelas pela diversidade de fontes e de sujeitos de direito, mas igualmente pela diferença de estrutura e de condições de validade entre as duas ordens. Há quem perceba, entretanto, a unidade lógica e sistemática das regras internas e internacionais, o que implicaria um imperativo de subordinação entre uma e outra. Assim, o monismo pode revestir-se de duas modalidades: o que defende a primazia do direito interno sobre o internacional, e o que sustenta o primado do direito internacional sobre o direito interno. O monismo se manifesta pela introdução, mormente nos textos constitucionais dos Estados, de uma cláusula que estipula a supremacia de um direito sobre o outro, hierarquizando suas fontes.” SEITENFUS, Ricardo; VENTURA, Deisy. *Introdução ao Direito Internacional Público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, pág. 26

³³ “A interpretação da ciência do direito exposta neste livro repousa no postulado de que o princípio da verificação deve se aplicar também a este campo do conhecimento, ou seja, que a ciência do direito tem que ser reconhecida como uma ciência social empírica. Isto significa que não devemos interpretar as proposições acerca do direito vigente como proposições que aludem a uma validade inobservável ou ‘força obrigatória derivada de princípios ou postulados *a priori*’, mas sim como proposições que se referem a fatos sociais. É mister evidenciar quais são os procedimentos que permitem verificá-las, ou quais são as implicações verificáveis delas. Nossa interpretação, baseada na análise precedente, é que o conteúdo real das proposições da ciência do direito se refere às ações dos tribunais sob certas condições.” ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Bauru: Edipro, 2003, p. 64-65.

CF/88, perante o fato inarredável de que o seu teor foi ditado mais pelo STF que pela doutrina majoritária, a qual se revelou ineficaz no convencimento dos magistrados da Corte Suprema.

A evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal a respeito da posição ocupada pelos tratados internacionais em nosso ordenamento jurídico, narrada pelo Ministro Gilmar Mendes³⁴, mostra que até os anos 70 foi adotada “*a tese do primado do direito internacional sobre o direito interno infraconstitucional*”, com a fixação do entendimento de que os tratados internacionais revogariam a legislação anterior com eles incompatível, mas sem a admissão da recíproca, restando vedada às leis posteriores a possibilidade de revogação dos mesmos diplomas normativos internacionais.

Foi no julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004/SE (01-07-1977), de relatoria do Ministro Cunha Peixoto, que houve a alteração da jurisprudência do Tribunal, quando se entendeu como viável a modificação da Convenção de Genebra – Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias – pela legislação interna posterior. Com isso foi adotada a tese da estrita paridade entre os diplomas normativos internacionais e as leis ordinárias³⁵.

Já sob a égide da Constituição de 1988, e anteriormente à promulgação da Emenda Constitucional nº 45/04, no julgamento do HC nº 72.131/RJ, de relatoria do

³⁴ Em magistral voto-vogal no Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento: 03-12-2008, DJ: 05/06/2009, o Ministro Gilmar Mendes citou excertos dos votos do Ministro Philadelpho Azevedo, relator no julgamento da Apelação Cível nº 7.872/RS (11.10.1943); do Ministro Orosimbo Nonato, relator da Apelação Cível nº 9.587/DF (21.8.1951); e do Ministro Leitão de Abreu, este proferido no RE 80.004/SE (1.6.1977), de relatoria do Ministro Cunha Peixoto.

³⁵ Este julgamento foi criticamente resenhado por José Carlos Magalhães, que profeticamente já anteviu uma possibilidade de alteração em futuro posicionamento do STF: “Em julgamento de 1.7.77, publicado na RTJ 83/809, o STF decidiu que tratado firmado pelo Brasil tem aplicação interna e direta no Direito interno após a sua ratificação regular pelo Congresso, não dependendo, portanto, de Lei que lhe reproduza o conteúdo. Reconheceu, por outro lado, a equivalência do tratado à lei, o que vale dizer que tratado revoga lei anterior e a que sucede ao tratado tem prevalência sobre este. [...] Não obstante a decisão tenha sido tomada por oito votos contra um, o conteúdo deles revela divergência profunda entre os Ministros sobre matéria tão importante. Enquanto que Xavier de Albuquerque revela-se monista, dando primazia ao Direito Internacional sobre o Direito interno, Cunha Peixoto e Cordeiro Guerra são dualistas extremados, na linha de Triepel e Anzilotti, e Leitão de Abreu e Rodrigues Alckmin mostram-se monistas moderados, reconhecendo o primado do Direito interno sobre o Internacional. [...] É bem verdade que, pela diversidade de fundamentos invocados, não há uniformidade de entendimento, o que, de certa forma, enfraquece a decisão, permitindo crer possa ser revista em outra oportunidade, ante a inarredável repercussão que tal matéria tem na ordem internacional.” MAGALHÃES, José Carlos. *O STF e as Relações entre Direito Interno e Internacional*. In: Doutrinas Essenciais de Direito Internacional, São Paulo, v. 1, p. 1077 e ss., fev/2012, p. 1-3 (numeração RT online).

Ministro Moreira Alves, o STF manteve o mesmo entendimento³⁶, agora ao tratar da prisão civil do depositário infiel em decorrência do inadimplemento dos contratos de alienação fiduciária em garantia. O Relator, em seu voto vencedor, deixou assentado que o art. 7º do Pacto de San José da Costa Rica, por consistir em norma geral, não teve o condão de revogar a legislação especial, que através do Decreto-Lei 911/69 equiparava o devedor fiduciante ao depositário infiel, submetendo-o à prisão civil.

Diferentemente das questões cotejadas pela jurisprudência pregressa, a presente hipótese implicava em um conflito normativo qualificado pela especificidade da presença de um tratado internacional sobre direitos humanos, notadamente o Pacto de San José da Costa Rica, e pela existência de um parâmetro constitucional ausente nas Constituições anteriores e então veiculado pelo §2º do art. 5º da Constituição de 1988.

Se o § 36 do art. 153 da Constituição de 1969 fazia menção apenas aos direitos implícitos, nos seguintes termos: *“A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”*, o §2º do art. 5º da CF/88 incluiu nesta cláusula uma menção aos tratados internacionais, passando a dispor que: *“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.”*.

Fundada no acréscimo textual representado pelos *“tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”*, formou-se uma expressiva corrente doutrinária (Piovesan³⁷; Sarlet³⁸; Trindade³⁹, Mazzuoli⁴⁰, etc.) a defender que os direitos

³⁶ RE nº 466.343-1/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento: 03-12-2008, DJ: 05/06/2009, o Ministro Gilmar Mendes compilou em seu voto os seguintes precedentes: medida cautelar na ADI nº 1480-3/DF, Relator Ministro Celso de Mello (04-09-1997); RE nº 206.482-3/SP, Relator Ministro Maurício Corrêa, DJ: 05-09-2003; HC nº 81.319-4/GO, Relator Ministro Celso de Mello, DJ: 19-08-2005; HC nº 77.053-1/SP, Relator Ministro Maurício Corrêa, DJ: 04-09-1988; HC nº 79.870-5/SP, Relator Ministro Moreira Alves, DJ: 20-10-2000; RE nº 282.644-8/RJ, Relator Ministro Marco Aurélio, Redator para o acórdão Ministro Nelson Jobim, DJ: 20-09-2002.

³⁷ PIOVESAN, Flávia. A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos. In: *Coletânea de estudos jurídicos*. Brasília: TSM, 2008; _____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006; _____. *Direitos humanos e justiça internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006; _____. *Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a Constituição Federal de 1988*. Boletim IBCCrim - ano 13, n. 153, agosto de 2005.

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; _____. *Direitos Fundamentais e Tratados Internacionais em Matéria de Direitos Humanos*:

humanos previstos nos diplomas normativos internacionais incorporados pelo país foram elevados pelo §2º do art. 5º à categoria normativa de direitos fundamentais.⁴¹

Tratando-se do seu precursor, são representativas desta tese doutrinária as palavras de Cançado Trindade ao se referir ao §2º do art. 5º, apontando que *“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 artigo 5º (1) da Constituição, têm aplicação imediata. (...) Por conseguinte, mostra-se inteiramente infundada, no tocante em particular aos tratados de direitos humanos, a tese clássica – ainda seguida em nossa prática constitucional – da paridade entre os tratados internacionais e a legislação infraconstitucional.”*⁴²

Em prosseguimento ao excerto transcrito, relata o próprio Cançado Trindade que fora ele o proponente da inserção de uma referência aos tratados internacionais no dispositivo constitucional: *“Foi esta a motivação que me levou a propor à Assembleia Nacional Constituinte, na condição de então Consultor Jurídico do Itamaraty, na audiência pública de 29 de abril de 1987 da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, a inserção em nossa Constituição Federal – como veio a ocorrer no ano seguinte – da cláusula que hoje é o artigo 5º (2). (...) É esta a interpretação correta do artigo 5º (2) da Constituição Brasileira vigente, que abre um campo amplo e fértil para avanços nesta área, ainda lamentavelmente e em grande parte desperdiçado.”*

Revisitando a Discussão em Torno dos Parágrafos 2º e 3º do Art. 5º da Constituição Federal de 1988. In: NEVES, Marcelo (Coord.). *Transnacionalidade do Direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

³⁹ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: *Arquivos de Direitos Humanos 1*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

⁴⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O novo §3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. *Revista de Informação Legislativa*: Brasília, a. 42, n. 167, p. 93-114, jul./set. 2005.

⁴¹ Como também observa Oliveira: “A doutrina nacional, eminentemente de origem internacionalista e constitucionalista humanista, almejava, como já foi destacado anteriormente, uma maior proteção dos Direitos Humanos no Brasil com a constitucionalização dos direitos e garantias previstos em documentos internacionais dos quais o Brasil seja parte.” OLIVEIRA, Diogo Pignataro. *Os tratados de direitos humanos na contemporaneidade e sua aplicabilidade dentro da nova concepção constitucional brasileira: uma análise crítica a teor do §3.º do art. 5.º da CF/88*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 16, n. 64, p. 297-323, jul.-set. de 2008, p. 314-315.

⁴² TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: *Arquivos de Direitos Humanos 1*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, págs. 46 e 47.

Não obstante, a imposição desta ótica, além de não revelar a realidade dialética das intenções que redundaram no texto da Constituição de 1988, cai terminantemente em profunda contradição com o próprio processo deliberativo democrático que permitiu o afluxo de sua manifestação ao âmbito da Assembleia Constituinte.

Extremamente esclarecedoras deste contexto da Constituinte são as palavras de Inocêncio Mártires Coelho, ao apontar que *“a Constituição de 1988, em razão mesmo do seu processo de elaboração, é a mais democrática das nossas cartas políticas, seja em razão do ambiente em que ela foi gerada – participação era, então, a palavra de ordem –, seja em função da experiência negativamente acumulada nos momentos constitucionais precedentes, quando, via de regra, nossas constituições foram simplesmente outorgadas ou resultaram de textos originariamente redigidos por grupos de notáveis – com ou sem mandato político –, para só depois serem levadas a debate nas assembleias constituintes. A essa luz, a rigor, só a Carta Política de 1988 pode ser considerada uma constituição verdadeiramente espontânea, porque foi feita de baixo para cima e de fora para dentro, sendo todas as demais ou impostas por déspotas – uns pouco, outros nem tanto esclarecidos –, ou induzidas por tutores intelectuais, que não nos consideravam crescidos o bastante para caminharmos com as próprias pernas e traçarmos o nosso destino.”*⁴³.

A divulgação dos dados estatísticos da Assembleia Constituinte ficou por conta de seu presidente, Ulysses Guimarães, que após afirmar que: *“Foi de audácia inovadora a arquitetura da Constituinte, recusando anteprojeto forâneo ou de elaboração interna.”*; relatou que *“O enorme esforço é dimensionado pelas 61.020 emendas, além de 122 emendas populares, algumas com mais de 1 milhão de assinaturas, que foram apresentadas, publicadas, distribuídas, relatadas e votadas, no longo trajeto das subcomissões à redação final. A participação foi também pela presença, pois diariamente cerca de 10 mil postulantes franquearam, livremente, as 11 entradas do enorme complexo arquitetônico do Parlamento, na procura dos gabinetes, comissões, galeria e salões.”*⁴⁴

⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, págs. 246 e 247.

⁴⁴ GUIMARÃES, Ulysses. Discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988, publicado no DANC de 5 de outubro de 1988, p. 14380-14382.

Tal dimensão quantitativa fez com que os detalhes técnico-procedimentais do amplo processo de participação na Assembleia Constituinte fossem criticamente descritos por Luís Roberto Barroso, ao rememorar que “... *além das dificuldades naturais, advindas da heterogeneidade das visões políticas, também a metodologia de trabalho utilizada contribuiu para as deficiências do texto final. Divididas, inicialmente, em 24 subcomissões e, posteriormente, em 8 comissões, cada uma delas elaborou um anteprojeto parcial, encaminhado à Comissão de Sistematização. Em 25 de junho do mesmo ano, o relator desta Comissão, Deputado Bernardo Cabral, apresentou um trabalho em que reuniu todos estes anteprojetos em uma peça de 551 artigos! A falta de coordenação entre as diversas comissões, e a abrangência desmesurada com que cada uma cuidou de seu tema, foram responsáveis por uma das maiores vicissitudes da Constituição de 1988: as superposições e o detalhismo minucioso, prolixo, casuístico, inteiramente impróprio para um documento desta natureza. De outra parte, o assédio dos lobbies, dos grupos de pressão de toda ordem, gerou um texto com inúmeras esquizofrenias ideológicas e densamente corporativo.*”.⁴⁵

Dentro deste quadro, a redução da interpretação da Constituição à intenção de apenas um dos participantes na propositura de seus dispositivos, os quais foram submetidos ao crivo do procedimento de deliberação de uma Subcomissão; em seguida condensados por uma terceira Comissão; e sistematizados por uma última, responsável pela reunião e síntese do texto final da Constituição, terminaria por fulminar a vontade democrática coletiva que culminou na unidade⁴⁶ da Constituição de 1988, além de fechar o âmbito de abertura à interpretação constitucional.

É somente no sentido de abertura para a realização da interpretação constitucional⁴⁷ que haverá espaço para o pluralismo, erigido desde logo no art. 1º da

⁴⁵ BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades de Constituição brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, págs. 41-42.

⁴⁶ A unidade constitucional é formadora de um todo que transcende seus elementos integrantes e que deve ser dotado de imperiosa coerência sistemática.

⁴⁷ Peter Habërle, no ensaio *A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição*, destaca, como pressuposto da convivência democrática, a participação dos diversos membros da coletividade na interpretação e aplicação da Constituição, afastando a ideia de que o Poder Judiciário seria o seu único destinatário: “Propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição. [...] A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as

Constituição como pilar da construção da República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito. A manifestação da diversidade de pensamento e a proposição de novas e diferentes hipóteses interpretativas da realidade jurídica dependem da abertura do processo de obtenção do significado da Constituição.

Consistindo em elementos inerentes e imprescindíveis à evolução social em uma sociedade aberta (de liberdade e democracia potencializadas no máximo possível), Karl Popper⁴⁸ chega a comparar a formulação de uma hipótese à própria mudança em si: *“Uma hipótese pode ser comparada a uma mutação. Em vez de produzirem novas mutações, as pessoas produzem novas hipóteses ou teorias. Se as pessoas são acríticas, então os defensores de hipóteses inadequadas ou más são eliminados. Mas a discussão crítica racional possibilita-nos a crítica das nossas hipóteses, eliminando-as quando falsas, sem o extermínio dos inventores ou representantes das hipóteses más. É esta a grande conquista do método crítico – possibilitar que certas hipóteses sejam reconhecidas como falhadas e sejam condenadas sem condenarmos os seus defensores. O método da discussão crítica faz que as nossas hipóteses morram em vez de nós.”*

Foi no processo jurídico-democrático de *discussão crítica racional* para a fixação do sentido do §2º do art. 5º da Constituição, que o Ministro Gilmar Mendes apontou a seguinte inadequação: *“O argumento de que existe uma confluência de valores supremos protegidos nos âmbitos interno e internacional em matéria de direitos humanos não resolve o problema. A sempre possível ampliação inadequada dos sentidos possíveis da expressão “direitos humanos” poderia abrir uma via perigosa para uma produção normativa alheia ao controle de sua compatibilidade com a ordem constitucional interna. O risco de normatizações camufladas seria permanente.”*⁴⁹

De fato, não há como deixar de observar a ausência de coerência sistêmica na tese que admite que os direitos humanos dos tratados e convenções internacionais incorporados pelo Brasil passem automaticamente ao status de direitos constitucionais

potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte desta sociedade.” HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002, pág. 13.

⁴⁸ POPPER, KARL R. *Sociedade aberta, Universo aberto*. 3ª ed. Publicações Dom Quixote. Lisboa: 1995, pág. 19.

⁴⁹ RE nº 466.343-1/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento: 03-12-2008, DJ: 05/06/2009, Voto do Min. Gilmar Mendes, p. 6.

fundamentais, tendo em vista que é a própria Constituição que prevê o controle de constitucionalidade destes diplomas normativos (art. 102, III, b, da CF/88⁵⁰)⁵¹. Assim prossegue o mesmo Ministro Mendes: “*A equiparação entre tratado e Constituição, portanto, esbarraria já na própria competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal para exercer o controle da regularidade formal e do conteúdo material desses diplomas internacionais em face da ordem constitucional nacional.*”⁵²

Por outro lado, a disparidade de rigidez procedimental para a admissão dos diplomas normativos internacionais, à oposição do que se passa com as emendas para alteração do texto constitucional, já tinha sido apontada pelo Ministro Moreira Alves no julgamento do HC nº 72.131/RJ, em 23/11/1995, com a concisão requerida pela intrínseca evidência da hipótese: “*Com efeito, é pacífico na jurisprudência desta Corte que os tratados internacionais ingressam em nosso ordenamento jurídico tão somente com força de lei ordinária (...) não se lhes aplicando, quando tendo eles integrado nossa ordem jurídica posteriormente à Constituição de 1988, o disposto no art. 5º, §2º, pela singela razão de que não se admite emenda constitucional realizada por meio de ratificação de tratado.*”⁵³ (nosso grifo)

Ao mesmo tempo em que se fez inserir no §2º do art. 5º a menção aos “*tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*”, dentro da unidade sistemática (no todo lógico-coerente) da Constituição, ao Supremo Tribunal Federal foi cometida a competência para “*declarar a inconstitucionalidade de tratado*” (art. 102, III, b) – de modo amplo: material e formalmente –, e somente autorizada a realização de qualquer emenda à Constituição através da votação “*em cada Casa do*

⁵⁰ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

⁵¹ Neste mesmo sentido, RAMOS afirma que “O status infraconstitucional dos tratados, acordos e convenções internacionais pode, destarte, ser inferido do preceito contido no art. 102, inc. III, alínea b, da CF/88”. RAMOS, Elival da Silva. *Os tratados sobre direitos humanos no direito constitucional brasileiro pós-emenda constitucional*. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Orgs.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 161-162.

⁵² RE nº 466.343-1/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento: 03-12-2008, DJ: 05/06/2009, Voto do Min. Gilmar Mendes, p. 6.

⁵³ HC nº 72.131-1/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. para o Acórdão Min. Moreira Alves, julgamento: 23/11/1995, DJ: 01-08-2003, voto do Ministro Moreira Alves, p. 8.

Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros” (art. 60, §2º), o que vem a delimitar o espaço de expansão hermenêutica da norma do §2º, com o impedimento à livre alteração da Constituição por quórum ordinário, em um único turno de votação no Congresso Nacional, cabendo, por conseguinte, a submissão dos respectivos diplomas internacionais ao controle de sua adequação constitucional.

Embora não ventilada nos acórdãos do STF, em objeção à tese da abertura material do rol dos direitos fundamentais aos compêndios normativos internacionais incorporados pelo Brasil, deve ser acrescida a convergência de uma característica peculiar das declarações de direitos humanos. Neste contexto, o §2º do art. 5º situa-se dentro do que se desenvolveu como uma praxe legislativa internacional, no sentido da conveniência da adoção de uma *cláusula de salvaguarda (ou de não exclusão)*, com a finalidade de se deixar absolutamente expreso que o rol das declarações internacionais de direitos humanos consistirá sempre em um *minimum*, jamais voltado à exclusão de outros direitos mais favoráveis⁵⁴, eventualmente já adotados no âmbito interno de cada Ente da Ordem Jurídica Internacional.

Ao remontar as origens históricas desta cláusula do §2º do art. 5º, especialmente pela peculiaridade da citação doutrinária cujo vernáculo, *per se*, já revela suas raízes atávicas, Welinton Carvalho⁵⁵ bem aponta que *“isto é uma tradição que vem desde a primeira Constituição da República: ‘João Barbalho Uchoa Cavalcanti estabelece com precisão os contornos do art. 78 da Constituição brasileira de 1891: Esta disposição é similar da que se contém na Emenda IX das adicionaes à constituição dos Estados Unidos Norte-Americanos, e foi ahi estabelecida, dizem os commentadores, como cautela contra a má applicação da máxima demasiado repetida, que uma afirmação em casos particulares importa negação de todos os mais e vice-versa. Tendo a Constituição*

⁵⁴ Trata-se, no âmbito do direito internacional, do princípio da primazia da norma mais favorável ao indivíduo: “Com efeito, o princípio da norma mais favorável é regra tradicional insculpida nos tratados internacionais de direitos humanos e consiste na impossibilidade de se invocar uma norma internacional para reduzir direitos já garantidos em outros tratados, ou mesmo na legislação interna.”. CARVALHO RAMOS, André de. O Diálogo das Cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Orgs.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 819.

⁵⁵ CARVALHO, Welinton. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos Anteriores à Emenda Constitucional 45: O Problema do Status Normativo*. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, n. 8, p. 339-364, 2010, p. 346-347.

mentionado taes e quaes direitos e garantias como pertencentes aos indivíduos, aos cidadãos, ao povo, poder-se-ia concluir que outros direitos e garantias não lhes são reconhecidos, visto não se acharem expressos no texto constitucional (Inclusio unius exclusio alterius). Para afastar essa falsa conclusão, a Constituição declara que a enumeração n'ella feita quanto a direitos e garantias não deve ser tida como suppressiva de ouros não mencionados, os quaes ficam subsistentes, uma vez que sejam decorrentes da forma de governo que Ella estabelece e dos princípios que consagra.'''⁵⁶

Cláusulas deste tipo encontram-se atualmente: i) tanto em diplomas normativos internacionais incorporados pelo Brasil anteriormente à EC nº 45/04, sendo representativo, a título de exemplo, o Artigo 41 da Convenção sobre os Direitos das Crianças, ao prever que: “nenhuma disposição da presente Convenção afeta as disposições mais favoráveis à realização dos direitos da criança que possam figurar: a) Na legislação de um Estado Parte; b) No direito internacional em vigor para esse Estado”; ii) como também estão presentes na própria Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, admitida como equivalente às emendas constitucionais, após à introdução do §3º no art. 5º da CF/88, e que em seu Artigo 4, 4, ressalva que: “Nenhum dispositivo da presente Convenção afetará quaisquer disposições mais propícias à realização dos direitos das pessoas com deficiência, as quais possam estar contidas na legislação do Estado Parte ou no direito internacional em vigor para esse Estado. Não haverá nenhuma restrição ou derrogação de qualquer dos direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte da presente Convenção, em conformidade com leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob a alegação de que a

⁵⁶ Confirmando nesta mesma direção, Oliveira também informa que “essa previsão primeiramente constante do texto da Carta de 1891 derivou das fortes influências que sofreu esta Carta da Constituição norte-americana, em especial da 9ª emenda, a qual dispõe que: ‘A enumeração na Constituição de certos direitos não pode ser utilizada para negar ou depreciar outros que possam ser conservados pelo povo.’. Tal emenda foi vislumbrada nos Estados Unidos para estabelecer limites à atuação do governo central recém instalado, deixando claro que o fato de não haver sido enumerados expressamente outros direitos fundamentais não significa que os direitos omitidos não pertenciam ao povo. Contudo, após algumas decisões emitidas pela Corte Suprema norte-americana, o entendimento exegético passou a considerar um sentido afirmativo da emenda, no sentido de que a Lei Fundamental continha outros direitos não enumerados em seu texto, mas que poderiam ser resguardados. Essa foi, sem dúvida, a intenção do constituinte brasileiro de 1891.” OLIVEIRA, Diogo Pignataro. *Os tratados de direitos humanos na contemporaneidade e sua aplicabilidade dentro da nova concepção constitucional brasileira: uma análise crítica a teor do §3.º do art. 5.º da CF/88*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, ano 16, n. 64, p. 297-323, jul.-set. de 2008, p. 307.

presente Convenção não reconhece tais direitos e liberdades ou que os reconhece em menor grau.”.

E o mesmo se passou recentemente com a Carta de Direitos Humanos da União Europeia de 2000, alterada e republicada em 2007, dotada de efeito jurídico vinculativo no âmbito da União em 2009, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa. De modo muito semelhante à Convenção Interamericana de Direitos Humanos⁵⁷, em suas previsões finais, a Carta, do mesmo modo, não exclui as disposições mais protetoras da Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950 e dos demais diplomas de direitos humanos⁵⁸, ao dispor expressamente em seu Art. 53 que *“Nenhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos, nos respectivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União, o direito internacional e as Convenções internacionais em que são Partes a União ou todos os Estados-Membros, nomeadamente a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, bem como pelas Constituições dos Estados-Membros.”.*

Na realidade, ao prever que 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”*, o §2º do art. 5º se revela como uma cláusula metanormativa hermenêutica (direitos implícitos), nos mesmos termos da Constituição anterior e, concomitantemente, como uma *cláusula de*

⁵⁷ “En este juego de conexiones y articulaciones entre derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos, no puede pasar inadvertido que, por caso, algunas irradiaciones del art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) quedan plasmadas en ciertos patrones hermenéuticos por conducto de los cuales ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y el ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo co las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados (inc. ‘b’); o no puede serlo para excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno (inc. ‘c’). BAZÁN, Víctor. La Corte Suprema de Justicia Argentina y su rol en la articulación del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno. *In: Coletânea de estudos jurídicos*. Brasília: TSM, 2008, p. 796.

⁵⁸ “A respeito, cabe salientar que a Carta, em suas previsões finais, estabelece que, ao contemplar direitos correspondentes aos direitos garantidos na Convenção Europeia de Direitos Humanos, o significado e o alcance dos direitos que enuncia hão de ser os mesmos conferidos pela Convenção, o que não impede a existência de cláusulas mais protetivas e benéficas. Adiciona que nada do disposto na Carta poderá ser interpretado no sentido de restringir ou limitar os direitos humanos e as liberdades fundamentais já reconhecidos, incluindo os previstos na Convenção Europeia e nas Constituições dos respectivos Estados-Membros.” PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional. *In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da (Org.). Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 630.

não exclusão (de salvaguarda) do ordenamento jurídico dos direitos eventualmente mais favoráveis previstos nos tratados, em consonância com as cláusulas convencionais acima citadas.

Sua adoção pelas Convenções Internacionais tem o nítido escopo de melhor garantir o afastamento de argumentos que, apesar de intrinsecamente inconsistentes, por contrariarem nitidamente o escopo das declarações de direitos humanos, ainda assim oferecem o risco de serem maliciosamente manejados em seu detrimento.

Foi neste sentido que idêntica cláusula de salvaguarda também foi inserida na Constituição com a finalidade de assegurar que os direitos fundamentais nela expressamente previstos não constituam *numeros clausus* dentro do ordenamento jurídico; e impedir que venham a ser manipulados para excluir direitos de maior proteção, advindos da incorporação de tratados internacionais.

Mas do mesmo modo que as normas mais favoráveis da legislação interna não são automaticamente integradas como parte das respectivas Convenções, a respectiva lógica, por se tratar de cláusula de igual natureza, aplica-se ao §2º do art. 5º da Constituição de 1988, para objetar que todos os direitos humanos previstos nos tratados ordinariamente já incorporados sejam *ipso jure* erigidos à condição de direitos fundamentais constitucionais.

E no que se refere aos mesmos direitos quando previstos na legislação interna infraconstitucional, embora esta não tenha sido mencionada no §2º do art. 5º, e isto simplesmente por uma opção do constituinte originário em dispensar este reforço específico – já que se trata de um recurso linguístico-normativo facultativo –, nada leva a um entendimento diverso.

De fato, a cláusula de não exclusão também abrange os direitos materialmente humanos que não constam de tratados, mas estão previstos na legislação interna, como os direitos da personalidade veiculados pelos artigos 11 a 21 do Código Civil e o direito ao atendimento prioritário às gestantes, lactantes, pessoas com crianças de colo, idosos e portadores de necessidades especiais, previsto no art. 1º da Lei 10.048/00, estendido este direito às pessoas com mobilidade reduzida, por força do art. 5º do Decreto 5.296/04 – note-se tratar até de norma infralegal – sob pena de uma incompreensível discriminação entre direitos materialmente humanos previstos em tratados internacionais e

aqueles contidos nas normas infraconstitucionais internas (leis e regulamentos administrativos).

Foi por conta de todas estas vicissitudes envolvidas nesta temática que o Ministro Celso de Mello recordou em seu voto no HC nº 87.585-8/TO ter tomado a seguinte iniciativa: *“Quando Presidente do Supremo Tribunal Federal (1997/1999), tive a honra de ver acolhida, pela eminente Deputada Zulaiê Cobra, então Relatora da Comissão Especial da Reforma do Poder Judiciário, em Substitutivo que ofereceu à PEC nº 96/92, proposta que sugeri àquela Comissão da Câmara dos Deputados, no sentido de conferir qualificação jurídico-constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, objetivando, com tal sugestão, superar a polêmica doutrinária e jurisprudencial em torno do alcance do §2º do art. 5º da Constituição.”*⁵⁹

O excerto do parecer da congressista, no que se circunscreve a esta questão, foi a seguir compilado pelo próprio Ministro Mello em seu voto: *“Buscando a efetividade da prestação jurisdicional, acolhemos também sugestão do Ministro Celso de Mello, Presidente do Supremo Tribunal Federal, no sentido da outorga explícita de hierarquia constitucional aos tratados celebrados pelo Brasil, em matéria de direitos humanos, à semelhança do que estabelece a Constituição Argentina (1853), com a reforma de 1994 (art. 75, n. 22), introdução esta no texto constitucional que afastará a discussão em torno do alcance do art. 5º, §2º.”*⁶⁰

Parece que a iniciativa do Ministro Celso de Mello ecoou no Congresso Nacional, porque em 31 de dezembro de 2004 passou a vigor a Emenda Constitucional nº 45/04, que inseriu um §3º no art. 5º da Constituição de 1988 com o seguinte teor: *“§ 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.”*

Não se pode perder de vista que o escopo deste dispositivo não seria outro do que aquele suscitado pelo próprio Ministro Mello, no sentido de *“superar a polêmica*

⁵⁹ HC nº 87.585-8/TO, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento: 03-12-2008, DJ: 26-06-2009, Voto do Ministro Celso de Mello p. 37 -38.

⁶⁰ Idem, p. 38.

doutrinária e jurisprudencial em torno do alcance do §2º do art. 5º da Constituição”⁶¹. O advento da EC nº 45/04, voltada neste ponto a encerrar a controvérsia, evidentemente contrariou a corrente que postulava a tese interpretativa abrangente do §2º do art. 5º da Constituição.

Nesta direção, o Ministro Gilmar Mendes apontou o impacto do advento do §3º do art. 5º da Constituição, de modo a ocasionar o descredenciamento da respectiva tese doutrinária pelo direito positivo constitucional: *“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 ...”*⁶². Para o Ministro, *“em termos práticos, trata-se de uma declaração eloquente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais”*.⁶³

Não obstante, mesmo após a vigência da EC nº 45/04, artífices da doutrina da interpretação abrangente do §2º do art. 5º da Constituição⁶⁴, postulantes de uma inerente

⁶¹ Ibidem, p. 38.

⁶² RE nº 466.343-1/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento: 03-12-2008, DJ: 05/06/2009, Voto do Min. Gilmar Mendes, p. 10.

⁶³ Tal entendimento também foi referendado na literatura especializada: “No entanto, a alteração constitucional em estudo, ao definir o procedimento legislativo para a incorporação dos tratados com equivalência de emenda constitucional, parece afastar qualquer interpretação do §2º do art. 5º que autorize a integração material de um tratado de direitos humanos à Constituição.” ANDREOLA, Susana Cordenonsi. *Tratados Internacionais no Direito brasileiro e argentino*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 17, n. 67, p. 279-318, abr./ jun. 2009, p. 313.

⁶⁴ Além de Piovesan; Sarlet; e Mazzuoli; a seguir expressamente citados no texto, também se posicionaram em igual sentido: CALETTI, Leandro. *A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no cenário da Emenda à Constituição nº 45/2004: notas acerca da compulsoriedade do novo regime e da denúncia dos Tratados*. Revista da AGU, ano VI, n. 13, p. 153-176, ago/2007, p. 169; OLIVEIRA, Diogo Pignataro. *Os tratados de direitos humanos na contemporaneidade e sua aplicabilidade dentro da nova concepção constitucional brasileira: uma análise crítica a teor do §3.º do art. 5.º da CF/88*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, ano 16, n. 64, p. 297-323, jul.-set. de 2008, p. 321; PFAFFENSELLER, Michelli. *A (In)eficácia do §3.º do Art. 5.º da CF/88 como Norma de Integração dos Direitos Humanos Provenientes de Tratados Internacionais*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 58, p. 335 e ss., jan/2007, p. 13 (numeração RT online); PIOVESAN, Flávia. *A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos*. In: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; PETERSEN, Zilah Maria Callado Fadul (Coord.). *Coletânea de estudos jurídicos*. Brasília: TSM, 2008, p. 382; ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. *A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro após o advento da Emenda Constitucional 45/2004*. In: *Os 20 anos da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 430; ZISMAN, Célia Rosenthal. *Os direitos fundamentais e os direitos*

hierarquia constitucional dos diplomas normativos de direitos humanos, persistiram em manter a posição anteriormente adotada, defendendo que a novel norma do §3º do art. 5º simplesmente reforça o entendimento anterior ao invés de contrariá-lo, já que com ele seria plenamente compatível.

Deste modo se manifestou Flávia Piovesan, ao sustentar “*que hierarquia constitucional já se extrai de interpretação conferida ao próprio art. 5º, §2º, da Constituição de 1988. [...] Reitere-se que, por força do art. 5º, §2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do quorum de sua votação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. O quorum qualificado está tão-somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a “constitucionalização formal” dos tratados de direitos humanos no âmbito interno. [...] 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 de seu quorum de aprovação. [...] Acredita-se que o novo dispositivo do art. 5º, §3º, vem a reconhecer de modo explícito a natureza materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos, reforçando, desse modo, a existência de um regime jurídico misto, que distingue os tratados de direitos humanos dos tratados tradicionais de cunho comercial*”⁶⁵.

Seguida igualmente por Ingo W. Sarlet, que afirma: “*No tocante a este ponto, todavia, consideramos estar diante de um falso problema, visto que, como já demonstrado, a nova disposição introduzida pela EC 45 pode ser compreendida como reforçando o entendimento de que os tratados anteriores, já por força do art. 5º, §2º, da CF, possuem hierarquia materialmente constitucional, sem falar na interpretação – igualmente colacionada, mas aqui questionada – de acordo com a qual os tratados anteriores teriam sido recepcionados como equivalentes às emendas constitucionais pelo novo §3º do art. 5º.*”⁶⁶

humanos: a fundamentalidade formal e a fundamentalidade material. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 17, n. 67, p. 32-51, abr./ jun. 2009, p. 39.

⁶⁵ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 71-73.

⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Tratados Internacionais em Matéria de Direitos Humanos: Revisitando a Discussão em Torno dos Parágrafos 2º e 3º do Art. 5º da Constituição Federal de 1988*. In: NEVES, Marcelo (Cord.). *Transnacionalidade do Direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 90.

E por Mazzuoli, que passou a defender “*que o novo §3º do art. 5º da Constituição em nada influi no ‘status de norma constitucional’ que os tratados de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro já detêm no nosso ordenamento jurídico, em virtude da regra do §2º do mesmo art. 5º.*”⁶⁷

Então, o que se está a defender é que, após a reunião da maioria de três quintos dos membros da Câmara, em dois turnos de votação, e em seguida com o mesmo *quorum* no Senado, também em dois turnos de votação, para possibilitar a aprovação de uma emenda à Constituição para que se viesse a inserir um §3º no art. 5º, prevendo expressamente o mesmo rito, de modo 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*”; e assim concretamente realizado o mesmo desforço procedimental, como o foi na ocasião da incorporação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, tudo isso serviu apenas para uma mera formalidade?⁶⁸

Deste modo, na realidade ocorreu absolutamente o contrário do que fora preconizado pelo Ministro Gilmar Mendes, pois é *a argumentação proposta por esta tese que, de certa forma, esvazia a Emenda Constitucional nº 45/04.*

Cumprе apontar que o Ministro Menezes Direito⁶⁹ já havia questionado o Ministro Celso de Mello nesta direção: “*Mas, veja bem, isto é uma contradição. Porque, se Vossa Excelência, na ocasião da Constituição, propôs uma emenda para equiparar os tratados à Constituição e essa emenda foi rejeitada, veio o §2º com essa interpretação que dá margem à grande dubiedade*”⁷⁰ e, em seguida, nasce o constituinte no §3º, que diz

⁶⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O novo §3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia*. Revista de Informação Legislativa: Brasília, a. 42, n. 167, p. 93-114, jul./set. 2005, p. 105-106.

⁶⁸ A esta questão RAMOS responde de modo implacável: “O ativismo em prol dos direitos humanos dissociado do respeito à dinâmica da representação política democrática e ao princípio da legalidade tem redundado, invariavelmente, em mero voluntarismo antidemocrático, ainda que camuflado por um discurso de generosidade em prol da pessoa humana.” RAMOS, Elival da Silva. Os tratados sobre direitos humanos no direito constitucional brasileiro pós-emenda constitucional. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Orgs.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 188.

⁶⁹ HC nº 87.585-8/TO, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento: 03-12-2008, DJ: 26-06-2009, aparte do Ministro Menezes Direito ao voto do Ministro Carlos Britto, fls. 344 e 345.

⁷⁰ Welinton Carvalho também constata que a proposta de Cançado Trindade não vingou de acordo com o seu intento: “Se não resta dúvida que a intenção do proponente foi de assegurar status de norma

*expressamente que ele pode ser constitucional se o Congresso assim desejar, isso é uma contradição. Porque senão esse §3º passa a ser inútil, porque já é constitucional quando chega.”*⁷¹

Logo, tais interpretações, ao desconsiderarem ou menoscabarem dos efeitos jurídico-positivos do texto da EC nº 45/04, acabam reduzindo o alcance do novo §3º do art. 5º à produção de efeitos formais meramente secundários. No seu entendimento, os tratados de direitos humanos já seriam antes, bem como continuariam a ser considerados hierarquicamente direitos constitucionais fundamentais, mesmo após a inserção do §3º no art. 5º da Constituição. Com isso, esta tese interpretativa se torna então irrefutável, porque permanece absolutamente imune ao advento da EC nº 45/04.

E esta não é em nada uma postura hermenêutica insolitamente restrita à polêmica em torno dos §§2º e 3º do art. 5º da Constituição, isto porque, se no contexto do julgamento do MS nº 21.689/DF, em 16/12/93, ao Ministro Sepúlveda Pertence já “... *pareceu oportuno e de absoluta pertinência a invocação, nas informações da Presidência do Senado Federal, da passagem de Luís Roberto Barroso (O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas, 2ª ed., p. 344), quando alude a ‘uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional no Brasil: a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo.’ Com argúcia e espírito, Barbosa Moreira*

constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, a redação consumada no texto jurídico deixa sérias dúvidas.” CARVALHO, Weliton. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos Anteriores à Emenda Constitucional 45: O Problema do Status Normativo*. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, n. 8, p. 339-364, 2010, p. 345.

⁷¹ A mesma estupefação aflorou em manifestações doutrinárias: “Ademais, esse paradigma utilizado por Valério de Oliveira Mazzuoli e Flávia Piovesan parte de um paradigma superado: a dicotomia existente entre norma material e formalmente constitucional. A tendência consagrada no Século XIX foi no sentido de verificar a expansividade da matéria constitucional. Não por outro motivo, lembra Jorge Miranda que ‘a Constituição material comporta (ou dir-se-ia comportar) qualquer conteúdo. [...] Ao se pensar de modo contrário, o §3º do art. 5º da Carta Magna seria um apêndice: um adorno normativo. Dessa forma o §2º do art. 5º deve ser lido em consonância com o §3º do mesmo dispositivo. [...] A pergunta que parece pertinente seria: que sentido prático teria em nível constitucional se formalizar aquilo que materialmente já o fosse reconhecido pela carta como norma de essência máxima do ordenamento jurídico? Não parece dispor a presente dicotomia de aparato lógico mínimo para se aceitar a sua existência. Em assim: ou os tratados internacionais de direitos humanos gozam de status constitucional por si mesmos, ou somente o gozam se aprovados com o quorum de emenda. O que parece inviável admitir é o fato da Constituição formalizar como constitucional aquilo que já o seria em essência, vale dizer, em matéria por ela mesma eleita.” CARVALHO, Weliton. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos Anteriores à Emenda Constitucional 45: O Problema do Status Normativo*. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, n. 8, p. 339-364, 2010, p. 351-352.

estigmatiza a equivocidade desta postura: ‘Põe-se ênfase nas semelhanças, corre-se um véu sobre as diferenças e conclui-se que, à luz daquelas, e a despeito destas, afinal de contas mudou pouco, se é que na verdade mudou. É um tipo de interpretação ... em que o olhar do intérprete dirige-se antes ao passado que ao presente, e a imagem que ela capta é menos a representação de realidade do que uma sombra fantasmagórica.’”⁷² – aqui é igualmente oportuna e de absoluta pertinência a evocação do mesmo excerto, que vem a se encaixar como uma luva.

Em razão de terem sido desenvolvidas no contexto doutrinário, tendo por dever estar, em ampla medida, afastadas de interesses que eventualmente propiciariam a melhor retórica jurídica em um determinado caso concreto, tais interpretações sobre a estatura constitucional de todos os tratados de direitos humanos devem se submeter indefectivamente ao crivo científico-jurídico.

E para verificar a cientificidade desta teoria fundada nos §§ 2º e 3º do art. 5º, nada melhor que a concepção de Karl Popper sobre a validade científica de uma tese: *“... tornou-se-me evidente que o carácter empírico-científico de um sistema está relacionado com a circunstância de ser possível refutar esse sistema por meio de factos possíveis. Quer dizer: um sistema político, filosófico, espiritual, que a si mesmo se fecha, que se faz irrefutável, não é um sistema científico e, se bem compreendi a sua convicção, é também um sistema perigoso. E isto aplica-se ao marxismo e à psicanálise. Ao marxismo⁷³, à psicanálise⁷⁴ e a outras formas da psicanálise, como por exemplo a*

⁷²MS nº 21.689/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento: 16-12-93, DJ: 07-04-95, voto do Ministro Sepúlveda Pertence, p. 4.

⁷³ “E o Senhor Professor viu também no marxismo um mecanismo idêntico de auto-afirmação. Um exemplo: a refutação da tese marxista fundamental por meio da Revolução Russa não foi, na verdade, aceite como refutação, mas antes como uma reformulação, como uma reinterpretação.” Dever-se-ia já explicar de que modo o marxismo foi refutado pela Revolução Russa. O marxismo afirma que o decurso causal de cada transformação social começa com as transformações dos meios de produção. Os meios de produção transformados levam a que de igual modo se transformem as relações entre as pessoas e finalmente também à transformação do sistema de domínio na sociedade. E por fim transformam-se as ideias na sociedade: os pensamentos das pessoas, as ideologias. A Revolução Russa mostrou que pode ocorrer precisamente o inverso. A saber, uma determinada ideia, por exemplo, a ideia de que o socialismo consiste na ditadura do proletariado mais a electrificação – o pensamento condutor de Lenine –, de que uma tal ideia pode transformar a sociedade de cima para baixo e depois naturalmente, também, os meios de produção. Na Rússia a electrificação não veio de baixo, foi imposta de cima, e até pelo governo, com base em certos pontos de vista ideológicos, portanto, em ideias. Isto é obviamente uma refutação da teoria marxista, mas não foi sentida como tal pelos marxistas. Pelo contrário: eles afirmam que a Revolução Russa é uma revolução marxista e que foi prevista pelo marxismo. POPPER, KARL. *Sociedade Aberta Universo Aberto*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1995, p. 12-13.

psicologia individual de Adler. [...] Um exemplo de uma teoria que se encerra em si mesma, que a si mesma se torna irrefutável – é essa, em sua opinião, a marca da ideologia ou da teoria acientífica e também prejudicial? Sim, considero que ela é prejudicial – por vezes directamente e outras vezes pelo facto de se excluir à crítica, de se fechar a toda a crítica, como você diz. Poder-se-ia dizer que nessa teoria está incluída a teoria de que tal teoria será irrefutável. Tal é particularmente nítido na posição psicanalítica perante a crítica, a saber, que a crítica deve ser psicanalisada e que esta resposta é suficiente para qualquer crítica.”⁷⁵

Da relutância contra o primado do texto normativo⁷⁶ e a manifestação legítima e soberana do Poder Constituinte, desvela-se a presença subjacente de uma ideologia favorável a uma insuflação progressiva do elenco constitucional de direitos humanos⁷⁷, calcada mais em critérios quantitativos que qualitativos⁷⁸. E sob esse prisma,

⁷⁴ Talvez se encontre a explicação no exemplo da psicanálise: Se alguém nega as teses da psicanálise, a psicanálise responde que ele está um tanto recalcado, e, conseqüentemente, a refutação transforma-se em confirmação, e o sistema torna-se irrefutável. Sim, esse é um aspecto. Mas mais importante é que a psicanálise não exclui nenhum comportamento possível da humanidade. Ela não diz que, em certas circunstâncias, seja possível que uma pessoa faça isto ou aquilo. De aqui resulta que, faça uma pessoa o que fizer, tudo se transforma numa confirmação da teoria psicanalítica. Portanto, se uma pessoa se lançar à água para salvar uma criança e, com isso, puser em risco a sua própria vida ou mesmo a perca, psicanaliticamente isso é tão explicável como se essa pessoa lançar a criança à água para a matar. POPPER, KARL. *Sociedade Aberta Universo Aberto*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1995, p. 13.

⁷⁵ POPPER, KARL. *Sociedade Aberta Universo Aberto*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1995, p. 12-14.

⁷⁶ “Se a interpretação-aplicação de natureza jurídica consiste na construção de normas reguladoras de conduta a partir de textos prescritivos, que vinculam a atividade do intérprete-aplicador, é absolutamente inaceitável que a norma por este concretizada não revele aderência à textualidade do dispositivo aplicado.” RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 168.

⁷⁷ Disso é reveladora a vontade declarada por Mazzuoli: “A nossa vontade é a de que esse §3º, que apenas trouxe imperfeições ao sistema e que certamente prestará um desserviço à interpretação constitucional mais lúcida envolvendo os tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é parte, seja reformado por nova emenda constitucional, que venha conter a redação que já propusemos em estudos anteriores, à semelhança da Constituição da Venezuela de 1999, no sentido de apenas trazer uma interpretação autêntica ao §2º do art. 5º da Carta de 1988, dizendo que ‘os tratados internacionais referidos pelo parágrafo anterior, uma vez ratificados, incorporam-se automaticamente na ordem interna brasileira com hierarquia constitucional, prevalecendo, no que forem suas disposições mais benéficas ao ser humano, às normas estabelecidas por esta Constituição.’” MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O novo §3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia*. Revista de Informação Legislativa: Brasília, a. 42, n. 167, p. 93-114, jul./set. 2005, p. 111-112.

⁷⁸ Neste sentido Verdú, que após pregar a interpretação extensiva para a revelação dos direitos humanos implícitos na Constituição, propõe a atuação do Poder Constituinte Derivado para a promoção das modificações necessárias ao incremento do rol constitucional, quando a interpretação alcançar os seus limites: “En todos los demás sectores de la Carta Fundamental que no se deducen lógicamente de los derechos y valores básicos podrán hacerse todas las modificaciones que se consideren necesarias: para aumentar la tabla de derechos, porque ésta no es un *numerus clausus* sino *apertus* y, dado que las normas

até por um princípio econômico, de que quanto maior a abundância de determinado bem, menor será o seu valor relativo⁷⁹, vem à evidência que o maior número de direitos fundamentais não necessariamente reflete maior e melhor tutela do bem jurídico protegido.

Assim, um alargamento demasiado do rol de direitos humanos, os quais por natureza atritam entre si⁸⁰, aumentará a probabilidade da ocorrência de conflitos inconciliáveis⁸¹, que imponham a recorrência de soluções judiciais mais intensamente criativas⁸² e arbitrariamente seletivas, a serem obtidas através do método da ponderação⁸³,

constitucionales poseen una *vis atractiva* capaz de encontrar nuevos derechos que se deducen de ellos y desarrollan y aseguran la dignidad del hombre.” VERDÚ, Pablo Lucas. Los Derechos Humanos como “Religión Civil”. Derechos Humanos Y Concepción del Mundo y de la Vida. Sus Desafíos Presentes. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 535.

⁷⁹ Trata-se da *lei da utilidade marginal decrescente*: quanto vale um copo d’água? E no deserto? E em um rio de água doce? BÖHM-BAWERK, Eugen von. *Teoria Positiva do Capital*. v. I. São Paulo: Nova Cultural, 1986, p. 168.

⁸⁰ Segundo Bobbio: “Além das dificuldades jurídico-políticas, a tutela dos direitos do homem vai de encontro a dificuldades inerentes ao próprio conteúdo desses direitos. Causa espanto que, de modo geral, haja pouca preocupação com esse tipo de dificuldade. Dado que a maior parte desses direitos são agora aceitos pelo senso moral comum, crê-se que o seu exercício seja igualmente simples. Mas, ao contrário, é terrivelmente complicado. Por um lado, o consenso geral quanto a eles induz a crer que tenham um valor absoluto; por outro, a expressão genérica e única ‘direitos do homem’ faz pensar numa categoria homogênea. Mas, ao contrário, os direitos do homem, em sua maioria, não são absolutos, nem constituem de modo algum uma categoria homogênea. [...] Na maioria das situações em que está em causa um direito do homem, ao contrário, ocorre que dois direitos igualmente fundamentais se enfrentem, e não se pode proteger incondicionalmente um deles sem tornar o outro inoperante. Basta pensar, para fincarmos exemplo, no direito à liberdade de expressão, por um lado, e no direito de não ser enganado, excitado, escandalizado, injuriado, difamado, vilipendiado, por outro. Nesses casos, que são a maioria, deve-se falar de direitos fundamentais não absolutos, mas relativos, no sentido de que a tutela deles encontra, em certo ponto, um limite insuperável na tutela de um direito igualmente fundamental, mas concorrente. E, dado que é sempre uma questão de opinião estabelecer qual o ponto em que um termina e o outro começa, a delimitação do âmbito de um direito fundamental do homem é extremamente variável e não pode ser estabelecida de uma vez por todas.” BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campos, 1992, p. 41-42.

⁸¹ “Quanto mais ampla for a definição do âmbito de proteção e do suporte fático dos direitos fundamentais, maior será a probabilidade de que o exercício destes direitos suscite uma situação de tensão e de colisão. É por isso – dentre outros motivos – que alguns autores dão preferência a uma definição mais restrita de direitos fundamentais, visto que, quanto menor for a quantidade de condutas ou posições jurídicas por eles protegidas, menor será a ocorrência de colisões entre eles. Uma importante consequência, sobretudo para os fins deste trabalho, do maior ou menor número de colisões entre direitos fundamentais é uma maior ou menor frequência do recurso ao sopesamento como forma de aplicação do direito.” SILVA, Virgílio Afonso da. Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e ordem internacional. In: NEVES, Marcelo (Cord.). *Transnacionalidade do Direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 108.

⁸² Inocêncio Mártires Coelho aponta o inegável papel criativo do intérprete do direito: “Se não existe interpretação sem intérprete; se toda interpretação, embora seja um ato de conhecimento, traduz-se, afinal, em uma manifestação de vontade do aplicador do direito; se a distância entre a generalidade da norma e a particularidade do caso exige, necessariamente, o trabalho mediador do intérprete, como

o que tornaria o STF, de guardião, em mediador do significado da Constituição, como postulou Alf Ross, em sua proposta metodológica sobre o direito⁸⁴.

Isto foi expressamente reconhecido pelo Ministro Gilmar Mendes no HC nº 87.585-8/TO, ao afirmar que: *“Nós temos uma Constituição já por si só extensa. Se agora vamos afirmar que todos os tratados de direitos humanos – e, aí, certamente vamos ter uma disputa hermenêutica para saber quais são esses tratados de direitos humanos – têm hierarquia constitucional originária, certamente estamos nos embrenhando por um caminho que talvez, em termos de insegurança jurídica, a vista já não mais alcança. (...) Mas fico a imaginar a confusão, diria até a babel que nós podemos instaurar. Primeiro, com a pergunta sobre se determinado tratado é tratado de direitos humanos. (...) Por outro lado, teríamos que reconhecer que esses tratados passam a integrar o catálogo de normas constitucionais com todas as consequências, inclusive no que diz respeito ao controle de constitucionalidade abstrato, onde impera o princípio da causa petendi aberta, com a necessidade de aplicação dessas normas sempre que houver essa necessidade. (...) Parece-me que as consequências práticas desta equiparação – e creio que não falei sobre tudo que poderia falar – podem nos levar realmente para uma situação tal, por exemplo, sobre supraposição de normas constitucionais com o advento de tratados; problemas*

condição indispensável ao funcionamento do sistema jurídico; se, no desempenho dessa tarefa, resta sempre uma insuprimível margem de livre apreciação pelos sujeitos da interpretação; se, ao fim e ao cabo, isso tudo for verdadeiro, então, o ideal de racionalidade, de objetividade e, mesmo, de segurança jurídica no marco de um autêntico Estado de Direito aponta para o imperativo de se recuar o máximo possível o momento subjetivo da decisão e de se reduzir ao mínimo aquele ‘resíduo incômodo’ de voluntarismo e de livre convencimento, que se faz presente, inevitavelmente, em todo trabalho hermenêutico. Precisamente por isso – em palavras que sintetizam essa dramaticidade – Carl Schmitt afirmou certa vez que em toda decisão na qual, processualmente, realizam-se subsunções de tipo concreto, existe um insuprimível ‘decisionismo’, que não pode ser derivado do conteúdo da norma.” COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 74.

⁸³ “Direitos fundamentais tornam-se ubiqüitários. A terceira ideia resulta da estrutura dos valores e princípios. Valores como princípios são propensos a colidir. Uma colisão de princípios somente por ponderação pode ser solucionada. A mensagem mais importante para a vida cotidiana jurídica da decisão-Lüth diz, por isso: ‘Torna-se necessária, por conseguinte, uma ponderação de bens’.” ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 108.

⁸⁴ Conforme asseverado por Alf Ross, na obra *Direito e Justiça*: *“A interpretação da ciência do direito exposta neste livro repousa no postulado de que o princípio da verificação deve se aplicar também a este campo do conhecimento, ou seja, que a ciência do direito tem que ser reconhecida como uma ciência social empírica. Isto significa que não devemos interpretar as proposições acerca do direito vigente como proposições que aludem a uma validade inobservável ou ‘força obrigatória’ derivada de princípios ou postulados a priori, mais sim como proposições que se referem a fatos sociais. É mister evidenciar quais são os procedimentos que permitem verificá-las, ou quais são as implicações verificáveis delas. Nossa interpretação, baseada na análise precedente, é que o conteúdo real das proposições da ciência do direito se refere às ações dos tribunais sob certas condições.”*

ligados a direito pré-constitucional e pós-constitucional. A rigor, os problemas são tão graves.”⁸⁵

E agora, ao se retomar o curso da evolução jurisprudencial, verifica-se que a posição do Supremo Tribunal Federal sobre a natureza jurídica dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos sofreu uma profunda alteração após a Emenda Constitucional nº 45/04, contudo, ainda deixando de acolher a doutrina anteriormente predominante.⁸⁶

O Ministro Gilmar Mendes passou a defender uma posição intermediária dos tratados de direitos humanos, abaixo da Constituição, mas acima da legislação ordinária, justificando-a, em suma, pelas razões condensadas no seguinte excerto: *“Assim, a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional torna imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos humanos na ordem jurídica nacional. É necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano. (...) Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante. (...) Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos*

⁸⁵ HC nº 87.585-8/TO, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento: 03-12-2008, DJ: 26-06-2009, aparte do Ministro Gilmar Mendes ao voto do Ministro Carlos Britto, fls. 345 e 358 a 360.

⁸⁶ De acordo com Meyer-Pflug, o STF sofre a influência da comunidade internacional no que concerne à internacionalização do direito constitucional: *“A jurisdição constitucional desempenha relevante papel na internacionalização do Direito Constitucional, pois as normas internacionais quando questionadas na sua validade ou em conflito com o sistema jurídico interno dependem da atuação do Poder Judiciário, precipuamente, da jurisdição constitucional, no Brasil, do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido acentua Heléne Tourard: ‘o juiz constitucional também sofre, como todos os outros órgãos públicos, uma influência cada vez maior da comunidade internacional, o que conduz à internacionalização do contencioso constitucional. Essa tendência implica o respeito, no funcionamento da jurisdição constitucional, de normas internacionais, quando, até há pouco tempo, apenas normas internas eram-lhe aplicáveis’.”* MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *A internacionalização do Direito Constitucional*. In: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; PETERSEN, Zilah Maria Callado Fadul (Coord.). *Coletânea de estudos jurídicos*. Brasília: TSM, 2008, p. 442.

internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante, também tem sua eficácia paralisada.”⁸⁷

Já o Ministro Celso de Mello, quanto aos diplomas internacionais de direitos humanos incorporados antes da inserção do §3º no art. 5º da Constituição, manteve o entendimento que lhes conferia o caráter materialmente constitucional; mas aos que forem admitidos após a EC nº 45, sinalizou no sentido de lhes conferir uma posição também de supralegalidade, quando não aprovados pelo rito do §3º do art. 5º: “... *como precedentemente já enfatizado, as convenções internacionais de direitos humanos celebradas antes do advento da EC nº 45/2004, pois, quanto a elas, incide o § 2º do art. 5º da Constituição, que lhes confere natureza materialmente constitucional, promovendo sua integração e fazendo com que se subsumam à noção mesma de bloco de constitucionalidade.*” (...)“*Em suma: o entendimento segundo o qual existe relação de paridade normativa entre convenções internacionais e leis internas brasileiras há de ser considerado, unicamente, quanto aos tratados internacionais cujo conteúdo seja materialmente estranho ao tema dos direitos humanos.*”⁸⁸

Entretanto, a supralegalidade consiste em uma nova categoria normativa desprovida de expressa previsão na Constituição, fruto de uma construção jurisprudencial, engendrada durante o julgamento da constitucionalidade da prisão do depositário infiel à qual davam azo os contratos de alienação fiduciária em garantia, notadamente de veículos financiados por instituições financeiras.⁸⁹

Por outro lado, a solução da questão surgida no bojo dos contratos de alienação fiduciária admitia uma adequação constitucional, com o recurso às normas civilísticas, pelo qual não se necessitava adentrar na controvérsia do status hierárquico dos tratados de direitos humanos, como o fez o Ministro Sepúlveda Pertence, no HC nº 72.131-

⁸⁷ RE nº 466.343-1/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento: 03-12-2008, DJ: 05/06/2009, Voto do Min. Gilmar Mendes, p. 27 e 28.

⁸⁸ HC nº 87.585-8/TO, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento: 03-12-2008, DJ: 26-06-2009, Voto do Ministro Celso de Mello, p. 51-53.

⁸⁹ Na mesma direção: “... verifica-se que o Supremo Tribunal Federal foi além de suas competências, criando uma espécie normativa inexistente até então no Direito brasileiro.” PALADINO, Carolina de Freitas. *A recepção dos tratados de direitos humanos, uma velha discussão com uma nova roupagem após a reforma do Judiciário advinda com a Emenda Constitucional nº 45, de 2004 - Parte II.* IOB Repertório de Jurisprudência Tributário, Constitucional e Administrativo, v. 1, n. 23, p. 977-972, 1ª quinzena de dez./2008, p. 975.

1/RJ: *“Afasto a fascinante discussão sobre o Pacto de São José de Costa Rica: não preciso dela para o meu convencimento. [...] Não consigo compatibilizar a ideia de um verdadeiro domínio, que estaria subjacente à pretensão de realidade da situação de depositário atribuída ao devedor, com normas expressas do próprio decreto-lei.”*⁹⁰.

E isso ainda após a vigência do atual Código Civil, posterior ao Pacto de San José da Costa Rica, ter reafirmado posição a favor da autorização da prisão do depositário infiel⁹¹, fato este que não escapou à crítica do Ministro Gilmar Mendes⁹², de que *“... às vezes, o não acompanhamento por parte dos setores judiciais, dos setores incumbidos do controle jurídico dos tratados na nossa vida institucional. E a prova disso é a feitura dessa norma do Código Civil, porque a solução do STJ alvitrou inicialmente para esse debate poderia ter sido encaminhada no sentido do lex posterior derogat priori: aplicação do Tratado, do Pacto de San José em relação à legislação anterior. Todavia, sobreveio o Código Civil e novamente recolocou, mostrando a necessidade que nós temos de desatar, embora eu concorde com o Ministro Cezar Peluso que, para a questão, e os próprios civilistas já vinham resolvendo esse tema ...”*.

⁹⁰ Convém também acrescentar os seguintes excertos, nos quais o eminente Ministro desce às considerações mais específicas de direito civil: *“É manifesto que a Constituição excetuou, da proibição de prisão por dívida, a prisão do inadimplente de obrigação alimentar e a do depositário infiel. A extensão dessa norma de exceção, não o contesto, pode sofrer mutações ditadas do legislador ordinário e até por Tratado. Mas, também me parece, ninguém discordará, em tese, de que, ao concretizar os seus termos – isto é, os conceitos de obrigação alimentar ou de depositário infiel – o legislador não pode, mediante ficções ou equiparações, ampliar arbitrariamente o texto constitucional, além da opção constituinte nele traduzida. E esta há de ser aferida à base da Constituição e de suas inspirações. Não, à base da lei. [...] Na mesma linha, a parte final do art. 2º impõe ao credor fiduciário – e, portanto, ao dito proprietário fiduciário – um dever de entregar ao devedor o excesso do preço apurado na venda da coisa sobre a importância da dívida, o que, à evidência, lhe desmente o domínio sobre o bem alienado, o qual, se existente, se transferiria à totalidade do preço alcançado.”*. HC nº 72.131-1/RJ, julgamento: 23-11-1995, DJ: 01-08-2003, Rel. Min. Marco Aurélio, Voto do Min. Sepúlveda Pertence, fls. 8744-8746.

⁹¹ O raciocínio de que a incorporação do Pacto de San José da Costa Rica passou a obstar a prisão do depositário infiel fora brilhantemente exposto por Silva e por Cintra Júnior mas, no entanto, teve sua aplicação refreada com a nova autorização veiculada a partir da promulgação do Código Civil de 2002. Vide: SILVA, Luiz Alberto. *A Impossibilidade de Prisão do Depositário Infiel, o Pacto de São José e a Decisão do Supremo Tribunal Federal*. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 4, p. 121 e ss., out/2000; CINTRA JÚNIOR, Dirceu Aguiar Dias. *A Prisão Civil do Depositário Infiel em face da Constituição Federal e dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 779, p. 135 e ss., set/2000.

⁹² RE nº 466.343-1/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento: 03-12-2008, DJ: 05/06/2009, aparte do Min. Gilmar Mendes ao aditamento do voto do Min. Relator, fls. 1280-81.

O que se deixou transparecer nos respectivos julgamentos, inclusive com a manifestação explícita em votos proferidos⁹³, foi que os Ministros do STF não concordavam com a posição adotada pela Comissão presidida por Miguel Reale e aprovada pelo Congresso Nacional com a edição do Novo Código Civil de 2002: “Art. 652. *Seja o depósito voluntário ou necessário, o depositário que não o restituir quando exigido será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e ressarcir os prejuízos.*”

A amplificação do caso do depositário infiel para a introdução, por construção jurisprudencial e em termos abstratos, gerais e prospectivos, de uma nova categoria normativa (supralegal), dá-se em detrimento da segurança jurídica e sem aplicabilidade prática suficientemente testada, já que o conflito entre a norma do tratado e a norma interna posterior poderia ser resolvida pela prevalência da Constituição, sem o recurso a tal artifício (descaracterizando-se a existência de depósito no contrato de alienação fiduciária, por exemplo).⁹⁴

Por que então as normas de direitos humanos do ordenamento interno, a exemplo do Código Civil e da Lei nº 10.098/00 não passariam a ser igualmente considerados supralegais? Se a questão é a prevalência material, por que a discriminação da lei interna em face dos tratados internacionais, se a Constituição expressamente contempla no §2º do art. 5º os direitos que decorrem do seu regime? A isto não se poderia opor o óbice de que o dispositivo constitucional faz menção apenas aos tratados, porque não se pode negar que todos os demais direitos humanos do ordenamento, de uma forma ou de outra, também decorrem do regime e dos princípios constitucionais.

⁹³ A exemplo do Min. Relator Cezar Peluso, para quem “... os ordenamentos jurídicos tendem a ir reduzindo, no curso da História, a esfera do poder despótico estatal em favor da dilatação do âmbito dos direitos individuais e das liberdades. [...] De modo que, para concluir, **é com a grande satisfação de ver a evolução da Corte** que adiro inteiramente à conclusão de que, nos casos em exame, não subsiste, perante a Constituição da República e o Pacto de San José da Costa Rica, a admissibilidade de prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a natureza do depósito. [...] Depósito convencional, judicial, necessário, qualquer que seja, é importante ressaltar. **Só admito prisão civil do inadimplente de obrigação alimentar, e isso até que a Constituição pondere melhor essa mesma exceção!**” (nossos grifos). RE nº 466.343-1/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento: 03-12-2008, DJ: 05/06/2009, aditamento ao voto do Min. Relator, p. 10-11;16.

⁹⁴ E nesta mesma direção lastimou Elival da Silva Santos, quanto ao fato de que “esteja o STF prestes a abandonar construção jurisprudencial impecável, no tocante ao status hierárquico dos tratados internacionais (em geral) incorporados ao direito nacional. Para tanto, ou se pretende, com elevada dose de voluntarismo, afirmar o posicionamento infraconstitucional, porém supralegal, dos tratados sobre direitos humanos anteriores à EC 45/04 ...”. RAMOS, Elival da Silva. *Os tratados sobre direitos humanos no direito constitucional brasileiro pós-emenda constitucional*. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Orgs.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 183-184.

Aqui parece que o problema é mais amplo. A histórica e reiterada omissão dos constituintes brasileiros na definição do status normativo e na melhor especificação dos procedimentos legislativos para a incorporação de tratados internacionais em geral redunda em problemas político-institucionais e jurídico-hermenêuticos de maior ordem. A decisão voltada aos tratados de direitos humanos, conforme demonstrado, promoveu uma solução de apenas parcial coerência sistêmica, ao acarretar disparidade com direitos de natureza material idêntica, mas de origem exclusivamente interna.

Não obstante, a narrativa crítica da evolução jurisprudencial e da posição atual do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria tem a intenção de situar os tratados de direitos humanos dentro do atual panorama jurídico, para apontar que a tese dos materialistas foi rechaçada pelo STF. E que, independentemente da posição de supralegalidade apontada nos votos dos Ministros, o que é notório de relevo é que somente os tratados de direitos humanos que passarem pelo rito do novo §3º do art. 5º da Constituição serão considerados pelo direito positivo e pela jurisprudência hodierna como de estatura normativa equivalente à das emendas constitucionais. Deste modo, apenas sobre o novel dispositivo e sobre estes tratados é que se circunscreverá a presente investigação.

4. O PROCEDIMENTO DE INCORPORAÇÃO DA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E SEU PROTOCOLO FACULTATIVO:

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, engendrados no âmbito das Nações Unidas a partir de intensa participação brasileira⁹⁵, consistem nos primeiros e únicos, até então, diplomas normativos

⁹⁵ Laís V. C. de Figueiredo Lopes fez o seguinte inventário sobre o modo como foi engendrada a Convenção: “Em 2001, numa Conferência Mundial das Nações Unidas contra o Racismo, em Durban, na África do Sul, o México, por meio de seu então presidente Vicent Fox, logrou incluir texto solicitando às Nações Unidas que fosse criado o Comitê *ad hoc* para a elaboração da Convenção, o qual foi aprovado na 56ª Assembleia Geral da ONU. Desde a 1ª Reunião do Comitê *ad hoc*, em 2002, as organizações não-governamentais presentes instituíram uma aliança internacional em rede denominada International Disability Caucus (IDC), que

internacionais de direitos humanos incorporados como equivalentes às emendas constitucionais, após a inserção do §3º no art. 5º da Constituição pela Emenda Constitucional nº 45/04.⁹⁶

Na expressão do então Presidente da Câmara dos Deputados, estava-se “*de fato navegando por mares nunca dantes navegados*”⁹⁷. Nestas circunstâncias, o procedimento concreto através do qual se efetivou a incorporação da Convenção representa um marco empírico fundamental para o exame da temática concernente à aprovação de equivalência constitucional aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos – razão pela qual convém retomá-lo sumariamente.

demonstrou surpreendente articulação e possibilitou muitos avanços na negociação. As delegações dos países e as ONGs se posicionaram nas discussões de forma extremamente objetiva, com intervenções conceituais focadas na essência das propostas do texto. A presença do Brasil foi constante por meio de sua representação diplomática, tendo sido intensificada nos três últimos anos do processo, com o comparecimento de técnicos especialistas do governo (Coordenadoria Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – Corde) e a participação de representantes da sociedade civil. A diplomacia brasileira na ONU, que já apresentava conhecimento acumulado na área de direitos humanos, se apropriou cada vez mais das políticas, leis e práticas inclusivas do Brasil. Esses ingredientes geraram uma posição ímpar de cooperação estreita entre os diversos atores participantes do Comitê. Chamada a apoiar várias propostas, a delegação brasileira teve o mérito adicional de ter trabalhado o texto previamente e com profundidade na origem, sugerindo redação aprimorada para alguns artigos propostos. O processo durou cinco anos e a negociação foi concluída na oitava e última sessão do comitê, realizada de 14 a 25/8/2006, quando foram discutidos os artigos remanescentes mais polêmicos, entre os quais destacam-se a definição de pessoa com deficiência, a capacidade legal e os mecanismos de monitoramento. O texto passou, então, por um Comitê de Redação, para garantir a uniformidade da terminologia utilizada, harmonizando as versões nos seis idiomas da ONU: inglês, francês, espanhol, árabe, chinês e russo. LOPES, Lais Vanessa C. de Figueiredo. *Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência - nova ferramenta de inclusão*. Revista do Advogado – AASP, v. 27, n. 95, p. 56-64, dez. de 2007, p. 59-60.

⁹⁶ O Brasil já havia ratificado, em 15 de agosto de 2001, a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiência, tendo sido, inclusive, submetido aos Órgãos do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, em precedente vinculado à temática, assim descrito por Ikawa: “... análise, pela Corte Interamericana, do caso de Damião Ximenes (Caso n. 12237/2002), o segundo caso do Brasil a ser estudado por esse órgão. Damião Ximenes foi internado em 1999 na Casa de Repouso Guararapes, Ceará, no intuito de receber tratamento psiquiátrico. Dois dias após o internamento, contudo, foi encontrado com as mãos amarradas, o nariz sangrando, o roto e o abdômen inchados e com sinais de tortura. Nesse mesmo dia, Ximenes veio a falecer. O caso foi levado à Comissão em 2002 [...]. Em 2004 o caso foi encaminhado à Corte Interamericana. IKAWA, Daniela Ribeiro. *Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência* (1999). In: *Código de direito internacional dos direitos humanos anotado*. São Paulo: DPJ Editora, 2008, p. 1364-1365.

⁹⁷ “O SR. PRESIDENTE (Arlindo Chinaglia) – Isso tem que ser analisado, até porque, veja, não se tem aqui referência, pelo menos de memória, de termos vivido a mesma situação anteriormente. Então, vou esclarecer a V.Exa. Quando o Presidente da República envia uma mensagem, que, na nossa interpretação, condiciona ao § 3º do art. 5º, e S. Exa. tem competência para tanto, e, como há no art. 5º, § 3º, digamos, essa determinação da própria Constituição, ainda que no Regimento da Casa não haja a previsão, então, estamos de fato navegando por mares nunca dantes navegados.” Cf. Ata da 98ª Sessão Extraordinária Noturna da Câmara dos Deputados, em 13 de maio de 2008, sob a Presidência do Dep. Arlindo Chinaglia.

O Brasil, através do Presidente da República no exercício da Soberania Nacional (art. 84, III, da CF/88)⁹⁸, seguindo os ditames do procedimento tradicional de incorporação de tratados internacionais⁹⁹, aderiu (“assinou”)¹⁰⁰ à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, em 30 de março de 2007¹⁰¹.

⁹⁸ Assim dispõe o art. 84, VIII, da CF/88:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;

⁹⁹ O procedimento foi assim resenhado por Mazzuoli: “O Congresso Nacional, para a apreciação da viabilidade de se aderir aos tratados, segue algumas etapas que merecem ser analisadas. [...] No Legislativo, em primeiro lugar, ocorrerá a recepção da mensagem do Presidente da República, acompanhada da Exposição de Motivos (EM) do Ministro das Relações Exteriores, a ele endereçada, juntamente com o texto de inteiro teor do tratado internacional submetido à apreciação. Referida mensagem terá sua tramitação iniciada na Câmara dos Deputados, pois por expressa determinação constitucional (art. 64, da CF/1988), ‘a discussão e votação dos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República (...) terão início na Câmara dos Deputados’. [...] Em plenário ser-lhe-á dada a leitura, de modo a que, em obediência ao princípio da *publicidade*, tomem dela os Senhores Deputados conhecimento. Forma-se então um processo (que recebe a designação de ‘Mensagem’), com número próprio, e que, por força do art. 32, X, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, será remetido à Comissão de Relações Exteriores. Esta Comissão, após o exame do texto do tratado por um relator designado dentre os seus integrantes, aprecia o relatório dando um parecer. Deve este parecer apresentar um projeto de decreto legislativo, que será, ainda, submetido ao crivo da comissão de Constituição, Justiça e Redação (art. 32, III, do Regulamento Interno), à qual compete examinar os ‘aspectos constitucional, legal, jurídico, regimental e de técnica legislativa de projetos, emendas ou substitutivos sujeitos à apreciação da Câmara ou de suas comissões’. Aprovado o projeto, em turno único, terá ele sua redação final apresentada pela comissão de constituição e Justiça (art. 32, III, q). Aprovada a redação final, passa o projeto, nos termos do art. 65, da CF/1988, à apreciação do Senado Federal. Após lido e publicado, será ele despachado à Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional, que, de acordo com o que dispõe o Regimento Interno do Senado Federal (art. 103, I), é a Comissão competente para examinar as ‘proposições referentes aos atos e relações internacionais e aos assuntos referentes à Organização das Nações Unidas e entidades internacionais de qualquer natureza’. [...] Em cada uma das Casas é possível a apresentação de emendas aos projetos submetidos à apreciação. Essas emendas, frise-se, dizem respeito estritamente ao projeto de decreto legislativo, jamais ao texto dos tratados submetidos à apreciação, insuscetíveis de qualquer mudanças. [...] Estando concluído, no Senado, o exame na Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional, ‘o projeto fica pronto para ser incluído na ordem do dia do plenário. Aprovado em plenário em turno único, sem emendas, fica dispensada a redação final e o texto do projeto de decreto legislativo é dado como definitivamente aprovado, seguindo à promulgação’, cuja prerrogativa é do presidente do Senado Federal [...] Em suma, formalizados os tratados pelos agentes diplomáticos, denominados plenipotenciários, que representam o Poder Executivo, tornam-se eles obrigatórios somente após ratificados pelo Presidente da República (Chefe do Executivo). Mas tal ratificação somente terá efeito depois de cumprida fase de apreciação e autorização pelo Congresso Nacional (Poder Legislativo).” MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Poder Legislativo e os Tratados Internacionais: O Treaty-Making Power na Constituição de 1988*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 38, p. 9 e ss., jan/2002, p. 12-13 (numeração RT online).

¹⁰⁰ Tanto o Decreto Federal nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, como o Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2007, utilizam a expressão “assinados em Nova York”.

¹⁰¹ Esta data de adesão consta expressamente da Mensagem nº 711/2007 do Poder Executivo, que submeteu a Convenção à aprovação do Congresso Nacional; no art. 1º do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de

Relativamente à incorporação de tratados internacionais, se por um lado o art. 84, VIII, da CF/88¹⁰² atribui privativamente ao Presidente da República a competência para celebração de tratados, convenções e atos internacionais, ao mesmo tempo impõe que os mesmos fiquem “*sujeitos a referendo do Congresso Nacional*”. Neste mesmo sentido, o art. 49, I, da CF/88¹⁰³ reforça a coerência do sistema normativo, ao instituir a competência exclusiva do Congresso Nacional para “*resolver definitivamente*” sobre os atos normativos internacionais celebrados.

É por esta razão que, tendo sido assinada em 30 de março de 2007, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência veio a ser aprovada pelo Decreto Legislativo nº 186, na data de 9 de julho de 2008, mais de um ano após a sua celebração¹⁰⁴. E a especificidade desta aprovação, que a diferenciou do procedimento ordinário de incorporação de tratados ao nosso direito interno, foi indicada prontamente no art. 1º do Decreto Legislativo, ao veicular que a deliberação se deu “*nos termos do § 3º do art. 5º da Constituição Federal*”.

O ineditismo do procedimento deflagrou-se desde o início, a partir da apresentação, sob o regime de urgência, da Mensagem nº 711/2007 do Poder Executivo,

julho de 2008, que veiculou a aprovação da Convenção pelo Legislativo através do quórum qualificado do §3º do art. 5º da CF/88: “*Art. 1º Fica aprovado, nos termos do § 3º do art. 5º da Constituição Federal, o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007.*”; como também nas considerações preambulares do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, expedido pelo Presidente da República: “*Considerando que o Congresso Nacional aprovou, por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, conforme o procedimento do § 3º do art. 5º da Constituição, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007;*”.

¹⁰² Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;

¹⁰³ Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

¹⁰⁴ Sobre os prazos do procedimento de incorporação de tratados, mesmo já na vigência da Constituição de 1988, tem-se que: “Entretanto, quedou-se silente o Poder Constituinte quanto a aspectos essenciais do procedimento de integração. Não se definiu, por exemplo, prazo para a submissão do texto à apreciação do Legislativo (após a assinatura pelo Executivo), muito menos para a efetivação de tal análise pelo Congresso Nacional ou, ainda, para que se desse a sua ratificação, uma vez aprovado pelas Casas Legislativas Nacionais. Contudo, em esforço prático tendente à supressão de uma das lacunas deixadas pela lei, estabeleceu-se a necessidade de ser editado, após a ratificação, um decreto presidencial, cuja função precípua consiste na demarcação do início da vigência das referidas normas internacionais dentro do País.” LIMA, Éric Alexandre Lavoura. *A incorporação de tratados de direitos humanos em face da EC 45/2004: o caso da prisão de depositário infiel*. Revista Brasileira de Ciências Criminais - ano 15, n. 69, p. 200-236, nov./dez. de 2007, p. 210.

submetendo “à consideração do Congresso Nacional o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.”, com a sugestão de que o ato internacional fosse incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro com equivalência às emendas constitucionais¹⁰⁵.

Perante a isso não se furtaram as questões de ordem, como a suscitada pelo Deputado Leonardo Picciani (Bloco/PMDB/RJ) – “*Sr. Presidente, quero indagar da Mesa: propostas de emenda à Constituição não podem tramitar sob o regime de urgência, nem aprovado pela Casa, nem solicitado pelo Chefe do Poder Executivo, nos termos do art. 64 da Constituição.*”¹⁰⁶; a encaminhada pelo Deputado Antonio Carlos Magalhães Neto (DEM/BA): “*Na minha opinião, o Poder Executivo não poderia ter a prerrogativa de na mensagem definir como deve ser o procedimento de votação da matéria.*”¹⁰⁷; e a assinalada pelo Deputado Gustavo Fruet (PSDB/PR): “*a tramitação da matéria sob votação foi feita sob o regime de urgência, com fundamento no art. 155 do Regimento Interno. Este artigo não é aplicável às PEC, que obedecem a rito específico. Por isso, não se pode admitir, em tese, que o tratado sob exame seja apreciado com caráter de urgência.*”¹⁰⁸

Durante as discussões que antecederam a votação do projeto de decreto legislativo¹⁰⁹ em primeiro turno, boa parte das questões que posteriormente surgiriam na doutrina¹¹⁰ foram antecipadas no âmbito do Congresso Nacional, no próprio Plenário da

¹⁰⁵ “4. Sugiro que, por se tratar de Convenção sobre direitos humanos, os textos sejam encaminhados ao Congresso Nacional com a expressa menção do interesse do Poder Executivo em vê-los incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro com equivalência a emenda constitucional, em consonância com o dispositivo do § 3º do Artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Respeitosamente, – Celso Amorim.”

¹⁰⁶ Cf. Ata da 98ª Sessão Extraordinária Noturna da Câmara dos Deputados, em 13 de maio de 2008, sob a Presidência do Dep. Arlindo Chinaglia.

¹⁰⁷ Idem.

¹⁰⁸ Cf. Ata da 115ª Sessão, Extraordinária, Noturna, em 28 de maio de 2008, sob a Presidência do Dep. Arlindo Chinaglia.

¹⁰⁹ Projeto de Decreto Legislativo – PDC nº 563/2008.

¹¹⁰ Existem autores que fizeram as seguintes compilações: “Outro questionamento importante a se fazer é no caso de não-verificação do quórum necessário para a recepção do tratado de direitos humanos, que é de 3/5. No caso das emendas constitucionais, há possibilidade de propositura de novo projeto de emenda constitucional, embora seja observado o limite temporal para isso. E nos casos dos tratados de direitos humanos? Será recusada, portanto, a autorização para signatário daquele tratado, ou haverá uma recepção

Câmara dos Deputados: “se não obtiver o quorum constitucional, a matéria será considerada aprovada por maioria simples?”¹¹¹; “uma vez virando equivalente à emenda à Constituição, a sua revogação seria possível, já que se trata de cláusula pétrea?”¹¹²; e “na hipótese de ser aprovada em 2 turnos na Câmara e em 2 turnos no Senado, será feita uma sessão conjunta das 2 Mesas para promulgação da emenda constitucional?”¹¹³.

Já em segundo turno, o Deputado Gustavo Fruet (PSDB/PR), em iniciativa singular, sintetizou um rol de questões, muitas já suscitadas na discussão antecedente à primeira votação, outras merecendo destaque: “no que tange ao rito, indaga-se sobre a iniciativa para apresentar ao Congresso o texto do tratado sobre os direitos humanos”; e “finalmente, cabe questionar que tratamento deve ser dado ao tratado que, aprovado na forma do § 3º ao art. 5º, ou seja, já transformado em equivalente à norma constitucional, ainda não tenha sido ratificado pelo Presidente da República ou ainda não tenha entrado em vigor na ordem internacional.”¹¹⁴.

como uma legislação ordinária, se houver um quórum simples? E se esta resposta fosse negativa, nunca mais poderia ser recepcionado aquele tratado, ou teria outra oportunidade para análise do Congresso Nacional” PALADINO, Carolina de Freitas. *A recepção dos tratados de direitos humanos, uma velha discussão com uma nova roupagem após a reforma do Judiciário advinda com a Emenda Constitucional nº 45, de 2004 - Parte II*. IOB Repertório de Jurisprudência Tributário, Constitucional e Administrativo, v. 1, n. 23, p. 977-972, 1ª quinzena de dez./2008, p. 974; “Antes, porém, convém registrar que não serão poucas as questões a serem enfrentadas em relação ao regime dos tratados que virão após a EC45. A discussão, nesta seara, encontra-se aberta, mormente no que tange a: (i) Se o Congresso poderá optar por qual procedimento irá deliberar a recepção dos tratados de direitos humanos? (ii) Se optar pela deliberação através do procedimento do §3º, do art. 5º, e não atingir o quórum de 3/5, o tratado será considerado rejeitado? (iii) Ou se, deliberado pelo procedimento do §3º, do art. 5º, e não atingir o quórum de 3/5, mas receber adesão da maioria simples, será incorporado com hierarquia infraconstitucional? (iv) Se a deliberação pelo procedimento tradicional, e não por aquele criado no § 3º, sepultará o teor do §2º, do art. 5º, na medida em que, em tese, recepcionado então em âmbito infraconstitucional, os direitos previstos no tratado não se submeterão ao regime especial dos direitos fundamentais? (v) Se, pela proximidade (identidade) procedimental, a deliberação através da forma do §3º estaria sujeita às limitações formais ao poder constituinte derivado? (vi) Se a aprovação pelo procedimento do §3º importaria a promulgação direta pelas Mesas da Câmara e do Senado, assumindo forma de emenda e perdendo a forma de tratado incorporado ou, se após a promulgação, seria ainda exigível a ratificação do tratado-emenda através do seu depósito?” SCHIER, Paulo Ricardo. Hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos e a EC 45: aspectos problemáticos. In: *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 509-510.

¹¹¹ Questão colocada pelo Deputado José Carlos Aleluia. Cf. Ata da 98ª Sessão Extraordinária Noturna da Câmara dos Deputados, em 13 de maio de 2008, sob a Presidência do Dep. Arlindo Chinaglia.

¹¹² Questão formulada pelo Deputado Leonardo Picciani, idem.

¹¹³ Questão também colocada pelo Deputado José Carlos Aleluia. Idem.

¹¹⁴ Dúvidas suscitadas pelo Deputado Gustavo Fruet. Cf. Ata da 115ª Sessão, Extraordinária, Noturna, em 28 de maio de 2008, sob a Presidência do Dep. Arlindo Chinaglia.

Em relação ao mérito da incorporação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, a imensa maioria dos membros da Casa revelava concordar com o relator da Comissão Especial, o Deputado Eduardo Barbosa (PSDB/MG), para quem *“a dedicação conferida aos grupos vulneráveis faz-se necessária para que aqueles direitos universais de natureza individual e social encontrem instrumentos jurídicos hábeis a torná-los eficazes. Logo, cada Convenção Internacional, assim como a presente, implica retomada de todas aquelas liberdades individuais e daqueles direitos sociais, por intermédio de princípios jurídicos especificamente aplicáveis a cada grupo vulnerável. [...] Em vista do exposto nosso voto é pela aprovação do texto”*¹¹⁵.

Mas quanto à consagração de estatura constitucional à Convenção muitas vozes foram contrárias, destacando-se o tom mais alarmista do Deputado João Almeida (PSDB-BA), que apontava o fato de que a *“A Constituição Federal tem menos de 300 artigos, mais de mil dispositivos. [...] Sras. e Srs. Deputados, estamos incluindo na Constituição Federal 200 novos dispositivos. E, pior: que dispositivos são esses? São eles dispositivos claros, de fácil interpretação? Não! Trata-se da anunciação de direitos, de vontades. Só no preâmbulo, 26 dispositivos, e seguem-se 50 artigos e, no apêndice, mais 18 artigos. V.Exas. deveriam ter o cuidado de ler o que aqui está escrito. É um absurdo transformar em matéria constitucional ou dar equivalência constitucional a um tratado, o que já é em si uma coisa vaga, até porque, se não for vaga, não terá, absolutamente, a adesão de todos os países. Sabemos como são cuidados estes tratados. Se aqui aprovamos a matéria, dando a estes dispositivos equivalência constitucional, abriremos um leque*

¹¹⁵ Também guarda relevo o seguinte excerto do relatório: “Pois bem, a presente Convenção contém 32 artigos que contemplam direitos humanos universais, devidamente instrumentalizados para atender a demanda das pessoas com deficiência. Trata-se de assegurar-lhes, assim, direitos humanos básicos, como o de livre expressão, de ir e vir, de acessibilidade, de participação política, de respeito a sua intimidade e dignidade pessoal, bem como aqueles de índole social, como direito à saúde, ao trabalho e ao emprego, à educação, à cultura, ao lazer, aos esportes, à moradia etc. Além do mais, o próprio conceito de pessoa com deficiência incorporado pela Convenção tem forte relevância jurídica, porque incorpora na tipificação das deficiências, além dos aspectos físicos, sensoriais, intelectuais e mentais, a conjuntura social e cultural em que o cidadão está inserido. [...] Deve-se salientar que a mensagem presidencial que encaminhou a Convenção sugere que o ato internacional seja incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro com equivalência à emenda constitucional, em consonância com o disposto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal. Trata-se de excelente sugestão, que conta com o apoio decidido das organizações vinculadas aos direitos das pessoas com deficiência— muitas delas representadas hoje na Câmara dos Deputados; estão acompanhando esse processo de votação.” Parecer do Deputado Eduardo Barbosa, Relator da Comissão Especial da Câmara dos Deputados no Projeto de Decreto Legislativo nº 563/2008.

enorme para interpretações, para possibilidades de demandas judiciais, judicializando ainda mais a vida dos brasileiros.”¹¹⁶.

No que se refere ao procedimento legislativo, grassavam as divergências, figurando como representativa a fala do Deputado José Aníbal (PSDB-SP), que reiterava: *“Mais uma vez, questionamos o procedimento. Foi atabalhado. Basta ver o tempo que levamos aqui para não nos entendermos. Não houve entendimento. Não que isso vá macular o mérito, mas de qualquer maneira poderíamos ter votado no mérito e no procedimento praticamente por aclamação. Vou reconhecer aqueles companheiros da bancada, no mérito todos de acordo, mas que se absterão por uma posição contrária ao procedimento.”*; sendo acompanhado por seu companheiro de bancada, o Deputado José Carlos Aleluia (PSDB/BA), que apontava se tratar de *“uma prática nova. O Presidente definiu um rito novo, que, no meu entendimento, não é o mais adequado.”*¹¹⁷.

De fato as dúvidas eram abundantes, como visto dentre aquelas já arroladas. O próprio significado da equivalência constitucional não restava precisamente claro, a ponto de o Deputado Antonio Carlos Magalhães Neto (DEM/BA) declarar que *“essa equivalência às emendas constitucionais é um termo jurídico inédito que foi escrito na Constituição e cuja consequência nós não temos aqui a segurança de apresentar nem ao Congresso Nacional e nem ao País.”*¹¹⁸.

Chegou-se até o ponto de se questionar a natureza do objeto da votação, como o fez o Deputado Zenaldo Coutinho (PSDB/PA): *“... quero dizer que temos evidente insegurança jurídica no momento desta votação e não podemos escamotear isso. É uma discussão até fascinante, que de repente tomou conta da Casa. Ora, o que vamos votar hoje? Projeto de decreto legislativo, o penúltimo na ordem hierárquica das proposições desta Casa. Contudo, vem o § 3º do art. 5º e diz: “Tratados e convenções de direitos humanos terão equivalência constitucional”. Caberá, aí, entendermos que isso é cláusula pétrea a ser adotada por causa do art. 5º?”*¹¹⁹.

¹¹⁶ Cf. Ata da 98ª Sessão Extraordinária Noturna da Câmara dos Deputados, em 13 de maio de 2008, sob a Presidência do Dep. Arlindo Chinaglia.

¹¹⁷ Idem.

¹¹⁸ Ibidem.

¹¹⁹ Cf. Ata da 98ª Sessão Extraordinária Noturna da Câmara dos Deputados, em 13 de maio de 2008, sob a Presidência do Dep. Arlindo Chinaglia.

Deste modo, a necessidade e a justificativa de prospectivas investigações jurídicas foram solenemente antecipadas desde o Plenário de votação em primeiro turno na Câmara, mais uma vez pela palavra do Deputado João Almeida (PSDB-BA), ao afirmar que esta *“é uma matéria que estamos introduzindo no plenário como uma novidade e sem regulamentação. Estamos decidindo aqui açodadamente sobre a condução da matéria. Haverá outros acordos no futuro, pretendendo a mesma condição de validade de equivalência constitucional. Veja que é uma situação muito complicada.”*¹²⁰.

Mas a bem da verdade, não pode ser relegado que, em meio às discordâncias e aos questionamentos de toda ordem, algumas manifestações veiculavam conclusões seguras, como a do Deputado Flávio Dino: (Bloco/PCdoB-MA), de que *“o procedimento adotado é perfeito, uma vez que não se trata de emenda constitucional, trata-se de um acordo internacional, que submetido é pela via do decreto legislativo. E não pode ser diferente, uma vez que não poderíamos homologar, ratificar um acordo internacional por emenda constitucional. Isso seria inconstitucional. O procedimento da Mesa respeita plenamente. Primeiro, é um acordo internacional; segundo, deve ser ratificado por esta Casa; terceiro, o caminho formal para ratificá-lo é o decreto legislativo; quarto, podemos ou não, ao ratificá-lo, dar estrutura e equivalência de norma constitucional. Basta que tenhamos 308 votos no painel.”*¹²¹.

E igualmente o Deputado Rodrigo Rollemberg (Bloco/PSB-DF), que cumprimentava *“o Deputado José Eduardo Cardozo pelo seu entendimento trazido à Mesa, entendimento esse que, para mim, é cristalino. É claro que a aprovação desse tratado tem equivalência constitucional, mas ele não estará fazendo parte da Constituição, porque é este Plenário que vai ter a oportunidade, por decisão soberana, de dizer se quer dar esse status de uma norma equivalente a uma norma constitucional. E não poderia ser diferente, porque uma proposta de emenda à Constituição pode ser emendada; e um tratado internacional pode ser aprovado ou rejeitado. Não podemos emendar um tratado, que foi aprovado por 190 países, sem consultar os outros 189 países.”*¹²².

¹²⁰ Idem.

¹²¹ Ibidem.

¹²² Cf. Ata da 98ª Sessão Extraordinária Noturna da Câmara dos Deputados, em 13 de maio de 2008, sob a Presidência do Dep. Arlindo Chinaglia.

Concluída a votação em primeiro turno, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo foram aprovados com 418 votos a favor; 11 abstenções; e nenhum voto contra. E em segundo turno, embora com o placar mais apertado de 353 aprovações e 4 abstenções, a aprovação foi confirmada, também com nenhum voto em contrário.

Seguindo ao Senado, onde o projeto de decreto legislativo votado na Câmara passou a tramitar sob o nº 90/2008, ele foi à votação em primeiro turno com o encaminhamento de manifestações à favor, como a da Senadora Ideli Salvatti (Bloco/PT – SC), que afirmou ser *“muito importante o que estamos fazendo neste momento, em que estamos inaugurando essa modalidade de aprovação de algo tão importante em termos de relações internacionais, para parcelas também tão importantes da sociedade brasileira, que são as pessoas portadoras de necessidades especiais.”*¹²³.

O clima no Senado era extremamente favorável à aprovação da Convenção, e assim foi expresso pelo Senador Flávio Arns (Bloco/PT – PR), ao apontar que *“de uma maneira geral, não há um Senador ou Senadora que não sejam solidários com essa área”*¹²⁴; convicção esta partilhada pela fala do Senador José Agripino (DEM – RN): *“eu quero manifestar a minha certeza de que esses 59 votos registrados no painel serão 59 votos a favor, porque a ratificação do acordo da ONU relativo aos deficientes garantirá direitos relativos à educação, à saúde, aos direitos sociais do deficiente físico, o que é um ganho para o deficiente no Brasil inteiro, porque aquilo que se faz por solidariedade, daqui para frente, vai-se fazer por amparo de lei, por garantia assegurada pela Constituição brasileira.”*¹²⁵.

De fato, não fosse por apenas uma abstenção, de um voto a mais não computado pelo Senador Agripino – o placar totalizou 60 votos; destes, 59 foram à favor e houve apenas uma abstenção – seu exercício de prestidigitação teria sido quase perfeito.

Aprovado requerimento para que não houvesse interstício, a votação em segundo turno foi rapidamente ultimada na mesma sessão legislativa do dia 02 de julho de 2008, agora com 56 votos, mas todos unanimemente a favor. Dentre as poucas

¹²³ Sessão de 02 de julho de 2008 do Senado Federal. Brasília: Diário do Senado Federal, p. 24.991.

¹²⁴ Idem, p. 24.992.

¹²⁵ Ibidem, p. 24.993.

manifestações dos Senadores, estas tiveram desfecho com o registro da Senadora Patrícia Saboya (PDT/CE), de que *“hoje, temos uma conquista certamente muito grande, porque somos uma sociedade que ainda enfrenta muitas discriminações, muitos preconceitos em relação aos portadores de deficiência.”*¹²⁶.

A relativa tranquilidade da tramitação durante as discussões e votações do Senado em nada significa que os Senadores não compartilhassem das mesmas dúvidas de seus colegas congressistas da Câmara, tampouco que estas houvessem se esvaído com o ensejo de uma teoria explicativa fulminantemente irrefutável. O que se passou certamente encontra a melhor explicação na praxe vivenciada e descrita pelo Ministro Jobim: *“Explicarei esse mecanismo. Os acordos políticos que os Partidos do Senado e da Câmara dos Deputados fazem é exatamente nesta seguinte situação: se a Câmara aprova o texto e há uma reação no Senado, este só vota o texto substitutivo se obtiver um acordo político, na Câmara, de que esse texto não será rejeitado. Porque, senão, o Senado rejeita, pura e simplesmente o texto e este vai para o arquivo. Então, cria-se um mecanismo político que viabiliza a realização do processo legislativo. Essa é a razão pela qual temos esse mecanismo.”*¹²⁷.

Há de se notar que se tivesse sido objeto do processo legislativo uma simples emenda à Constituição, esgotada a votação pelo quorum de três quintos, em dois turnos, o texto deliberado já estaria apto a ser inserido no ordenamento jurídico em vigor, através da promulgação pelas Mesas da Câmara e do Senado Federal¹²⁸, sem qualquer intervenção do Presidente da República.

Porém, pelo modo em que se seguiu a incorporação da Convenção e de seu Protocolo Facultativo, a aprovação do Congresso Nacional com o mesmo quorum e turnos

¹²⁶ Sessão de 02 de julho de 2008 do Senado Federal. Brasília: Diário do Senado Federal, p. 25.030.

¹²⁷ ADI nº 2.182-6-MC/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento: 31-05-2000, DJ: 19-03-2004, revisão de apartes, aparte do Min. Nelson Jobim, fl. 03.

¹²⁸ Neste sentido o art. 60, §§ 2º e 3º, da CF/88:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

§ 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

de votação das emendas, embora tenha permitido a qualificação de suas normas sobre direitos humanos como equivalentes às normas constitucionais, serviu apenas como referendo para que o próprio Presidente da República os ratificasse perante as Nações Unidas e, posteriormente, perfizesse a sua incorporação ao nosso direito através da expedição do Decreto de sua promulgação.

Todo este *iter* processual legislativo consta expressamente nas considerações prévias veiculadas pelo Decreto Federal nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Após fazer menção à aprovação da Convenção e de seu Protocolo Facultativo pelo Congresso Nacional “conforme o procedimento do § 3º do art. 5º da Constituição”; o Decreto nº 6.949/09 informa que após a expedição do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, “o Governo brasileiro depositou o instrumento de ratificação dos referidos atos junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas em 1º de agosto de 2008;”; e que, quanto à vigência internacional¹²⁹: “os atos internacionais em apreço entraram em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, em 31 de agosto de 2008;”.

Em seguida a estas três considerações iniciais, decretou-se no Art. 1º que “A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, apensos por cópia ao presente Decreto, serão executados e cumpridos tão inteiramente como neles se contém.”.

De modo que à luz do procedimento legislativo adotado, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, apesar de aprovados pelo rito qualificado do art. 5º, §3º, da CF/88, em 9 de julho de 2008, através do Decreto Legislativo nº 186, apenas entraram em vigor no nosso ordenamento jurídico

¹²⁹ Embora não expressamente justificado pela consideração prévia do Decreto Federal nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, a data de vigência internacional para o Brasil decorre da norma do Artigo 45, 2, da Convenção:

Artigo 45

Entrada em vigor

1.A presente Convenção entrará em vigor no trigésimo dia após o depósito do vigésimo instrumento de ratificação ou adesão.

2.Para cada Estado ou organização de integração regional que ratificar ou formalmente confirmar a presente Convenção ou a ela aderir após o depósito do referido vigésimo instrumento, a Convenção entrará em vigor no trigésimo dia a partir da data em que esse Estado ou organização tenha depositado seu instrumento de ratificação, confirmação formal ou adesão.

interno (ou seja, apenas houve a sua definitiva incorporação) em 26 de agosto de 2009, por força do art. 3º do Decreto Federal nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, ao estabelecer que: “*Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.*” – embora já vinculasse externamente o país desde 31 de agosto de 2008.

Toda a problemática envolvendo o *iter procedimental* e as indagações aventadas no curso do processo legislativo encontram-se intrinsecamente relacionados com a teoria subjacente ao exercício do Poder Constituinte, mais proximamente com a questão da reforma da Constituição e o processo legislativo das emendas, de modo que esta consistirá a senda metodológica inevitavelmente a ser trilhada.

PARTE I – O PODER CONSTITUINTE DERIVADO DE EQUIVALÊNCIA ÀS EMENDAS CONSTITUCIONAIS:

1. A EC nº 45/04 E A DISTINÇÃO DA NOVA CATEGORIA DAS NORMAS “EQUIVALENTES ÀS EMENDAS CONSTITUCIONAIS”:

Se o texto normativo do art. 5º, §3º, da CF/88 estabelece 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*”, da sua interpretação emerge uma conclusão segura e, concomitantemente, uma questão inquietante.

Não obstante os eflúvios de flexibilidade que emergem de correntes contemporâneas de pensamento, à exemplo da *neoconstitucionalista*¹³⁰, o princípio de congruência hermenêutica¹³¹, matriz da segurança jurídica, impede o desprezo e o absoluto desprendimento da literalidade dos textos normativos.

Neste sentido, *ab initio* é evidente o corte material veiculado pela norma, sendo seguro afirmar que os tratados e convenções internacionais que versem sobre

¹³⁰ Para Barroso e Barcelos: “Portanto, ao se falar em nova interpretação constitucional, normatividade dos princípios, ponderação de valores, teoria da argumentação, não se está renegando o conhecimento convencional, a importância das regras ou a valia das soluções subsuntivas. [...] A nova interpretação constitucional é fruto de evolução seletiva, que conserva muitos dos conceitos tradicionais, aos quais, todavia, agrega idéias que anunciam novos tempos e acodem a novas demandas.” BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. *O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*. Interesse Público, Porto Alegre, ano 5, n. 19, p. 51-80, mai/jun. 2003, p. 54. Tal perspectiva não escapou da crítica ácida de Ávila: “O ‘neoconstitucionalismo’, baseado nas mudanças antes mencionadas, aplicado no Brasil, está mais para o que se poderia denominar, provocativamente, de uma espécie enrustida ‘não-constitucionalismo’; um movimento ou uma ideologia que barulhentemente proclama a supervalorização da Constituição enquanto silenciosamente promove a sua desvalorização”. ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p. 10-30, out/dez. 2008, p. 30.

¹³¹ Representado pelo atávico, mas ainda valioso brocardo: “*a Lei não possui palavras inúteis*”.

direitos humanos¹³² são os únicos que poderão ser admitidos pelo ordenamento jurídico com o status de equivalência às emendas constitucionais.

Além da matéria especial, não seria demasiado reforçar que a nova categoria normativa somente pode ser integrada por diplomas normativos de natureza internacional, o que repele quaisquer outros compêndios normativos de origem interna, como leis complementares, convênios interestaduais, Constituições ou Declarações de Direitos dos Estados, etc. ...

Igualmente, é certo que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados nos termos do novo procedimento do §3º não consistem nas próprias Emendas Constitucionais. Isto porque, se os tratados e convenções internacionais aprovados pelo rito do art. 5º, §3º, da CF/88 fossem efetivamente emendas à Constituição, por qual razão a norma inserida pela EC 45/04 teria se valido da expressão “*serão equivalentes às emendas constitucionais*”?

Logo, se de fato o art. 5º, §3º, da CF/88 considerasse os tratados e convenções incorporados através de seu rito como efetivas emendas à Constituição, o seu texto não poderia conter a expressão “*equivalentes às*”, de modo que, a partir de sua supressão e, somente nesta hipótese, a conclusão seria efetivamente a contrária, diretamente dedutível do texto assim alterado: “*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 emendas constitucionais*”.

¹³² Uma delimitação mais precisa deste recorte material é oferecida por Cançado Trindade, ao descrever as searas de proteção da pessoa humana no âmbito internacional: “Uma revisão crítica da doutrina clássica revela que esta padeceu de uma visão compartimentalizada das três grandes vertentes da proteção internacional da pessoa humana – direitos humanos, direito humanitário, direito dos refugiados, – em grande parte devido a uma ênfase exagerada nas origens históricas distintas dos três ramos (no caso do direito internacional humanitário, para proteger as vítimas dos conflitos armados, e no caso do direito internacional dos refugiados, para restabelecer os direitos humanos mínimos dos indivíduos ao sair de seus países de origem). As convergências dessas três vertentes que hoje se manifestam, a nosso modo de ver, de forma inequívoca, certamente não equivalem a uma uniformidade total nos planos tanto substantivo como processual; de outro modo, já não caberia falar de vertentes ou ramos da proteção internacional da pessoa humana.” CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; PEYTRIGNET, Gérard; RUIZ DE SANTIAGO, Jaime. *As Três Vertentes da Proteção Internacional dos Direitos da Pessoa Humana: Direitos Humanos, Direito Humanitário, Direito dos Refugiados*. San José, Costa Rica/Brasília: IIDH, 1996, p. 29-30.

Como para a hermenêutica jurídica a expressão “*equivalentes às*” não pode ser desprezível, por esta razão os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos não adquirem a natureza jurídica de emendas à Constituição.

Deste modo, não se enquadram na categoria normativa do art. 59, I, da CF/88, que previu as emendas constitucionais dentre o rol dos atos normativos passíveis de elaboração através do processo legislativo. Mas também não se enquadram em qualquer outra, tratando-se de uma categoria normativa absolutamente nova, inserida no sistema jurídico pela EC nº 45/04¹³³.

Portanto, a segurança desta distinção provoca um estado efêmero de certeza porque projeta imediatamente a questão relativa à definição da natureza jurídica de “*equivalência à emenda constitucional*”. Se não são a mesma coisa que emendas à Constituição, no que consistem as normas equivalentes às emendas?

Convindo a aplicação da metodologia cartesiana¹³⁴, esta determina a separação da questão em duas partes. Logo, o referente “*equivalência*” pressupõe como antecedente lógico necessário a definição do referido “*emenda constitucional*”.

Em que pesem certas oscilações terminológicas, o conceito de emenda constitucional encontra-se aclarado com certa nitidez e consenso doutrinário, em decorrência da tradição histórica e da evolução da doutrina constitucionalista¹³⁵.

¹³³ Apontando, por exclusão, para um novo gênero normativo, entretanto sem defini-lo, é a observação de Meyer-Pflug: “Note-se que o Texto Constitucional menciona que esses tratados serão equiparados à emenda constitucional o que significa dizer que serão um gênero diferenciado de norma, pois não serão uma norma constitucional. Será conferido, portanto, um status constitucional a esses tratados.” MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *A internacionalização do Direito Constitucional*. In: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; PETERSEN, Zilah Maria Callado Fadul (Coord.). *Coletânea de estudos jurídicos*. Brasília: TSM, 2008, p. 441.

¹³⁴ Trata-se da segunda das quatro regras do método de Descartes: “O primeiro consistiria em nunca aceitar como verdadeira alguma coisa sem a conhecer evidentemente como tal: isto é, evitar cuidadosamente a precipitação e a prevenção, em não incluir nos nossos juízos senão o que se apresentasse tão clara e tão distintamente ao meu espírito que não tivesse nenhuma ocasião para o pôr em dúvida. *O segundo era dividir cada uma das dificuldades que eu havia de examinar em tantas parcelas quantas fosse possível e necessário para as resolver*. O terceiro, conduzir por ordem os meus pensamentos, começando pelos objectos mais simples e mais fáceis de conhecer, para subir pouco a pouco, gradualmente, até ao conhecimento dos demais compostos; e supondo mesmo certa ordem entre os que não se precedem naturalmente uns aos outros. E o último, fazer sempre enumerações tão íntegras, e revisões tão gerais que tivesse a certeza de nada omitir.” (nosso destaque) DESCARTES, René. *Discurso do Método*. Lisboa: Edições 70, 1993, p. 56-58.

¹³⁵ “A doutrina brasileira ainda vacila no emprego dos termos ‘reforma’, ‘emenda’, e revisão constitucional. Ainda que haja alguma tendência em considerar o termo ‘reforma’ como gênero, para englobar todos os

As emendas constitucionais consistem em alterações do próprio texto da Constituição, inserindo, alterando ou suprimindo as disposições pregressas, obedecidos os limites previstos pelo Poder Constituinte Originário. Dentro do contexto aqui abordado, releva destacar a ênfase no aspecto formal: as emendas implicam impreterivelmente em modificação do texto constitucional – entendido como a unidade de um diploma ou compêndio, sendo elementar à sua caracterização este vínculo ontologicamente transformador.¹³⁶

Definido o conceito de emenda, parte-se para o mesmo em relação ao termo ‘*equivalência*’. O *Dicionário Houaiss* indica que se trata da qualidade de ‘*equivalente*’, remetendo então indiretamente ao significado deste adjetivo que, por sua vez, traz como principal acepção o “*que tem igual valor, força, peso etc*”.¹³⁷

Assim convém seja contemplado o significado ordinário e comum do termo ‘*equivalência*’, conforme já recomendava Kelsen, ao observar que “*um conceito de Direito cujo alcance coincida, grosso modo, com o uso comum deve, obviamente – no mais não havendo diferença –, ser preferível a um conceito aplicável a uma classe muito mais restrita de fenômenos.*”¹³⁸.

métodos de mudança formal das Constituições, que se revelam especialmente mediante o procedimento de emenda e o procedimento de revisão, a maioria dos autores, contudo, em face de Constituições anteriores, emprega indiferentemente os três termos. Como Pinto Ferreira e Meirelles Teixeira, entendemos que a expressão ‘*reforma*’, genérica, abrange a emenda e a revisão, com significações distintas. ‘A reforma é qualquer alteração do texto constitucional, é o caso genérico, de que são subtipos a emenda e a revisão. A emenda é a modificação de certos pontos, cuja estabilidade o legislador constituinte não considerou tão grande como outros mais valiosos, se bem que submetidas a obstáculos e formalidades mais difíceis que os exigidos para a alteração das leis ordinárias. Já a revisão seria uma alteração anexável, exigindo formalidades e processos mais lentos e dificultados que a emenda, a fim de garantir uma suprema estabilidade do texto constitucional.’”. SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 439.

¹³⁶ Andreola vê esta distinção como a única diferença que separa as emendas constitucionais de suas equivalentes “A expressão ‘*equivalentes*’, trazida na EC 45/04, afirma que esses tratados terão todas as características de uma emenda. O *quorum* de aprovação trazido pelo §3.º do art. 5.º da CF/1988 é exatamente o previsto para a aprovação de emenda constitucional, previsto no art. 60. §2.º, da CF/1988. A única diferença que se pode apontar entre estes dispositivos, é que as emendas constitucionais aprovadas conforme este procedimento integrarão o corpo da Constituição e os tratados, integrados conforme o referido §3.º, por serem ‘*equivalentes*’ às emendas constitucionais, não integrarão o corpo do texto constitucional ...” ANDREOLA, Susana Cordenonsi. *Tratados Internacionais no Direito brasileiro e argentino*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 17, n. 67, p. 279-318, abr./ jun. 2009, p. 314.

¹³⁷ Houaiss, Dicionário da Língua Portuguesa. Disponível: <<http://houaiss.uol.com.br/busca?palavra=equival%25C3%25Ancia>>, em 14/01/2014.

¹³⁸ Kelsen, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 7.

Fixadas as premissas conceituais, há de se concluir que, se o tratado sobre direitos humanos incorporado através do procedimento do art. 5º, §3º, da CF/88 não é emenda à Constituição, porque não se enquadra tecnicamente em seu conceito, tampouco sendo assim classificado pela própria Constituição (que do contrário não precisaria se valer da denominação de “*equivalente à emenda*”), não obstante, os direitos humanos nele previstos passam a ter o mesmo valor hierárquico; a mesma força normativa; e o mesmo peso axiológico dos direitos fundamentais inseridos na própria Constituição¹³⁹.

Disto decorre que os direitos humanos previstos nos tratados incorporados como equivalentes às emendas constitucionais passam a integrar o ordenamento jurídico interno com o mesmo status normativo-hierárquico dos demais direitos fundamentais expressos no texto da Constituição.

Entretanto, as conclusões até aqui obtidas seriam insuficientes para dar conta de uma definição global do fenômeno jurídico das novas normas “*equivalentes às emendas constitucionais*”. Ainda que dotadas da mesma função hierárquica e dos mesmos efeitos das normas sobre direitos fundamentais incluídas na Constituição, mas com elas não se confundindo, tampouco com qualquer outra espécie normativa do sistema jurídico, a completa categorização de sua natureza jurídica depende essencialmente do aspecto relativo à fonte de origem.

Por partilharem a mesma fonte, convém observar o que ocorre normalmente com as normas dos demais tratados e convenções internacionais incorporados pelo ordenamento jurídico. Tornando-se cogentes ao produzir efeitos no Brasil, toma relevo verificar se tais normas transmudariam também a sua natureza internacional, transformando-se em normas internas.

¹³⁹ Limitada ao aspecto formal quanto à efetiva emenda do texto da Constituição, mas sem no entanto definir materialmente a “equivalência”, é a conclusão de Andreola: “A expressão ‘equivalentes’, trazida na EC 45/2004, afirma que esses tratados terão todas as características de uma emenda. O quorum de aprovação trazido pelo §3º, do art. 5º, da CF/1988 é exatamente o mesmo previsto para a aprovação de emenda constitucional, previsto no art. 60, §2º, da CF/1988. A única diferença que se pode apontar entre estes dispositivos, é que as emendas constitucionais aprovadas conforme este procedimento integrarão o corpo da Constituição e os tratados, integrados conforme o referido §3º, por serem ‘equivalentes’ às emendas constitucionais, não integrarão o corpo do texto constitucional, ...” ANDREOLA, Susana Cordenonsi. *Tratados Internacionais no Direito brasileiro e argentino*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 17, n. 67, p. 279-318, abr./ jun. 2009, p. 314.

A partir do momento em que o Presidente da República, após a obtenção da autorização do Congresso Nacional, ratifica o tratado no âmbito internacional e expede o Decreto que publica o respectivo texto no Brasil, suas normas passam a vigor no âmbito interno com força de lei.

Portanto, o exame do procedimento legislativo internacional converge à observância de que a incorporação das fontes internacionais desloca-se da natureza ontológica para o âmbito da eficácia normativa. As normas internacionais tornam-se cogentes internamente, são reconhecidas por nosso ordenamento jurídico não através de sua inserção por cópia e nacionalização, mas sim porque ao serem validamente incorporadas seguindo-se o procedimento constitucional, passam a ser credenciadas a vigorar no Brasil com força normativa cogente em âmbito interno.

Neste sentido, a equivalência constitucional é uma aptidão para a produção de efeitos normativos com a máxima hierarquia dentro do ordenamento jurídico nacional; uma autorização para que normas internacionais sobre direitos humanos venham a vigorar internamente no mesmo nível hierárquico da Constituição, com efeitos equivalentes aos das normas inseridas pelas Emendas Constitucionais.

A metamorfose normativa jamais obteve respaldo na mais balizada doutrina nacional, de modo que as normas dos demais tratados e convenções internacionais já incorporados sempre mantiveram sua natureza internacional, continuando a integrar os tratados internacionais. Não são normas legais, como visto, apenas equivalem, têm a mesma eficácia destas, ou seja, passam a vigor com força de lei¹⁴⁰.

E não seria por outra razão, passível de imediata constatação empírico-dedutiva, que com o escopo de se obstar a prisão do depositário infiel é evocado o art. 7º, inciso 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos, mais conhecida no Brasil como Pacto de San José da Costa Rica, e não propriamente o art. 7º, inciso 7, do Anexo ao

¹⁴⁰ “Um tratado devidamente promulgado e publicado continua sendo norma de direito internacional. É dizer, as normas contidas no tratado promulgado continuam sendo normas de *direito das gentes* e não de direito interno, sendo desnecessária uma segunda intermediação legislativa dispondo, numa outra norma, sobre a matéria constante do tratado. Os tratados – explica Rezek – ‘vigem internamente com sua roupagem original de tratados, e nessa qualidade, e sob esse exato título, revogam direito anterior de produção interna, tal como faria uma lei ordinária superveniente’.” MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Poder Legislativo e os Tratados Internacionais: O Treaty-Making Power na Constituição de 1988*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 38, p. 9 e ss., jan/2002, p. 16 (numeração RT online).

Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992 – decreto este que publicou o texto do diploma normativo internacional, dando-lhe eficácia no território nacional.

Portanto, no que concerne à fonte de origem não há diferença com as normas dos demais tratados admitidos pelo processo de incorporação ordinário, sejam estes também de direitos humanos, ou relativos a quaisquer outras matérias. Entretanto, materialmente, por força do disposto no novo §3º do art. 5º, as normas equivalentes às emendas constitucionais devem obrigatoriamente estar contidas em tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos.

Se de direitos humanos, também não haverá alteração ontológica intrínseca. A única diferença é a de que, quando os diplomas internacionais forem aprovados pelo rito qualificado do §3º, eles passarão a ter eficácia de emenda constitucional, enquanto que aqueles que não passarem ou não tenham sido admitidos pelo rito de aprovação semelhante ao das emendas continuarão produzindo efeitos infraconstitucionais.

Igualmente aos demais tratados, que embora dotados de força de lei, com esta não se confundem, as normas dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados nos termos do §3º como equivalentes às emendas constitucionais também não se confundem com estas últimas. Mesmo que venham a ser dotadas de eficácia constitucional, à semelhança do que se passa com os tratados incorporados pelo processo ordinário, elas também não se transmudam em emendas constitucionais porque continuam integrando os tratados e convenções internacionais nas quais estão contidas, o que significa que preservam sua natureza de normas jurídicas internacionais.

Esta é uma consequência incontornável da norma do §3º que, ao inserir no sistema jurídico a nova categoria das normas equivalentes às emendas constitucionais, condicionou-a de modo inexorável à fonte normativa oriunda do direito internacional, constituída pelos tratados e convenções internacionais de direitos humanos.

A concepção dos exatos contornos da nova categoria instituída pelo §3º consiste em uma das premissas teórico-normativas imprescindíveis para o enfrentamento das questões especulativas decorrentes das vicissitudes às quais estão propensos estes diplomas normativos, quando dotados de hierarquia constitucional nos termos da EC nº 45/04.

Com isso em vista, as sondagens e balizas epistemológicas até aqui traçadas permitiram a obtenção do conceito de normas *equivalentes às emendas constitucionais* como normas de direito internacional, inseridas em tratados e convenções internacionais de direitos humanos que tenham sido aprovados pelo Congresso Nacional através do rito qualificado de aprovação previsto pelo §3º do art. 5º da CF/88, com quorum e turnos de aprovação idênticos ao das emendas constitucionais, e que passam a produzir efeitos internamente com a mesma hierarquia normativa das emendas constitucionais.¹⁴¹

2. A IDEIA DE PODER CONSTITUINTE E DE LIMITES PARA A INOVAÇÃO JURÍDICA EM NÍVEL CONSTITUCIONAL:

Dentre os conceitos mais primários da disciplina do direito constitucional, tem-se que a Constituição ocupa o ápice do ordenamento jurídico e sua fonte advém da manifestação de um Poder Constituinte Originário, que ao romper com a anterior, toma a decisão política fundamental¹⁴² de inaugurar uma nova ordem jurídica.¹⁴³

¹⁴¹ Ainda fundado na concepção normativa materialmente constitucional, Mazzuoli conclui de modo diferente: “Falar que um tratado tem ‘status de norma constitucional’ é o mesmo que dizer que ele integra o bloco de constitucionalidade material (e não formal) da nossa Carta Magna, o que é menos amplo que dizer ele é ‘equivalente a uma emenda constitucional’, o que significa que esse mesmo tratado já integra formalmente (além de materialmente) o texto constitucional. [...] Mas, quais são esses efeitos *mais amplos* em se atribuir a esses tratados equivalência de emenda para além do seu status de norma constitucional? São dois os efeitos: 1) eles passarão a *reformular* a constituição, o que não é possível tendo apenas o status de norma constitucional; 2) eles não poderão ser *denunciados*, nem mesmo com Projeto de Denúncia elaborado pelo Congresso Nacional, podendo ser o Presidente da República responsabilizado em caso de descumprimento dessa regra (o que não é possível fazer tendo os tratados apenas *status* de norma constitucional).” MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O novo §3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. Revista de Informação Legislativa: Brasília, a. 42, n. 167, p. 93-114, jul./set. 2005, p. 106;

¹⁴² Para Carl Schmitt esta decisão política fundamental, tomada pelo Poder Constituinte Originário, sobre os elementos mais cruciais que dão identidade à nova organização política, é no que consiste a própria Constituição; já as demais disposições alçadas ao ápice do ordenamento representariam meras “leis constitucionais”, que a ela devem respeito: “Potere costituente è una volontà politica. Il cui potere o autorità è in grado di prendere la decisione concreta fondamentale sulla specie e la forma della propria esistenza politica, ossia di stabilire complessivamente l’esistenza dell’unità politica. Dalle decisione di questa volontà si fa discendere la validità di ogni ulteriore disciplina legislativa costituzionale. Le decisioni in quanto tali sono qualitativamente diverse dalle normative legislative costituzionali regolate sul loro presupposto. (...) Una legge costituzionale è nel suo contenuto la normazione esecutiva della volontà costituente. Essa si trova interamente sotto il presupposto e il fondamento della decisione politica fondamentale contenuta in questa volontà. Se si aggiungono altre norme nella ‘costituzione’, cio há

Chega a ser uníssona na doutrina a caracterização do Poder Constituinte Originário como inicial (inaugura uma nova ordem jurídica); ilimitado (não obedece a limites pré-definidos); e incondicionado (a forma de sua expressão não obedece a condições prévias e exteriores); bem como a sua permanente latência (sendo indelével, ele não se exaure em sua obra, que é a nova Constituição vigente).¹⁴⁴

Sendo inerente ao Poder Constituinte Originário o intento de fazer a Constituição perdurar no tempo, conferindo estabilidade e segurança às relações jurídicas dela decorrentes, também o é o fato dele se expressar em um momento histórico determinado, envolto por um dado contexto sociopolítico.

Deste modo, tão inócuo quanto indesejável seria dotar a Constituição de imutabilidade absoluta, já que isto significaria a pretensão de congelar a realidade e estacionar o curso do tempo histórico, fulminando-se assim o escopo de permanência frente à inviabilidade evidente desta intenção.¹⁴⁵

soltanto un significato técnico-giuridico: difesa dalla modifica per mezzo di una modificabilità aggravata.”SCHMITT, Carl. *Dottrina della costituzione*. Milano: Giuffrè Editore, 1984, p. 109-111.

¹⁴³ “Constituição nova, vigente, implica, por certo, total desvinculação jurídico-formal de eventual Constituição preexistente; pressupõe mais, pois pressupõe ruptura necessária com a ordem jurídica anterior. Sem este rompimento não é possível conceber nova Constituição, nova Lei Maior, novo fundamento de validade para o ordenamento jurídico-político do país. Este, portanto, o primeiro ponto a ser fixado: uma Constituição não guarda vínculos jurídicos (ou mesmo políticos) de subordinação com a ordem jurídico-constitucional existente anteriormente.” FERRAZ, Anda Cândida da Cunha. *Mutação, Reforma e Revisão das Normas Constitucionais*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 5, p. 5 e ss., out/1993, p. 1 (numeração RT online).

¹⁴⁴ “Já Genaro Carrió vai alinhar uma série de expressões ou feições em geral dirigidas ao poder constituinte por quem o descreve. Passamos a reproduzir tal panorama jurídico esboçado por Carrió: 1) é inicial, autônomo e incondicionado; 2) é por natureza insubordinado (Burdeau); 3) é unitário, indivisível e absolutamente livre (Schmitt); 4) é aquele que, sendo de forma vaga e imprecisa, forma todas as formas (Schmitt); 5) é a autoridade suprema, livre de toda formalidade, que se funda sobre si mesmo e em sim mesmo (Xifras Heras); 6) é permanente e inalienável (Xifras Heras); 7) sua força vital e sua energia são inesgotáveis (Schmitt); 8) é uma faculdade ilimitada e incontável (Imaz).” TAVARES, André Ramos. *Reflexões sobre a Legitimidade e as Limitações do Poder Constituinte, Da Assembleia Constituinte e da Competência Constitucional Reformadora*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 21, p. 221 e ss., out/1997, p. 4 (numeração RT online).

¹⁴⁵ “Não há Constituição imodificável, nem há texto legal que seja perpétuo, como as próprias nações não são perpétuas, nem os povos, nem as raças. [...] O certo é que, sendo a Constituição a principal das leis, a primeira delas – a norma fundamental para mim não passa de *uma intentio majoris legislatoris* –, o frágil homem que a elabora, como legítimo representante do povo ou como usurpador do poder, pretende, em alguns pontos, dar toques de definitividade à sua obra, que considera superior, embora sirva, no máximo, para o período em que viva, à luz daquela conjuntura. [...] Ao assim agirem, todavia, esquecem que a história da raça humana muda em velocidade crescente e as conjunturas tendem a se modificar com celeridade cada vez maior, exigindo novos refreamentos, impondo novos desafios que não podem ficar amarrados por legisladores sem visão antecipatória.” MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Espectro e Limitações*

Admitindo a necessidade de mudança, mas, por outro lado, sem abrir mão de controlá-la¹⁴⁶, é por esta razão que o Poder Constituinte Originário inclui na própria Constituição a previsão do procedimento de alteração de seu texto para a supressão, modificação ou inclusão de novas normas¹⁴⁷.

A reforma constitucional não deixa de ser expressão também do Poder Constituinte porque é fonte de normas constitucionais, mas, por ter sido uma criação expressa do primeiro, submetendo-se estritamente aos limites das normas originais que o conceberam, recebeu a denominação de Poder Constituinte Derivado¹⁴⁸.

Tendo sido instituído pelo Poder Constituinte Originário, a doutrina aponta a derivação como o primeiro elemento distintivo do Poder Constituinte de Reforma da Constituição, que não tem o seu fundamento em si próprio, à diferença daquele que lhe deu origem. Seu segundo traço essencial consiste na subordinação ao Poder Constituinte

das Normas Inalteráveis da Constituição. In: Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, São Paulo, v. 1, p. 925 e ss., maio/2011, p. 2-3 (numeração RT online).

¹⁴⁶ “Ainda assim, ou seja, apesar da amplitude da Constituição, não há que sonhar com a inalterabilidade das instituições criadas. Cumpre admitir, mesmo, que organismos vigorosos concorrem para sua própria transformação. É o que revela a Constituição dos EUA, a caminho de dois séculos, mudando de alcance por interpretação, e não mediante reforma substancial de seu texto. Tal não seria possível se suas traves fossem desalinhadas e inseguras. Sem dúvida, - já observamos noutro ensaio e agora repetimos - sem dúvida, nenhuma Constituição, por mais sábia e flexível, preservará sua autoridade perpetuamente. Haverá um momento em que a diferenciação dos fatos, em contraste denso com o texto judicioso porém superado, acarreta a renovação total do instrumento basilar. Nesse instante, a resistência à substituição é inútil, pois os princípios já não bastam para estancar o fluir de relações inconciliáveis com o quadro ultrapassado. No preparo da Constituição, entretanto, é dever do legislador inovar para o presente e prever alterações sociais futuras, o que exige conferir às normas elasticidade e visão da vida em contínuo mudar. Nesse ato de previsão se insere, também, o papel transformador da Constituição, porque reprime o espírito conservador construído, em suas demasias, e abre perspectivas de recepção dos fatos novos, inerentes à sociedade humana.” MARINHO, Josaphat. *Constituição e Poder Constituinte*. In: Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, São Paulo, v. 1, p. 481 e ss., maio/2011, p. 3 (numeração RT online).

¹⁴⁷ “Por isso é que o emérito Pontes de Miranda afirma peremptoriamente: ‘A experiência histórica mostra-nos que as Constituições valem bem pouco. Quem quer que lhes siga a vida tem a impressão de que elas começam a morrer no dia em que se fazem. Votadas a longa duração, duram menos que certas leis facilmente revogáveis. Pense-se no estranho destino das Ordenações Filipinas, que viram os reis passarem, que foram revogadas em Portugal e continuavam vigentes no Brasil, durante os tempos pré-imperiais e imperiais, e na República, mais de um quartel de século. No entanto, as Constituições, a despeito de sua ênfase, passavam. O Código Civil viu passarem quatro’. E mais adiante conclui o eminente mestre: ‘Emendar-se, permitir alterar-se, nos indivíduos e nos grupos sociais, é sinal de sabedoria.’” INACARATO, Márcio A.. *Limitações ao Poder Constituinte de Revisão – Princípios Doutrinários*. In: Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, São Paulo, v.1, p. 1013 e ss., maio/2011, p. 2 (numeração RT online).

¹⁴⁸ Neste sentido, Ferreira Filho fala em condição de constitucionalidade: “Do exposto resulta que o Poder Constituído instituído somente pode atuar estritamente de acordo com a Constituição que o estabelece. Sua obra, portanto, está sujeita, para ser válida, à condição de constitucionalidade.”¹⁴⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 113.

Originário, que o configura através da imposição de limites materiais por ele não experimentados, mas aos quais o Poder então instituído deverá obedecer indefectivelmente. E o terceiro elemento essencial que completa a concepção do Poder Constituinte Derivado reside no seu condicionamento às regras formais pré-fixadas para a sua expressão.¹⁴⁹

Da ideia de supremacia da Constituição, como conjunto normativo estável e seguro, dotado dos elementos e valores essenciais da ordem jurídica a ser instituída por ela, decorre logicamente a fixação de limites para a sua alteração pelo Poder Constituinte de Reforma, já que do contrário a Constituição poderia ser facilmente suprimida e a manifestação posterior do Poder Constituinte Derivado se transmudaria em Originária¹⁵⁰.

Neste arcabouço teórico é intrínseca a dotação de rigidez¹⁵¹ à Constituição, que se configura com a imposição de um limite formal para a sua alteração, pela previsão de um procedimento legislativo mais rígido¹⁵²; a imunização de certas matérias, cuja

¹⁴⁹ “Prevê, assim, a Constituição, porque assim o estabelece o Constituinte Originário, a possibilidade de modificações das normas constitucionais. Tais alterações, todavia, pela lógica e natureza das coisas pressupõem: a) a permanência do titular do Poder Constituinte Originário que elaborou aquela Constituição; b) a permanência da ideia de direito que informa a Constituição; e c) a permanência dos valores fundamentais que inspiraram a Constituição a ser alterada. [...] O poder que atua tais modificações é o chamado Poder de Reforma Constitucional, que aparece no direito comparado sob roupagem variada. [...] Uma conclusão, todavia, decorrência também lógica das constatações retromencionadas se impõe: esse ‘poder’, qualquer que seja o rótulo que se lhe dê, por ser um ‘poder’ derivado, constituído pela própria Constituição há de observar: a) o processo de modificação previsto na Constituição; b) os limites eventualmente fixados pelo Poder Constituinte Originário. [...]; c) no tocante a prazos, certas constituições proibem a atuação do Poder de Reforma durante certo período, ou, ao inverso, exigem modificações dentro de determinado prazo ... FERRAZ, Anda Cândida da Cunha. *Mutação, Reforma e Revisão das Normas Constitucionais*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 5, p. 5 e ss., out/1993, p. 2-3 (numeração RT online).

¹⁵⁰ “Inegavelmente, a imposição de limites à reforma constitucional constitui precioso reforço ao conceito de segurança jurídica. Inexiste segurança jurídica, certeza no direito e, por conseguinte, Estado de Direito onde não estiverem configurados limites à revisão constitucional. Prestigiar os interesses permanentes, constantes, em detrimento dos episódicos, momentâneos, é dever de toda e qualquer sociedade que se pretenda moderna, democrática, compromissada com o seu futuro. Como bem registram Canotilho e Vital Moreira: ‘A rigidez constitucional acresce à supremacia da Constituição sobre as demais normas jurídicas. A Constituição não só não pode ser infringida por qualquer outra norma, como também não pode ser livremente alterada. Por isso, além de se acrescentar ao princípio da primazia, a rigidez constitucional reforça-o, pois o poder legislativo não só tem de respeitar a Constituição, como também não pode alterá-la, livremente em qualquer momento.’ BARRETO, Paulo Ayres. *Emenda Constitucional*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 21, p. 160 e ss., out/1997, p. 2-3 (numeração RT online).

¹⁵¹ De acordo com José Afonso da Silva: “A rigidez e, portanto, a supremacia da Constituição repousam na técnica de sua reforma (ou emenda), que importa estruturar um procedimento mais dificultoso para modificá-la.” SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 439.

¹⁵² Segundo Gicquel e Hauriou, “Une constitution est dite rigide, lorsque sa révision s’opère selon une procédure supérieure à celle utilisée pour la loi”. GICQUEL, Jean; HAURIOU, Andre. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 10ª ed. Paris: Montchrestien, 1989, p. 201.

supressão é retirada de seu alcance; e a proibição de que a reforma venha a ser operada sob certas circunstâncias.

Assim, para que a Constituição de 1988 seja validamente¹⁵³ emendada, foi exigido o procedimento legislativo mais dificultoso entre todos os previstos¹⁵⁴: a Constituição somente poderá ser reformada mediante proposta de iniciativa de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; do Presidente da República; e de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros – sendo considerada aprovada aquela que, discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros, seguindo para a promulgação pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não poderá ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

A maior rigidez do procedimento legislativo de reforma constitucional é para Carl Schmitt a marca propriamente distintiva da Constituição, visto que: *“La caratteristica formale della costituzione e (indistintamente) della legge costituzionale è trovata nel fatto che le modificazioni della costituzione sono sottoposte ad uno speciale procedimento con condizioni aggravate. Con le condizioni aggravate della modificazione*

¹⁵³ “A questão sobre os limites da revisão constitucional somente assume dignidade política e jurídica nos modelos constitucionais dotados de um sistema de controle de constitucionalidade. É de Kelsen a assertiva, ainda hoje repetida, de que uma Constituição que não dispões de uma garantia de anulação dos atos com ela incompatíveis não é, em sentido técnico, completamente obrigatória. Em verdade, de uma perspectiva técnico-jurídica, tais Constituições não passariam de um desejo sem qualquer caráter obrigatório ou vinculante.” MENDES, Gilmar Ferreira. *Os Limites da Revisão Constitucional*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 21, p. 69 e ss., out/1997, p. 1 (numeração RT online).

¹⁵⁴ Tratam-se das denominadas *cláusulas de revisão*, conforme apontado por Inocêncio M. Coelho: “Embora a história constitucional registre a existência de algumas Cartas Políticas que silenciam sobre a sua revisão – como foi o caso, na França, das Constituições do Primeiro e Segundo Impérios e das Cartas da Restauração – regra geral as Constituições preveem a alteração de seu texto, nas chamadas cláusulas de revisão. Por isso, sob esse aspecto, os doutrinadores costumam classificá-las em dois grupos, as utópicas, que se pretendem eternas e por isso não contemplam hipóteses de eventuais alterações, e as realistas, que, sem abdicarem da pretensão de permanência e durabilidade, contêm normas e procedimentos a serem observados se e quando o povo, soberanamente, por manifestação direta ou através de seus representantes, entenda que é chegada a hora de rever os termos do seu pacto constitucional, para ajustá-lo às necessidades da vida social, segundo novas pautas axiológicas, democraticamente estabelecidas pelos agentes da cena política.” COELHO, Inocêncio Mártires. *Os limites da Revisão Constitucional*. In: Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, São Paulo, v.1, p. 915 e ss., maio/2011, p. 1 (numeração RT online).

deve essere protetta la durata e la stabilità delle leggi costituzionali ed è 'aumentata la forza di legge'."¹⁵⁵.

Além da intrínseca limitação procedimental, a forma federativa do Estado¹⁵⁶; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais foram erigidos pela Constituição de 1988 a limites materiais¹⁵⁷, os quais o Poder Constituinte Derivado não poderá ultrapassar, restando-lhe expressamente vedada a formulação de proposta que tenda a aboli-los.

Ao lado das matérias vedadas e completando o quadro da rigidez constitucional¹⁵⁸, existem os limites circunstanciais, que foram engendrados para a salvaguarda da idoneidade constitucional em momentos de crise institucional. Relativamente à atual Constituição, estes consistem no impedimento de que ela venha a ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

E embora não tenham sido contemplados pela Constituição de 1988, convém registrar a existência de constituições que também fixam limites temporais, a exemplo da Constituição do Império de 1824, que impedia emendas antes de quatro anos

¹⁵⁵ "A característica formal da constituição e (indistintamente) da lei constitucional é encontrada no fato de que modificações da constituição são submetidas a um procedimento especial com condições enrijecidas. Com as condições enrijecidas deve ser protegida a duração e a estabilidade das leis constitucionais e é 'aumentada a força de lei'." SCHMITT, Carl. *Dottrina della costituzione*. Milano: Giuffrè Editore, 1984, p.32.

¹⁵⁶ David Araújo propõe que: "Para entendermos a extensão da vedação, devemos escolher uma entre as duas possibilidades de interpretação. O constituinte, quando afirma que estamos diante de uma vedação da forma federativa de Estado, estaria se referindo à Federação Brasileira como colocada pelo texto de 1988? [...] Outra forma de interpretação seria a de buscarmos apenas princípios da forma federativa de Estado. [...] São duas possibilidades, gerando problemas diversos. A primeira, mais antipática, mais radical, mas garantidora dos valores garantidos pelos constituintes. A segunda, mais móvel, menos ortodoxa, mas que permitiria uma redução do grau de autonomia pactuado quando do ajuste federalista de 1988." ARAÚJO, Luiz Alberto David. *O Federalismo Brasileiro, seus Característicos e a Vedação Material Contida no Art. 60, §4.º, I*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 18, p. 145 e ss., jan/1997, p. 6-7 (numeração RT online).

¹⁵⁷ Um exemplo relativamente recente de anulação de emenda constitucional por ofensa a um limite material ocorreu em junho de 2008, quando a Corte Constitucional da Turquia considerou que a alteração da Constituição Turca com o fim de impedir a proibição da utilização do véu islâmico nas universidades ofendia a cláusula pétrea do secularismo estatal. Cf. ROZNAI, Yaniv; YOLCU, Serkan. *An unconstitutional constitutional amendment—The Turkish perspective: A comment on the Turkish Constitutional Court's headscarf decision*. International Journal of Constitutional Law, 2012, Vol. 10(1), p.175-207, p. 186.

¹⁵⁸ Há também quem suscite a presença de limites constitucionais implícitos, como Sarlet, que verifica o princípio da proibição de retrocesso, no âmbito da concretização legislativa dos direitos constitucionais, como uma limitação que "*decorre implicitamente do sistema constitucional*". SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional brasileiro*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 14, n. 57, p. 06-48, out.-dez. 2006, p. 33.

de sua vigência¹⁵⁹, e da Constituição Francesa de 1791, que proibiu qualquer revisão durante os dez primeiros anos após sua aplicação¹⁶⁰.

Assim resenhada em apertada síntese, a ideia de Poder Constituinte Originário e Derivado¹⁶¹, e a de sua configuração no modelo político-institucional da Constituição de 1988, foram retomadas por representarem uma premissa inarredável ao enfrentamento da problemática concernente à incorporação de tratados de direitos humanos após a EC nº 45/04, por se encontrarem as normas equivalentes às emendas constitucionais diretamente imbricadas nesta matriz teórica de fundo, responsável pelo respaldo científico-jurídico das vicissitudes pragmáticas a serem enfrentadas.

E não obstante se tenha por certo que as normas equivalentes não são o mesmo que as emendas constitucionais, no entanto, é inegável que ambas se encontram umbilicalmente relacionadas por conta de sua equivalência, o que torna impossível deixar de se verificar se as normas equivalentes às emendas estariam e, o modo pelo qual, assim se encontrariam vinculadas ao Poder Constituinte e suas vertentes dentro do atual modelo constitucional.

¹⁵⁹ Cf. art. 174 da Constituição de 1824: “Art. 174. Se passados quatro annos, depois de jurada a Constituição do Brazil, se conhecer, que algum dos seus artigos merece reforma, se fará a proposição por escripto, a qual deve ter origem na Camara dos Deputados, e ser apoiada pela terça parte delles.”

¹⁶⁰ BURDEAU, Georges; HAMON, Francis; TROPER, Michel. *Direito Constitucional*. Trad. 27ª ed. São Paulo: Manole, 2005, p. 37.

¹⁶¹ No seguinte excerto, Sieyès ao mesmo tempo sintetizou o conceito de Poder Constituinte Originário e Derivado; e apontou a base de sua legitimação: “Mais qu’on nous dise d’après quelles vues, d’après quel intérêt on auroit pu donner une constitution à la *nation* elle-même. La nation existe avant tout, elle est l’origine de tout. Sa volonté est toujours légale, elle est la loi elle-même. Avant elle et au-dessus d’elle il n’y a que le droit *naturel*. Si nous voulons nous former une idée juste de la suite des loix *positives* qui ne peuvent émaner que de sa volonté, nous voyons en première ligne les loix *constitutionnelles*, qui se divisent em deux parties: les unes règlent l’organisation et les fonctions du corps *législatif*; les autres déterminent l’organisation et les fonctions des différens corps *actifs*. Ces loix sont dites *fondamentales*, non pas en ce sens, qu’elles puissent devenir indépendantes de la volonté nationale, mais parce que les corps qui existent et agissent par elles, ne peuvent point y toucher. Dans chaque partie la constitution n’est pas l’ouvrage du pouvoir constitué, mais du pouvoir constituant. Aucune sorte de pouvoir délégué ne peut rien changer aux conditions de sa délégation. C’est ainsi et non autrement, que les loix constitutionnelles sont *fondamentales*. Les premières, celles qui établissent la législature, son fondées par la volonté nationale avant toute constitution; elles en forment le premier degré. Les secondes doivent être établies de même par une volonté représentative spéciale. Ainsi toutes les parties du gouvernement se répondent et dépendent en dernière analyse de la nation. Nous n’offrons ici qu’une idée fugitive, mais elle est exacte.” SIEYES, Emmanuel. *Qu’est-ce que le Tiers état?* Genève: Librairie Droz, 1970, p. 180-181.

3. PODER CONSTITUINTE DERIVADO E APROVAÇÃO DE TRATADOS COM STATUS DE EMENDA CONSTITUCIONAL:

Posto isto, resta saber: a incorporação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência como equivalente às emendas constitucionais consiste em uma manifestação do Poder Constituinte Derivado? Ou seja, a norma do §3º inserido no art. 5º da Constituição pela EC nº 45/04 representa uma forma de sua expressão?

Se até então se entendeu que o Poder Constituinte Derivado era a única fonte credenciada a alterar as normas do ápice do sistema jurídico, emendando o texto da Constituição dentro dos limites expressos nela própria, nos termos inicialmente previstos pelo Poder Constituinte Originário¹⁶², o novo §3º deve ser examinado em face deste conceito e em cotejo com o processo legislativo do art. 59, I c/c art. 60 da CF/88.

Neste sentido, o exame comparativo surge naturalmente como o recurso metodológico com maior afinidade para o desenvolvimento da investigação sobre a natureza jurídica do procedimento de concessão de equivalência às emendas constitucionais aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos.

Logo, em princípio desponta a identidade pragmática entre a norma do art. 5º, §3º, da Constituição e as normas regentes do exercício do Poder Constituinte Derivado: ambas têm por escopo a inovação em nível hierárquico constitucional – independentemente do local em que as novas normas venham a ser inseridas, seja no

¹⁶² Sobre a inerência desta limitação: “Conceituando o Poder instituído ou de revisão como poder essencialmente limitado, Burdeau desenvolve essa afirmação axiomática em dois argumentos fundamentais. O primeiro considera que o Poder de Revisão – Poder Constituinte Instituído – é criação da Constituição e se ele abrogar a Constituição estará destruindo o fundamento de sua competência. O segundo argumento se projeta no campo do regime político. Burdeau sustenta que as formas de revisão são cominadas pelo regime político estabelecido na Constituição. A solidariedade entre o fundamento político-filosófico da Constituição e o tipo de revisão nela previsto torna a revisão inseparável da ordem constitucional. A revisão é tributária da ideia de Direito que fundamenta o Poder Político e incorrerá em desvio de poder se a a revisão colocar-se a serviço de outra ideia de Direito. Admitindo a revisão total, quando estiver expressamente consignada na Constituição, Burdeau sustenta que o silêncio ou a imprecisão do texto constitucional sobre a revisão total, deve ser interpretado como proibição dessa modalidade de revisão. O desconhecimento da natureza limitada do poder constituinte derivado, seja ele denominado Poder de Revisão, Poder de Emenda ou Poder de Reforma, ou a prática da revisão total, quando ela não for expressamente prevista na Constituição, conduzirá ao que se denominou de ‘fraude à Constituição’.” HORTA, Raul Machado. *Permanência e Mudança na Constituição*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 1, p. 1121 e ss., out/1992, p. 6 (numeração RT online).

próprio texto da Constituição, como é de tradição, ou em compêndios normativos diversos, que com esta não se confundem.

Mas se a finalidade à qual se volta o §3º do art. 5º representa o ponto máximo de identificação com o Poder Constituinte Derivado, a partir do exame da matéria autorizada ao novel procedimento, as dessemelhanças tornam-se mais evidentes.

É facilmente constatável à primeira vista que o âmbito material de inovação constitucional encontra-se drasticamente reduzido para a norma do §3º do art.5º da CF/88. Enquanto que em relação ao Poder Constituinte Derivado basta a observância dos limites materiais representados pelas cláusulas pétreas, sendo-lhe de resto franqueado um amplo espaço de incursão temática para alterar ou inserir normas constitucionais que versem sobre os mais diversos assuntos, na hipótese da elevação de tratados ao nível hierárquico de eficácia constitucional, apenas “*os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos*” podem ser incorporados com o status de equivalência às emendas constitucionais. Portanto, é certo que os diplomas internacionais que não tenham por objeto direitos humanos encontram-se fora do espectro da norma inserida pela EC nº45/04.

Mas é no aspecto formal que as dessemelhanças ganham maior visibilidade, notadamente no que se refere ao processo legislativo efetivamente adotado pelo Congresso Nacional para a incorporação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência com o status normativo de equivalência constitucional.

Se para o exercício do Poder Constituinte Derivado através de emendas à Constituição jamais se questionou a adoção do procedimento previsto no art. 60 da Constituição, quanto à Convenção, foi em meio às mais diversificadas dúvidas que se adotara o mesmo procedimento ordinário de incorporação de tratados internacionais, porém com o quorum e os turnos de aprovação qualificados aos quais faz menção o art. 5º, §3º, da CF/88.¹⁶³

¹⁶³ A eventual adoção de alguma inovação procedimental restou fulminada pelo desenrolar do seu trâmite, como narrado por Jubilut: “A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu protocolo foram aprovados pelo procedimento especial criado pela EC 45/2004, em 09.07.2008, e a prática do governo durante mais de um ano parecia caminhar no sentido da desnecessidade do decreto de promulgação, tendo o decreto legislativo com força de emenda constitucional dado vigência a eles no ordenamento interno. Contudo, em 25.08.2009, o Presidente da República editou o decreto de promulgação referente a esses tratados, aplicando, desta feita, o procedimento padrão para todos os tratados internacionais que são incorporados no Brasil.” JUBILUT, Liliana Lyra. *A aplicação do Direito*

Neste ponto convém ressaltar, para que não se perca de vista, que tais diferenças com o procedimento concretamente adotado foram provocadas mais pelo teor lacônico do §3º e pela interpretação realizada pelo Congresso Nacional à qual ele deu azo, que propriamente quanto às diferenças de redação entre os respectivos textos normativos.

O art. 5º, §3º, da Constituição confere o status normativo de equivalência às emendas constitucionais aos tratados sobre direitos humanos que tenham sido aprovados, “*em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros*”.

Assim, quanto ao *iter* procedimental (aprovação em cada Casa do Congresso Nacional); turnos de votação (em dois turnos); e quorum de aprovação (três quintos dos votos dos respectivos membros), ocorre absoluta identidade com o processo legislativo de aprovação das emendas, como se verifica pelo teor do §2º do art. 60, ao prever que “*a proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros*”.

A única exceção a despontar à primeira vista consiste na evidência da menção pelo §2º de que a proposta de emenda será “*discutida*”. Sendo omissos neste sentido o §3º, o dispositivo leva deste modo a crer que não caberia às Casas Legislativas alterar o teor dos Tratados¹⁶⁴ – o que, porém, não significa que sua aprovação prescindisse da discussão a respeito da conveniência político-jurídica de sua incorporação.

Sendo imprescindível para a abordagem da questão, uma vez realizada a comparação analítica a partir dos aspectos da finalidade; matéria; e procedimento; cabe a retomada da pergunta sobre se a incorporação qualificada dos tratados de direitos humanos consiste em uma manifestação do Poder Constituinte Derivado.

É certo que o Poder Constituinte Derivado tem por finalidade a produção de normas constitucionais a partir de emenda ao texto da Constituição. Tais normas podem versar sobre direitos humanos, bem como sobre as mais diversas matérias, desde que sejam respeitados os limites materiais previstos nas cláusulas pétreas. Para o seu exercício é

Internacional dos Direitos Humanos pelo STF. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 72, p. 78 e ss., out/2009, p. 4 (numeração RT online).

¹⁶⁴ Tal ponto será examinado a seguir, quando serão suscitadas as questões relativas ao Poder Constituinte Derivado de Equivalência às Emendas Constitucionais.

previsto um procedimento legislativo bem mais rígido que para a elaboração das leis ordinárias e complementares, com aprovação por cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação, por três quintos dos respectivos membros.

Já o §3º do art. 5º da Constituição permite a aprovação de diplomas normativos internacionais sobre direitos humanos como equivalentes às emendas constitucionais (com a mesma hierarquia e efeitos normativos destas). Mas são apenas tratados e convenções internacionais que podem ser aprovados com este status¹⁶⁵; e, dentre estes, somente aqueles que versem sobre direitos humanos. A rigidez do quorum e dos turnos de aprovação é idêntica àquela prevista para a realização de emendas à Constituição.

Se este novo procedimento do §3º permite a obtenção de normas equivalentes às emendas constitucionais – embora tão somente quanto à matéria de direitos humanos; a partir de rito de aprovação pelo Congresso Nacional com quorum e turnos de votação de idêntica rigidez àquela previsto para as emendas; e se as normas sobre direitos humanos deste modo incorporadas passam a ter o mesmo valor hierárquico; a mesma eficácia normativa; e o mesmo peso axiológico dos direitos fundamentais inseridos na própria Constituição, disto não decorre outra conclusão plausível que não a de que se trata igualmente de uma manifestação do Poder Constituinte Derivado¹⁶⁶.

Isto porque é exclusivamente este Poder que está credenciado a alterar o nível hierárquico máximo do ordenamento jurídico, ocupado pelas normas de natureza constitucional, sejam aquelas inseridas no texto da própria Constituição, como é da tradição histórica do constitucionalismo brasileiro, ou suas equivalentes – agora previstas nos textos dos tratados ou convenções internacionais sobre direitos humanos incorporadas nos termos do novel §3º de seu art. 5º.

¹⁶⁵ Restando afastados quaisquer outros atos ou compêndios normativos que não se enquadrem no conceito de tratado ou convenção internacional, como no exemplo da legislação interna de um país ou de normas aprovadas por entidades privadas transnacionais.

¹⁶⁶ Diferenciando “os tratados internacionais em pelo menos duas espécies para fins de hierarquia e processo de adoção pela ordem jurídica interna”, após a EC nº 45/04, J. C. Francisco distingue aqueles que são fruto do Poder Constituinte Derivado: “De um lado, encontramos os atos internacionais que alcançam hierarquia constitucional ao versarem sobre direitos humanos, sendo aprovados apenas pelo Constituinte Reformador (representado pelo Congresso Nacional, de modo bicameral e em dois turnos, sendo exigidos no mínimo três quintos em cada votação) [...] De outro, mesmo após a edição da Emenda Constitucional 45, obviamente continuam a existir tratados, convenções e atos internacionais com força de norma constitucional, quando cuidarem de temas diversos de direitos humanos”. FRANCISCO, José Carlos. Bloco de constitucionalidade e a recepção dos tratados internacionais. In: *Reforma do Judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005, p. 101-102.

E esta conclusão permanece inteiramente válida inclusive para a posição que, amparada na interpretação ampliadora do §2º do art. 5º da Constituição¹⁶⁷, entende que o §3º simplesmente atribuiu o caráter formalmente constitucional aos direitos humanos previstos nos tratados internacionais incorporados pelo Brasil¹⁶⁸. Entretanto, ainda perante esta particular concepção, mantém-se incólume a conceituação do procedimento do §3º como meio de manifestação do Poder Constituinte Derivado, notadamente sob a perspectiva formal.

Logo, independentemente da posição adotada no contexto da controvérsia doutrinária envolvendo o §2º do art. 5º da Constituição, o que aqui é pertinente ressaltar é a universalidade da concepção do §3º como veículo de manifestação do Poder Constituinte Derivado para elevar textos normativos, material e formalmente, ao nível hierárquico constitucional, sob o status de equivalência às emendas constitucionais.

Esta foi a opção soberana feita pelo constituinte derivado, dentre outras possíveis adotadas nas demais Constituições pelo Mundo, à diferença do que se passou por exemplo na Argentina, na reforma de 1994, que escolheu um outro modelo dentre as opções assim descritas por Rodolfo Vigo: *“Tenía el constituyente ante sí diversas alternativas respecto a los tratados de derechos humanos: podía haber gurdado silencio; o establecido el valor supraconstitucional; o haber ratificado la vieja tesis de que tenían valor de ley; o consgrado la tesis de la Corte suprema en Ekmekdján c. Sofovich (Fallos 315:1492) del valor supralegal e infraconstitucional; sin embargo, descartó todos esos caminos y optó por brindar a aquellos tratados status constitucional. Pero además, en*

¹⁶⁷ Para esta corrente, os direitos humanos previstos nos “*tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*” são *ipso jure* elevados à condição de direitos fundamentais “*constitucionais*”, por previsão flexibilizadora do próprio Poder Constituinte Originário.

¹⁶⁸ Sob pena de se incorrer na grave infração de um dos mais primários cânones hermenêuticos, que é o da adstrição ao texto, não lhe restou outra posição plausível para a sua própria preservação, que a atribuição de efeitos meramente formais ao §3º. Deste modo, os direitos humanos previstos nos tratados e convenções internacionais incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, considerados materialmente direitos fundamentais sob a égide do §2º, passariam a também gozar do caráter de direitos fundamentais formais quando inseridos em tratados aprovados nos termos do §3º. Esta posição, inegavelmente redutora da potencial relevância do §3º, ainda retira eficácia das novas disposições, ao reconhecer o valor do acréscimo de segurança jurídica decorrente da formalização dos textos veiculadores de direitos humanos como equivalentes às emendas constitucionais e, portanto, expressos em nível constitucional. Como visto, esta concepção fora intensamente premida pelo posicionamento contrário consolidado no STF e pela inserção do §3º no art. 5º da Constituição, que expressamente passou a prever um procedimento específico para que os tratados e convenções de direitos humanos sejam alçados ao nível de equivalência às emendas constitucionais.

*lugar de una mención genérica, prefirió ser preciso enumerando los diez Tratados, Convenciones y Declaraciones más importantes y relevantes que sobre derechos humanos tenía suscriptos la Argentina. Ello a su vez produjo un impacto renovador en la dimensión axiológica del texto Constitucional de 1853.”*¹⁶⁹

4. UMA NOVA MODALIDADE DE EXPRESSÃO DO PODER CONSTITUINTE DERIVADO:

Se o procedimento do §3º do art. 5º da Constituição, a partir do exame de sua natureza intrínseca, pode ser conceituado como um veículo de manifestação do Poder Constituinte Derivado, cabe então verificar a sua adequação aos contornos do processo legislativo estabelecido pelo Poder Constituinte Originário para a reforma da Constituição de 1988 – e isto significa questionar: trata-se do mesmo Poder Constituinte Derivado?

A possibilidade de modificação do texto constitucional foi configurada na atual Constituição através do procedimento descrito nos incisos e parágrafos do seu art. 60. Através dele é veiculada a exigência da presença dos mais altos níveis de consenso, não só para a aprovação das emendas constitucionais pelo rito e quorum mais rígidos do processo legislativo¹⁷⁰; mas também para a sua propositura, com a previsão de agentes especialmente credenciados para a formulação da proposta¹⁷¹; e a imposição de restrições

¹⁶⁹ VIGO, Rodolfo. Presente de los derechos humanos y algunos desafíos - con motivo de la reforma de la Constitución Nacional de 1994. In: *Jurisdição e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; AJURIS, 2005, p. 213.

¹⁷⁰ Será considerada aprovada a proposta legitimamente formulada que for discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação, e obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. Obtida a aprovação, a emenda deverá, a seguir, ser promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem (Art. 60, §§ 2º e 3º, da CF/88). A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa (Art. 60, § 5º, da CF/88).

¹⁷¹ Encontram-se legitimados para propor a alteração da Constituição: i) um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; ii) o Presidente da República; iii) e mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. (Art. 60, I, II e III, da CF/88)

materiais¹⁷² e circunstanciais que limitam as possibilidades de modificação da Constituição completam e reforçam o quadro de rigidez.¹⁷³

Excepcionando em parte esta rigidez, a única exceção abriu-se ao procedimento da Revisão Constitucional, previsto no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para ser realizado quando decorridos cinco anos da promulgação da Constituição de 1988, através de deliberação da maioria dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral. Tendo já se exaurido em 1994, com a produção de seis Emendas, e afastada a hipótese de sua reabertura¹⁷⁴, o procedimento de Revisão Constitucional atualmente consiste em pouco mais que um dado histórico.

Em contraponto com as disposições originárias sobre a alteração da Constituição, a inserção da disposição lacônica do §3º, estipulando 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*”, não obstante o aspecto de sua singeleza excessiva, ainda assim permite verificar que o texto inserido no art. 5º apresenta uma

¹⁷² O Poder Constituinte Originário vedou a alteração de certas matérias, restringindo o universo de possibilidades de modificação material da Constituição. Desse modo, sequer será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: i) a forma federativa de Estado; ii) o voto direto, secreto, universal e periódico; iii) a separação dos Poderes; iv) os direitos e garantias individuais. (Art. 60, § 4º, da CF/88)

¹⁷³ No mesmo sentido restritivo, estabeleceu-se que a Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. (Art. 60, § 1º, da CF/88)

¹⁷⁴ O entendimento quanto ao exaurimento da Revisão predominou na doutrina: “O dispositivo em questão não é de vigência permanente, o que significa que o Congresso está autorizado a lançar mão desse processo de revisão uma única vez. Tudo o que não for votado na ocasião terá que ser apresentado, posteriormente, sob a forma de emenda constitucional.” COMPARATO, Fábio Konder. *Emenda e Revisão na Constituição de 1988*. In: Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, v. 1, p. 861, maio/2011, p. 3 (numeração ROnline); “Algumas propostas de emenda, no atual processo de revisão constitucional, sugerem, ainda, a adoção de um modelo de revisão periódica. [...] Se se reconhece que o próprio processo de revisão está gravado, em suas linhas gerais, com a cláusula da imutabilidade, tem-se de reconhecer, inevitavelmente, que proposta com o intuito de tornar mais flexível a mudança do texto constitucional, ainda que submetida a determinadas cautelas, afigura-se incompatível com a ordem constitucional (limitações implícitas).” MENDES, Gilmar Ferreira. *Os Limites da Revisão Constitucional*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 21, p. 69 e ss., out/1997, p. 10 (numeração ROnline); “No Brasil, como vimos, a Carta Magna de 1988 previu uma única revisão após cinco anos de sua promulgação e uma regra genérica de emenda à Constituição. Como já se faz passada a data da aludida revisão, cumpre-nos cingir a nossa análise ao procedimento de emenda estabelecido no art. 60 do texto constitucional.” BARRETO, Paulo Ayres. *Emenda Constitucional*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 21, p. 160 e ss., out/1997, p. 6 (numeração ROnline); “Tal redução de quórum, por absolutamente excepcional quanto à matéria e quanto à ocasião (uma única e exauriente oportunidade) deve – é óbvio, é evidente – ser interpretada estritamente.” ATALIBA, Geraldo. *Revisão Constitucional*. In: Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, v. 1, p. 877, maio/2011, p. 3 (numeração ROnline).

configuração diferenciada para a alteração do nível normativo constitucional no ordenamento jurídico.

Neste dispositivo à primeira vista salta aos olhos a distinção quanto à natureza da norma resultante do processo legislativo, já que as normas equivalentes às emendas constitucionais, embora compartilhem o mesmo nível hierárquico constitucional e sejam dotadas da mesma eficácia, com as Emendas não se confundem, porque nesta hipótese há a alteração do próprio texto da Constituição. Já isto não ocorre com os tratados e convenções sobre direitos humanos aprovados na forma qualificada, cujos textos normativos pairam ao lado do texto da Constituição, sem alterá-lo em sua redação originária.

Além disso, à diferença das disposições originárias em relação ao Poder Constituinte Derivado, a partir das quais se abre um amplíssimo universo temático sobre o qual poderão versar as emendas constitucionais, excepcionado apenas pelos limites materiais expressos no §4º do art. 60, em relação ao novel dispositivo inserido pela EC nº 45/04 a delimitação do campo material foi a regra. Embora não se esteja a salvo de controvérsias sobre os tratados que podem ser considerados de direitos humanos¹⁷⁵, nos termos do §3º do art. 5º, o Poder Derivado só poderá se manifestar exclusivamente em relação aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos e não sobre quaisquer matérias.

¹⁷⁵ À exemplo destes questionamentos: “Em primeiro lugar, o texto do referido §3º refere-se tão somente a ‘tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos’. Todavia, no plano internacional, a proteção à pessoa se dá em três vertentes: uma genérica, representada pelo **Direito Internacional dos Direitos Humanos** e duas específicas, representadas pelo **Direito Internacional Humanitário** e pelo **Direito Internacional dos Refugiados**. Estariam as três variantes incluídas na extensão da expressão ‘direitos humanos’? É certo que, na doutrina, começa a se firmar a ideia não só da complementariedade, mas também da convergência das três vertentes da proteção internacional da pessoa humana; contudo a forma como o §3º se encontra redigido ainda dá margem a uma interpretação restritiva que pode frustrar seu objetivo inicial.” DIAS, Caio Gracco Pinheiro. *Da omissão à confusão: os problemas da Emenda Constitucional nº 45 no tocante ao processo de incorporação de tratados ao ordenamento jurídico brasileiro*. Boletim IBCCrim, ano 13, n. 152, p. 2-3, jul/2005, p. 2; Dentro desta controvérsia, tome-se o direito humano extraído por Caletti do Tratado de Não-Proliferação de Armas Nucleares: “Apenas para que se tenha noção do atraso que essa inação significa, tem-se em conta o ‘Tratado de Não-Proliferação de Armas Nucleares’ assinado pelo Brasil em 1968. [...] o direito internacional humano contido naquele tratado (no caso, o direito fundamental à própria vida e, subsidiariamente, a um meio ambiente equilibrado e saudável) ...” CALETTI, Leandro. *A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no cenário da Emenda à Constituição nº 45/2004: notas acerca da compulsoriedade do novo regime e da denúncia dos Tratados*. Revista da AGU, ano VI, n. 13, p. 153-176, ago/2007, p. 160.

Esta delimitação temática, se por um lado não significa que deixam de se aplicar à hipótese do §3º do art. 5º os limites materiais previstos no art. 60, §4º, da Constituição – pelo contrário, projeta-se de forma naturalmente intuitiva a sua extensão¹⁷⁶ – revela evidentemente que o universo temático aberto pelo Poder Constituinte Originário à possibilidade de emendas constitucionais, além de englobar o conjunto material do §3º, é obviamente muito mais amplo.

No aspecto procedimental, embora mantida expressamente a rigidez do quorum e turnos de votação pelas duas Casas do Congresso Nacional, de modo idêntico ao previsto para as emendas constitucionais, a omissão de maiores pormenores pelo texto normativo deu azo à interpretação do Congresso, quando da incorporação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, no sentido da adoção do mesmo procedimento de aprovação dos tratados internacionais¹⁷⁷, mas com o *plus* da deliberação qualificada, constante indubitavelmente de forma expressa no texto do §3º.

Não obstante a manutenção da idêntica rigidez constitucional para o modo de aprovação pelo Congresso Nacional, a adoção do *iter* procedimental dos tratados internacionais realçou intensamente o papel do Presidente da República no processo legislativo de modificação da Constituição¹⁷⁸. Antes limitado tão somente ao momento inicial da formulação da proposta de emenda constitucional, cuja sorte poderia influenciar apenas no âmbito do subsistema político¹⁷⁹, porque no jurídico sua atuação posterior foi absolutamente tolhida pelas previsões do Poder Constituinte Originário¹⁸⁰, no âmbito de concreção do §3º sua atuação perpassou todo o processo legislativo.

¹⁷⁶ Isto será objeto de maior desenvolvimento a seguir, em capítulo próprio.

¹⁷⁷ Forma pela qual houve a aprovação concreta da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

¹⁷⁸ Isto foi demonstrado aprofundadamente no tópico relativo ao realce do papel do presidente da república no processo legislativo de produção normativa em nível constitucional.

¹⁷⁹ “Luhmann define a Constituição como ‘acoplamento estrutural’ entre política e direito. Nessa perspectiva, a Constituição em sentido especificamente moderno apresenta-se como uma via de ‘prestações’ recíprocas e, sobretudo, como mecanismo de interpenetração (ou mesmo de interferência) entre dois sistemas sociais autônomos, a política e o direito, na medida em que ela ‘possibilita uma solução jurídica do problema de auto-referência do sistema político e, ao mesmo tempo, uma solução política do problema de auto-referência do sistema jurídico’.” NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2007, p. 66-67.

¹⁸⁰ Haja vista que a proposta aprovada é sequer promulgada pelo Presidente da República, mas sim pelas Mesas da Câmara e do Senado (art. 60, §3º, da CF/88).

E deste cotejo conjugado do novel §3º com o modelo institucional previsto pelas disposições do art. 59, I c/c art. 60 para a reforma da Constituição de 1988, se quanto à natureza e aos efeitos conclui-se que a norma do § 3º também representa uma forma de manifestação do Poder Constituinte Derivado, o status normativo de equivalência à emenda constitucional (admissão nas normas internacionais com efeitos de norma constitucional); a limitação do âmbito material (aos diplomas internacionais e, dentre estes, somente os que versem sobre direitos humanos); e a forma do procedimento adotado concretamente para a incorporação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (conjugação do procedimento de incorporação de tratados com o rito deliberativo das emendas constitucionais); consistem em fortes elementos reveladores de que o modelo institucional do novel §3º do art. 5º para a manifestação do Poder Constituinte Derivado não é aquele mesmo previsto pelas disposições originárias para a realização de emendas à Constituição.

Portanto, mesmo sem se enquadrar no modelo originariamente previsto para a manifestação do Poder Constituinte Derivado, a norma do § 3º também representa uma nova hipótese do seu exercício, embora não nos estritos moldes das emendas constitucionais.

Entretanto, como antecedente lógico necessário à sua específica descrição, deverá preceder o exame sucessivo e interdependente quanto à compatibilidade da nova modalidade com a preservação da anterior (se não consistiria em um subterfúgio para suplantá-la); e a viabilidade (validade) da inserção de uma nova hipótese de exercício do Poder Constituinte Derivado dentro da Constituição de 1988.

5. COMPATIBILIDADE DA NOVA HIPÓTESE DE EXERCÍCIO DO PODER CONSTITUINTE DERIVADO DENTRO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988:

Se por sua natureza e efeitos, as normas equivalentes às emendas constitucionais levam à conclusão de que são também fruto de uma manifestação do Poder Constituinte Derivado, resta certo que não se trata daquela mesma exercida durante a produção das emendas constitucionais.

Mas sendo a Constituição de 1988 afetada pela introdução no ordenamento jurídico de normas que produzem os mesmos efeitos que as suas, torna-se crucial verificar o grau de sua exposição às modificações porque, embora se mantenha inalterado o processo legislativo de emenda do seu texto, a previsão de uma nova categoria normativa não poderia se subverter em um estratagema para a reformulação da própria Constituição.

Neste sentido, cabe averiguar se as características da nova modalidade de manifestação do Poder Constituinte Derivado que a distinguem da original permitem que a Constituição reste salvaguardada de um expediente subversivo das limitações e da rigidez impostas pelo Poder Constituinte Originário para a sua proteção¹⁸¹, tendo em vista que as normas equivalentes às emendas constitucionais são dotadas do mesmo valor hierárquico e dos mesmos efeitos das normas contidas no texto da Constituição.

De início desponta que a limitação do campo material prevista na norma do §3º, restrita aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, *per se*, já representa uma importante salvaguarda do conjunto normativo prolixo da Constituição de 1988, já que seria impossível manobrar o novo expediente no sentido de reformular por completo a abrangente temática contemplada pelos constituintes originários.

E sob outra perspectiva, a restrição do âmbito material acaba sendo mais rígida, porque também cerceia a liberdade criativa dos constituintes derivados que, ao desejarem elevar normas ao nível hierárquico de equivalência às emendas constitucionais, deverão necessariamente se valer daquelas que, consagradas pelo amplo consenso dos demais países, já foram inseridas em tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos.

¹⁸¹ Um exemplo histórico deste estratagema foi deste modo identificado por Manoel G. F. Filho : “Assim, é inerente e própria à Constituição uma definição que a exprime nos pontos fundamentais que consagra sobre a ordem política. Em consequência, estes pontos fundamentais constituem o núcleo essencial da Constituição. Ora, o poder de reforma – poder de alterar a Constituição de acordo com a Constituição – não pode mudar esse núcleo, sob pena de estar fraudando a Constituição. Salvo se – e utilidade prática da sutil análise se esvai – o poder constituinte se insinuar sob a capa do poder de reforma ... Esta última hipótese transparece, quando se encara, do ângulo político e não jurídico, o processo de substituição de certas constituições por outras. Veja-se o caso francês de 1958. Formalmente não houve ruptura da ordem constitucional, a Constituição de 1946 foi, por uma ‘reforma’, substituída pela de 1958, mas, pelo prisma político, um novo constituinte (o Governo de De Gaulle com a aprovação popular) estabeleceu nova Constituição.” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Significação e Alcance das “Cláusulas Pétreas”. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 13, p. 5 e ss., out/1995, p. 2-3 (numeração RT online).

Ademais, o §3º indica teleologicamente uma vocação agregadora de direitos, já que é da natureza dos direitos humanos, perante a concorrência de direitos de igual natureza, o potencial conflito entre si¹⁸², sem que a adoção de uma solução específica acarrete a supressão da validade do direito preterido¹⁸³, prevalecendo de modo geral, notadamente em âmbito internacional, a norma que implique maior proteção¹⁸⁴.

Não bastasse esta finalidade de alteração do âmbito normativo constitucional somente para agregar direitos humanos, os quais, se entrarem em choque jamais poderão suprimir uns aos outros, ainda é de plena aplicação o limite material

¹⁸² Dois exemplos de potenciais conflitos são indicados por Amaral Júnior: i) "... é equivocado pensar que as liberdades tenham melhor proteção nos tratados internacionais do que na Constituição brasileira vigente. É o caso, por exemplo, da liberdade de reunião, pacífica e sem armas. No Pacto de São José da Costa Rica (artigo 15) a ela são admitidas restrições desconhecidas pela Constituição de 1988 (o art. 5º, inciso XVI, requer não seja frustrada outra reunião e exige, apenas, prévio aviso à autoridade competente)." AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos e o Pensamento de Celso Lafer*. São Paulo: no prelo; ii) "... a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência adota conceito de capacidade mais amplo do que aquele do Código Civil Brasileiro. É provável que se configure, aqui, caso de não-recepção de dispositivos do Código Civil pela Convenção ..." AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Tratados internacionais sobre direitos humanos: como ficam após a reforma do poder judiciário*. Consulex - Revista Jurídica, ano IX, n. 197, p. 58-59, 31 de mar. de 2005, p. 59; Já no âmbito infraconstitucional, um exemplo de incompatibilidade entre normas de direitos humanos é apontado por Bernardo L. M. Coelho, que soluciona a antinomia através de critério temporal: "A Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada entre nós através do Decreto nº 99.170/90, na sua parte I, art. 1º, assim enuncia: 'Para efeitos da presente Convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioria seja alcançada antes.' [...] O Estatuto da Criança e do Adolescente foi promulgado após a ratificação pelo Brasil da Convenção sobre os Direitos da Criança, razão pela qual esta prevalecerá no confronto de ambos com relação à caracterização da criança". – O ECA define criança como: "a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade" – COELHO, Bernardo Leôncio de Moura. *O bloco de constitucionalidade e a proteção à criança*. Revista de Informação Legislativa, ano 31, n. 123, p. 259-265, jul/set de 1994, p. 260.

¹⁸³ Cf. BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campos, 1992, p. 41-42.

¹⁸⁴ Trata-se do critério da norma mais favorável à vítima: "... um exame mais cauteloso da matéria, aponta a um critério de solução diferenciado, absolutamente peculiar ao conflito em tela, que se situa no plano dos direitos fundamentais. E o critério a ser adotado se orienta pela escolha da norma mais favorável à vítima. O critério ou princípio da aplicação do dispositivo mais favorável às vítimas é não apenas consagrado pelos próprios tratados internacionais de direitos humanos, mas também encontra apoio na prática ou jurisprudência dos órgãos de supervisão internacionais. Isto é, no plano de proteção dos direitos humanos interagem o Direito internacional e o Direito interno, movidos pelas mesmas necessidades de proteção, prevalecendo as normas que melhor protejam o ser humano, tendo em vista que a primazia é da pessoa humana. Os direitos internacionais constantes dos tratados de direitos humanos apenas vêm a aprimorar e fortalecer, nunca restringir ou debilitar, o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo internacional." PIOVESAN, Flávia. A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos. In: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; PETERSEN, Zilah Maria Callado Fadul (Coord.). *Coletânea de estudos jurídicos*. Brasília: TSM, 2008, p. 389.

imposto através do art. 60, §4º, IV, da Constituição¹⁸⁵, que rechaça qualquer tendência à abolição (supressão) de *direitos e garantias individuais*¹⁸⁶.

Logo, a nova modalidade de manifestação do Poder Constituinte Derivado não é o expediente mais propenso para excluir direitos porque, no máximo, poderá ser utilizada apenas para alterá-los, através da previsão de outros mais específicos ou com regimes jurídicos mais bem adequados às transformações da realidade contemporânea, e os quais devem constar necessariamente dos diplomas normativos internacionais sobre direitos humanos, gozando de legitimação pelo amplo concerto das Nações.

Agora em contraponto com o exercício do Poder Constituinte Derivado “*de Emenda*”, sob o ângulo de uma interpretação menos restritiva do art. 60, §4º, IV, da Constituição, este se revela de “*um maior potencial ofensivo*” porque, além de mera alteração – passível de ser exercida com maior facilidade e liberdade que na hipótese do §3º, ressalte-se – também lhe é facultada a possibilidade de simples supressão dos direitos fundamentais de segunda e terceira gerações previstos na Constituição, livremente das amarras da adstrição a textos normativos internacionais ou da necessidade de sua substituição por outros.¹⁸⁷

¹⁸⁵ No sentido de que a cláusula pétrea material não limita a alteração de direitos: “... se um tratado como o Pacto de São José for elevado à categoria de Emenda Constitucional e passar a proibir o que a Constituição Federal antes facultava ao Estado, a prisão civil, no exemplo escolhido, ele estará modificando o conteúdo do art. 5º e, portanto, alterando cláusula pétrea. Ocorre que a proibição do art. 60, §4º, é de ‘abolição’ dos direitos e garantias individuais, diferentemente do caso em tela. Neste, a eventual derrogação de parte do conteúdo do art. 5º por um tratado sobre direitos humanos ocorrerá para ampliação dos direitos e garantias individuais, de maneira consistente com as premissas hermenêuticas expostas. Estabelece-se aqui, como em outros campos do Direito, uma forma de solução de antinomias que varia segundo o conteúdo do direito arguido.” LUPÍ, André Lipp Pinto Basto. *A aplicação dos tratados de direitos humanos no Brasil a partir da EC 45/2004*. Revista dos Tribunais, ano 95, v. 847, p. 11-24, maio de 2006, p. 21.

¹⁸⁶ Ferreira Filho dá interpretação abrangente ao dispositivo, em *O Poder Constituinte*; já Elival da Silva Ramos dá interpretação restritiva em artigo de sua lavra, específico quanto aos limites materiais ao poder de emenda da Constituição, ao qual faz remissão no texto *Os tratados sobre direitos humanos no direito constitucional brasileiro pós-emenda constitucional*. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Lílíana Lyra (Orgs.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

¹⁸⁷ Também é no sentido restritivo do alcance da cláusula pétrea a posição de Mendes: “É certo, por outro lado, que o constituinte pretendeu conferir disciplina destacada aos direitos individuais e aos direitos sociais, tal como se pode depreender do disposto nos arts. 5º, 7º e 8º, da CF/1998. A cláusula pétrea do art. 60, §4º, não parece abranger os direitos sociais, que, como visto, se não confundem com os direitos individuais propriamente ditos. [...] É que, enquanto os direitos individuais propriamente ditos – especialmente os chamados direitos de liberdade e de igualdade – guardam, na sua essência, uma certa uniformidade e coerência ao longo da história constitucional dos diversos países e são, por isso, considerados núcleo essencial e indispensável do estado de Direito, e os direitos sociais são dotados de conformação variada ou diversa, de acordo com o estágio de desenvolvimento de uma dada sociedade, e

E a fim de completar o cotejo conjugado das duas modalidades de manifestação do Poder Constituinte Derivado, não obstante a natural diferença de rito procedimental quando da concomitante incorporação de tratados e convenções internacionais, a norma do novo §3º do art. 5º manteve a exigência da obtenção de idêntico nível de consenso deliberativo das emendas constitucionais para a aprovação do status normativo de equivalência, necessitando-se da manifestação das duas Casas do Congresso Nacional, em dois turnos de votação, com a aprovação de três quintos dos seus membros.

A análise de suas características, em contraposição com as do Poder Constituinte Derivado para a realização de emendas ao texto da Constituição, respalda a conclusão de que a nova modalidade de sua expressão permite uma convivência compatível com a anterior, restando preservada a incolumidade da identidade da Constituição de 1988, com a manutenção do modelo institucional e das limitações impostas pelo Poder Constituinte Originário para a modificação do cerne constitucional.¹⁸⁸

Em suma, isso se deve às constatações de que: i) a EC nº 45/04 não alterou o procedimento de emenda ao texto da Constituição de 1988, o que significa dizer que não afetou o Poder Constituinte Derivado instituído originariamente; ii) a novel modalidade é inepta para se converter em um expediente de transposição dos limites materiais (cláusulas pétreas) e formais à alteração das disposições constitucionais, tendo em conta a drástica redução do seu âmbito material (diplomas internacionais sobre direitos humanos); iii) e para a concessão de equivalência constitucional às normas internacionais sobre direitos humanos foi exigido o mesmo nível de consenso necessário à produção das Emendas, com a previsão de idêntico rito deliberativo.

podem (devem) sofrer adaptação ou atualização no decorrer do tempo. Também por essa razão alguns modelos constitucionais, como é o caso da Lei Fundamental de Bonn, não contêm uma disciplina analítica dos direitos sociais, entendendo suficiente e adequada a instituição do Princípio do Estado Social, cuja concretização é confiada ao legislador ordinário. MENDES, Gilmar Ferreira. *Os Limites da Revisão Constitucional*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 21, p. 69 e ss., out/1997, p. 13 (numeração RT online).

¹⁸⁸ Embora voltadas para o Poder Constituinte Originário, as conclusões de Jorge Miranda aplicam-se igualmente quando transpostas à criação da nova hipótese de Poder Constituinte Derivado: “O que terá de haver sempre, ainda quando o órgão constituinte altere as regras orgânicas e processuais que o precedem, será a vinculação a regras de Direito e mesmo às regras que ele próprio venha a editar (assim, a vinculação de uma assembleia constituinte ao seu regimento e a outras normas internas da sua autoria). O que terá de haver sempre – salvo ruptura ou revolução – será o julgamento dessas regras e das formas de agir do órgão constituinte à ideia de Direito que o suporta e em face da qual deve conceber-se como órgão constituinte. E, a esta luz, a doutrina do poder constituinte acaba por se reconduzir a uma doutrina de limitação do poder.” MIRANDA, Jorge. *Poder Constituinte*. In: Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, São Paulo, v. 1, p. 435 e ss., maio/2011, p. 9 (numeração RT online).

Por outro lado, para além da inserção do §3 no art. 5º da Constituição de 1988, a Emenda Constitucional nº 45/04, em seu amplo teor, encontra-se concomitantemente em harmonia com o conjunto dos princípios constitucionais fundamentais, tendo sido legitimada por sua assimilação tranquila. Isto se passou no já apontado contexto de reforço do compromisso constitucional com os direitos humanos, do qual fazem parte outras duas relevantes modificações por ela promovidas, como a expressa previsão da possibilidade de submissão do Brasil a um Tribunal Penal Internacional (art. 5º, §4º); e do incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal, na hipótese de grave violação de direitos humanos (art. 109, §5º).

Tais alterações guardam sintonia com os fundamentos presentes nas disposições originárias da Constituição, como a dignidade da pessoa humana; a cidadania; e o Estado Republicano Democrático (art. 1º, II e III); com o princípio de prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais (art. 4º, II); e com o amplo rol de direitos fundamentais, principalmente os do art. 5º, mas também todos os vários outros dispersos expressa ou implicitamente em todo o texto da Constituição.¹⁸⁹

Como o incremento da valorização dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito tem sido uma constante ascendente desde a promulgação da Carta de 1988, a base desta realidade favorável, conjugada com o arcabouço normativo pré-existente, dotado de uma fartura de princípios e valores afins, propiciou uma assimilação sem percalços da inovação trazida pela EC nº 45/04, com a inclusão do §3º no art. 5º da Constituição.¹⁹⁰

¹⁸⁹ Trata-se da compatibilidade com os *preceitos fundamentais* da Constituição de 1988, assim descritos por André R. Tavares: “Pode-se afirmar que os preceitos fundamentais de uma Constituição cumprem exatamente o papel de lhe conferir identidade própria. Constituem, em seu conjunto, a alma da Constituição. E, embora seja permitida a mudança ou até a supressão de alguns destes preceitos, pela via reformadora (já que nem todos encontram-se, como se verá, acobertados pela garantia explícita da intangibilidade reformadora), pode-se seguramente afirmar que uma alteração mais extensa provocaria a mudança da própria concepção de Constituição até então vigente.” TAVARES, André Ramos. *A Categoria dos Preceitos Fundamentais na Constituição Brasileira*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 34, p. 105 e ss., jan/2001, p. 10 (numeração RT online).

¹⁹⁰ “Assim, as alterações, de forma ou de fundo, acidentais ou substanciais, não ultrapassam a ‘vontade’ constituinte, não suprimem o Poder Constituinte Originário, não substituem a fonte de inspiração da Constituição ou a ideia de direito ali plasmada. Em consequência, não significam ruptura entre a Constituição e a nova forma ou o novo conteúdo constitucional que, certamente, deverão ser conformes, em espírito, inspiração e fundamento, com a Constituição originária, vertida no texto anterior, mesmo quando e se o modifica ou substitui. Dentro deste contexto, é possível admitir-se até mesmo modificação total da Constituição; porém o Poder Constituinte Originário será o mesmo, será ele, ainda, a fonte e o

O fato do primeiro e único, até então, tratado de direitos humanos incorporado com o status de equivalência às emendas constitucionais ter sido a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, também pendeu favoravelmente em prol da legitimação do novo §3º. Por contemplar uma categoria de beneficiários potencialmente aberta e abrangente de todos os seguimentos da coletividade, ou talvez por estar mais propensa a despertar afetividade e solidariedade, a previsão de direitos para os portadores de necessidades especiais é naturalmente recebida com bem menor controvérsia que outras políticas afirmativas voltadas para sujeitos específicos e determinados.

Deste modo, por estar em consonância com as disposições constitucionais e a realidade presente da qual retira a sua eficácia¹⁹¹, foi possível a inserção de uma nova modalidade de expressão do Poder Constituinte Derivado dentro da própria Constituição de 1988, sem deturpá-la. Não obstante tenha ocorrido a promoção de uma mudança na arquitetura do sistema jurídico, através da introdução de uma nova categoria normativa, a das normas equivalentes às emendas constitucionais, restou incólume a identidade da Constituição, ao ponto da natureza jurídica da fonte de modificação do patamar hierárquico constitucional ter se passado tão despercebida.

6. VALIDADE DA NOVA MODALIDADE DE EXPRESSÃO DO PODER CONSTITUINTE DERIVADO:

fundamento da modificação, o que significa dizer que a ideia de direito é a mesma e, quanto à natureza, o resultado da modificação não será, nunca, uma nova Constituição, mas sempre uma ‘alteração’ constitucional da Constituição originária, ainda que o texto apareça com roupagem distinta e renovada.” FERRAZ, Anda Cândida da Cunha. *Mutação, Reforma e Revisão das Normas Constitucionais*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 5, p. 5 e ss., out/1993, p. 2 (numeração RT online).

¹⁹¹ Na constatação jurídico-sociológica de Hesse: “Quando a Constituição ignora o estágio de desenvolvimento espiritual, social, político ou econômico do seu tempo, vê-se privada do imprescindível germe de força vital, tornando-se incapaz de conseguir que se realize o que ela dispõe em contradição com esse estágio de desenvolvimento. Sua força vital e operativa baseia-se na sua capacidade para conectar-se com as forças espontâneas e as tendências vivas da época, da sua capacidade para desenvolver e coordenar essas forças, para ser, em razão do seu objeto, a ordem global específica de concretas relações existenciais.” HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 96-97.

Conforme se apontou, a repercussão da norma do §3º do art. 5º não é singela e sequer meramente acadêmica, isto porque a inserção de uma nova categoria normativa acarretou uma mudança na configuração de todo o sistema jurídico, já que a previsão das normas equivalentes às emendas constitucionais provoca alterações no patamar hierárquico mais alto do ordenamento, afetando o bloco normativo integrado pela Constituição, inobstante a ausência de modificação do seu próprio texto.

Até a EC nº 45/04, o conjunto normativo previsto para a formação do sistema jurídico centrado na Constituição de 1988 havia sido concebido pelo Poder Constituinte Originário através das categorias descritas no art. 59 da Constituição, que contemplou expressamente as: i- emendas à constituição; ii- leis complementares; iii- leis ordinárias; iv- leis delegadas; v- medidas provisórias; vi- decretos legislativos; vii – e as resoluções.

A inserção do §3º no art. 5º da Constituição acarretou uma reconfiguração do sistema jurídico, frente à criação de uma nova categoria normativa, não contemplada originalmente pelo art. 59, notadamente a das normas equivalentes às emendas constitucionais, que embora inidôneas para alterar formalmente o texto constitucional, são dotadas do mesmo valor, hierarquia e efeitos daquelas às quais se equivalem.

Haja vista o seu potencial de interferência no âmbito normativo constitucional, onde quaisquer alterações só podem ser fruto do exercício do Poder Constituinte Derivado, a conclusão decorrente foi a de que o §3 do art. 5º veicula necessariamente uma nova modalidade de expressão deste último.

Partindo-se das premissas já fixadas, de que a norma do novo §3º do art. 5º da Constituição: i) prevê uma nova modalidade de expressão do Poder Constituinte Derivado; ii) e que a sua configuração não representa um subterfúgio para a subversão dos limites expressos e implícitos de alteração da Constituição, conforme impostos pelo Poder Constituinte Originário, a questão a ser enfrentada neste momento remete à fonte desta inovação.

Neste ponto, não se escapa da questão sobre a possibilidade do Poder Constituinte Derivado ser auto-referencial¹⁹², ou seja, de dispor sobre o modelo

¹⁹² Para Ana C. C. Ferraz, a observância do procedimento de reforma previsto pelo Poder Originário é um limite lógico: “Uma conclusão, todavia, decorrência também lógica das constatações retromencionadas se

institucional previsto pelo Poder Originário para o seu exercício e, sendo mais afeto à problemática sob exame, sobre a sua prerrogativa de especificar a si próprio, com a criação de uma nova modalidade para a sua manifestação, como ocorre na hipótese do §3º do art. 5º.

Desde a gênese da ideia de Poder Constituinte, Sieyès já concebia claramente que: *“Aucune sorte de pouvoir délégué ne peut rien changer aux conditions de sa délégation. C’est ainsi et non autrement, que les loix constitutionnelles sont fondamentales.”*¹⁹³ A partir de então passou a ser intrínseco à concepção de Poder Constituinte Derivado, como um Poder ‘delegado’ que é, o entendimento quanto à inviabilidade de que este venha a alterar os limites estabelecidos para a sua atuação.

Portanto, se estivesse facultada ao Poder Constituinte Derivado a possibilidade de alterar as regras procedimentais¹⁹⁴ e os limites materiais previstos para o

impõe: esse ‘poder’, qualquer que seja o rótulo que se lhe dê, por ser um ‘poder’ derivado, constituído pela própria Constituição há de observar: a) o processo de modificação previsto na Constituição; b) os limites eventualmente fixados pelo Poder Constituinte Originário; ...” FERRAZ, Anda Cândida da Cunha. *Mutação, Reforma e Revisão das Normas Constitucionais*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 5, p. 5 e ss., out/1993, p. 2 (numeração RT online). A mesma autora, inclusive, cita o exemplo da Constituição espanhola de 1978, que não possui nenhum limite material, mas entretanto deve obedecer ao limite formal-procedimental: “Apenas para constar observe-se que a Constituição Espanhola de 1978 contém, [...] previstos: emendas, revisão total e revisão parcial da Constituição, ou seja, várias espécies de ‘modificações’ constitucionais. É certo, também, que a Constituição Espanhola adota procedimentos distintos para a reforma e a revisão total ou parcial, especialmente se a revisão afetar o Título Preliminar, cujo conteúdo corresponde aos princípios fundamentais do Estado Espanhol. Observe-se, ademais, que não há limites materiais à reforma constitucional, em qualquer modalidade; essas devem obediência, todavia, às condições de forma e procedimento e aos limites circunstanciais.” FERRAZ, Anda Cândida da Cunha. *Mutação, Reforma e Revisão das Normas Constitucionais*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 5, p. 5 e ss., out/1993, p. 8 (numeração RT online).

¹⁹³ “Nenhum tipo de poder delegado pode alterar as condições de sua delegação. É assim, e não de outro modo, que as leis constitucionais são fundamentais.” SIEYES, Emmanuel. *Qu’est-ce que le Tiers état?* Genève: Librairie Droz, 1970, p. 181.

¹⁹⁴ Quanto às regras do procedimento de emenda, estas: “Seriam, de outra parte, limitações implícitas as relativas ao processo de emenda ou revisão constitucional. É dizer, não se pode admitir Emenda Constitucional tendente a eliminar as cláusulas que impõem limitações, ainda que não exista norma expressa nesse sentido. Ou ainda, não se pode admitir emenda que reduza o quorum para aprovação de novas emendas. É que admitir tal procedimento implicaria dizer que não existem limitações ao poder revisor. Significaria reconhecer que um mero artifício jurídico pudesse subverter todo o sistema. Exemplifiquemos: como já afirmamos, o art. 60, da CF/1988, estabelece as matérias em relação às quais não será sequer objeto de deliberação, a emenda tendente a alterá-las. Imaginemos, nesse contexto, uma proposta de emenda cujo objetivo fosse revogar o art. 60; ou ainda outra que reduzisse significativamente o quórum para aprovação de emendas. Seriam ambas inconstitucionais, pois afrontariam os limites implícitos ao poder reformador.” BARRETO, Paulo Ayres. *Emenda Constitucional*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 21, p. 160 e ss., out/1997, p. 5 (numeração RT online).

seu exercício, restaria mitigado o rigor da ideia de rigidez da Constituição e, principalmente, fulminada a própria natureza e o conceito de Poder Derivado.

Neste sentido, ele de criatura se transmudaria em criador; e de Poder constituído, derivado e, portanto, moldado e delimitado pelo Poder Originário, em um Poder absoluto, para o qual não remanesceria nenhum limite. Assim, qualquer alteração da Constituição representaria em potencial uma manifestação equivalente à do Poder Constituinte Originário, já que, podendo livremente alterá-las, não estaria efetivamente submetido a quaisquer regras anteriores para a realização desta modificação.

Fazendo referência concreta às disposições procedimentais específicas da Constituição de Weimar, Carl Schmitt opôs-se expressamente à modificação auto-referencial do procedimento de reforma constitucional, sob a justificativa de que isto romperia a identidade¹⁹⁵ da Constituição, atribuída com a decisão política fundamental tomada pelo Poder Constituinte Originário. É por esta razão que: *“La facultad de reformar la Constitución, contiene, pues, tan sólo la facultad de practicar, en las prescripciones legal-constitucionales, reformas, adiciones, refundiciones, supresiones, etc.; pero manteniendo la Constitución; no la facultad de dar una nueva Constitución, ni tampoco la de reformar, ensanchar o sustituir por otro el propio fundamento de esta competencia de revisión constitucional; algo así como reformar el art. 76, C. a., siguiendo el procedimiento del propio art. 76 para que las reformas de las leyes constitucionales puedan tener lugar por acuerdo de simple mayoría del Reichstag.”*¹⁹⁶.

Daí a questão: uma nova forma de expressão do Poder Constituinte Derivado, voltada à produção de normas equivalentes às emendas constitucionais – categoria normativa não prevista originariamente na Constituição de 1988 – poderia ser inserida em nossa Constituição rígida pelo próprio Poder Derivado?

¹⁹⁵ No trecho imediatamente antecedente ao citado, Schmitt aponta que: “Los límites de la facultad de reformar la Constitución resultan del bien entendido cocepto de reforma constitucional. Una facultad de ‘reformar la Constitución’, atribuída por una normación legal-constitucional, significa que una o varias regulaciones legal-constitucionales pueden ser sustituidas por otras regulacionaes legal-constitucionales, pero sólo bajo el supuesto de que queden garantizadas la identidad y continuidad de la Constitución considerada como un todo.” SCHMITT, Carl. Teoria de la Constitución. Madrid: Editoria Revista de Derecho Privado, 1934, p. 120.

¹⁹⁶ SCHMITT, Carl. Teoria de la Constitución. Madrid: Editoria Revista de Derecho Privado, 1934, p. 120.

É possível comparar a hipótese em que o Poder Constituinte Derivado venha a alterar a si próprio como equivalente à alteração das regras de um jogo, estando ele em curso, e com base nas suas próprias regras. Torna-se evidente que a partir deste momento não mais se trataria daquele mesmo jogo – visto que o universo finito das potenciais jogadas admissíveis seria inexoravelmente alterado.

Imagine-se a transformação da realidade jurídico-política do país que adviria de uma emenda constitucional que alterasse o procedimento de reforma da Constituição, baixando o quorum deliberativo para o de maioria absoluta, em turno único de votação. Perante a Constituição prolixa de 1988, que regulamenta os mais diversos assuntos, antes afetos exclusivamente à legislação¹⁹⁷, e a decorrente exigência de diversas alianças para a permissão da mudança de políticas públicas através das necessárias reformas constitucionais, a facilitação do procedimento de alteração constitucional afetaria drasticamente a lógica do funcionamento político-partidário – ou seja, haveria uma incisiva mudança das regras do jogo.

Tal alteração certamente encontraria óbices à sua validade¹⁹⁸ dentro da lógica de rigidez constitucional – isto porque, se restasse facultada a alteração

¹⁹⁷ Nesta direção Roger Stiefelmann Leal aponta que: “Assim, a práxis constitucional pós-88 tem evidenciado sensível tendência no sentido da constitucionalização de questões materialmente legislativas. Nesse sentido, o principal instrumento das medidas do governo de maior relevo (previdência, tributação, saúde, educação, assistência etc.) passou a ser, em boa medida, o texto constitucional. Da mesma forma, tem abarcado, paulatinamente, os mais importantes compromissos internacionais assumidos pelo país, bem assim inúmeras imposições normativas de direito ordinário, ainda que extraídas implicitamente de princípios de ampla textura, que – como regra – admitem várias soluções de determinação e ponderação em face dos demais valores que promove. Por conseguinte, fica a lei relegada ao cumprimento de funções de caráter secundário, complementar, típicas dos regulamentos executivos. LEAL, Roger Stiefelmann. Pluralismo, políticas públicas e a Constituição de 1988: considerações sobre a práxis constitucional brasileira 20 anos depois. In: *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 94.

¹⁹⁸ Afastados do fundamento lógico e teórico fundamental da alteração promovida pela EC nº 45/04, os questionamentos que surgiram sobre a validade da Emenda no ponto do §3º do art. 5º, estiveram, no entanto, sempre atrelados à discussão em torno de seu §2º e aos princípios da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais e da dignidade da pessoa humana. Representativo destes posicionamentos: “É de bom alvitre salientar que exclusivamente tendo em mente este posicionamento **é que se poderá pugnar pela constitucionalidade da referida emenda**, ou seja, somente com uma interpretação conforme a Constituição Federal, tendo como fundamento o §2º é que se pode concluir pela constitucionalidade do §3º, quando se concebe que os tratados de direitos humanos incorporados pelo ordenamento jurídico brasileiro adentram-no, inicialmente, como normas constitucionais em sentido material e, somente caso o Congresso Nacional, em momento posterior e por ato de sua vontade exclusivamente discricionário, resolva integrar o texto do tratado formalmente à Constituição é que se fará uso do §3º, submetendo-o ao mesmo procedimento seguido pelas emendas constitucionais. (nosso grifo) OLIVEIRA, Diogo Pignataro. *Os tratados de direitos humanos na contemporaneidade e sua aplicabilidade*

procedimental, a auto-referência também abriria as portas para a incursão sobre os limites materiais – através da denominada *dupla revisão*¹⁹⁹, e assim todos os limites deixariam de representar óbices indelévels e intransponíveis, convertendo-se em meras recomendações.

Alf Ross²⁰⁰, em “*On Self Reference and a Puzzle in Constitutional Law*”, examinou questões lógicas de auto-referência para tratar da possibilidade de alteração do procedimento de reforma constitucional veiculado pelo art. 88 da Constituição da Dinamarca, através das normas procedimentais previstas por ela própria. Ao analisar a questão das sentenças auto-referentes, ele pretendeu extrair daí uma solução aplicável ao direito constitucional. Referenciado por Russell e Whitehead, realizou a demonstração de que a circularidade viciosa é comum aos exemplos de paradoxos, de modo que a alteração do art. 88 com base nele próprio seria um exemplo de auto-referência circular.

Para Ross, a admissão de sua alteração, simplesmente com base no fato de que haveria aceitação popular e pelos membros dos órgãos políticos, não seria sustentável perante a ciência jurídica. Tampouco a peremptória proibição, amparada exclusivamente no óbice da contradição lógico-jurídica seria uma solução desejável, porque ruiria perante a concretude desta realidade sócio-política contrária.

dentro da nova concepção constitucional brasileira: uma análise crítica a teor do §3.º do art. 5.º da CF/88. Revista de Direito Constitucional e Internacional, ano 16, n. 64, p. 297-323, jul.-set. de 2008, p. 320. No mesmo sentido: i) ARAÚJO, José Carlos Evangelista de; LEHFELD, Lucas de Souza. *Os tratados internacionais de direitos humanos no âmbito da Emenda Constitucional 45/2004.* Revista dos Tribunais, ano 95, v. 846, p. 97-116, abr. de 2006, p. 114-115; ii) LIMA, Éric Alexandre Lavoura. *A incorporação de tratados de direitos humanos em face da EC 45/2004: o caso da prisão de depositário infiel.* Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 15, n. 69, p. 200-236, nov./dez. de 2007, p. 228-230; iii) VITTA, Heraldo Garcia. *Tratados internacionais de direitos humanos: visão crítica.* BDA - Boletim de Direito Administrativo, v. 26, n. 6, p. 661-676, jun. de 2010, p. 674-675.

¹⁹⁹ “Na linha de argumentação desenvolvida por Carl Schmitt, a doutrina constitucional alemã admite que o princípio de continuidade e identidade da Constituição não protege apenas os princípios contemplados pelas garantias de eternidade. Afirma-se, quase sem contestação, que também a cláusula de eternidade é insuscetível de alteração. Tal como realçado por Maunz, ‘constitui imperativo de uma norma de lógica (Normlogik) que, além dos princípios declarados intocáveis, também a própria cláusula pétrea que declara a imutabilidade deve ser considerada intangível.’ Frustra-se, assim, a possibilidade de o legislador constituinte proceder à dupla revisão, eliminando a cláusula pétrea e, posteriormente, os princípios por ela protegidos. Na mesma linha de raciocínio, afirma Konrad Hesse que a proteção de imutabilidade há de abranger o próprio art. 79 na sua substância [...]. Também no que concerne às disposições relativas ao processo de revisão constitucional, desenvolve Bryde uma fundamentação específica para admitir a impossibilidade de alteração que implique maior facilidade de aprovação de emenda constitucional, ...” MENDES, Gilmar Ferreira. *Os Limites da Revisão Constitucional.* Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 21, p. 69 e ss., out/1997, p. 8 (numeração RT online).

²⁰⁰ ROSS, Alf. *On Self Reference and a Puzzle in Constitutional Law.* In: Mind, New Series, Vol. 78. No. 309 (Jan., 1969), p. 1-24. Oxford University Press on behalf the Mind Association.

Portanto, além da evidência fática de que a alteração do art. 88 da Constituição da Dinamarca com base em seu próprio procedimento seria tranquilamente acolhida, Ross busca uma solução respaldada dentro do sistema jurídico. Neste sentido, retoma o conceito das normas procedimentais de edição normativa como normas de competência que remontam a outras das quais hauriram tal competência, e assim chega ao art. 88 como o termo final desta sequência, que retiraria sua validade da norma hipotética básica e não emendável do sistema:

*Although there is no higher instituting a procedure of amendment (for this would constitute a higher authority) there is still a higher norm investing art. 88 with conditional validity, and this norm is the basic, unamendable norm of the system.*²⁰¹

E é justamente nesta norma básica, de onde provém a competência instituída através do art. 88, que Ross concebe uma autorização latente para que seja sempre possível, mas temporária, a criação de normas que alteram as próprias normas de reforma:

The basic norm would be of this style:

*N0: Obey the authority instituted by art. 88, until this authority itself points out a successor; then obey this authority, until it itself points out a successor, and so on indefinitely.*²⁰²

Do ponto de vista da sucessão lógica do encadeamento normativo a solução é valiosa, porque quebra a auto-referência, ao projetar em uma terceira norma implícita a autorização para a modificação do procedimento de reforma constitucional. Assim Ross rompe a circularidade auto-referencial e dá um suporte normativo de validade para a reforma, fora do art. 88 da Constituição da Dinamarca. Neste sentido, a modificação estaria contida dentro do sistema, sem que com isso haja a dissolução de sua continuidade, com a referida alteração implicando no início de um novo sistema.

Deste modo, se o novo §3º do art. 5º da Constituição implicasse em auto-referência, ou ele seria inválido, porque não poderia ser incluído *a posteriori* pela Emenda

²⁰¹ Id., p. 21-22.

²⁰² Ibid., p. 24.

Constitucional nº 45/04, frente à rigidez da Constituição de 1988, que impede o Poder Constituinte Derivado de dispor sobre si próprio, alterando as regras do jogo constitucional, ou seria necessário recorrer à norma hipotética de Alf Ross para justificá-lo.

Ocorre que a norma do §3º do art. 5º não se envolve propriamente nesta problemática, porque ao invés de alterar o processo legislativo de emenda à Constituição, já que o regramento do art. 59, I c/c art. 60 mantém-se intacto, ela veicula uma nova hipótese de manifestação do Poder Constituinte Derivado que, sem a aptidão para interferir deleterianamente no primeiro, é mais rígida e está contida por ele.

Apesar de no fundo haver certo nível de auto referência ao se estar diante do Poder Constituinte Derivado especificando a si próprio, através da criação de outra modalidade para a sua expressão, aqui ela é diminutamente parcial; não altera propriamente, nem subverte o Poder Constituinte Derivado; e, portanto, não se trata de uma auto referência genuinamente relevante porque não ocorre a circularidade hermética paradoxal constatada por Ross.

De fato, a realização de emendas ao texto da Constituição continua obedecendo ao mesmo procedimento que sempre se seguiu desde 1988. O novo §3º do art. 5º da Constituição, nos termos em que inserido pela EC nº 45/04, afastou maiores complicações neste sentido, ao dispor expressamente sobre uma nova categoria normativa que não se confunde com as emendas constitucionais, não obstante se equivalha a elas, e que tampouco serve de expediente camuflado para a distorção dos limites de modificação em âmbito constitucional.

Sendo compatível com a Constituição de 1988 e os limites procedimentais e materiais para a sua reforma, também não se tratando de auto-referência relevante, porque parcial e reduzida – ao afastar-se desta problemática, não resta dúvida sobre a validade do novo §3º do art. 5º e, portanto, da nova modalidade de expressão do Poder Constituinte Derivado.

7. O REALCE DO PAPEL DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA NO PROCESSO LEGISLATIVO DE PRODUÇÃO NORMATIVA EM NÍVEL CONSTITUCIONAL:

Verifica-se que o modelo jurídico-institucional adotado pela Constituição de 1988 para a incorporação de tratados internacionais em geral (inalterado pela EC nº 45/04) é um modelo complexo, que resulta da conjugação de vontades dos Poderes Executivo e Legislativo²⁰³ (art. 84, VIII c/c art. 49, I, da CF/88) e confere preponderância ao papel exercido pelo Presidente da República.

Neste sentido, mesmo após a autorização do Congresso Nacional, ainda permanece no âmbito da discricionariedade do Presidente a ratificação do ato normativo internacional²⁰⁴, o qual poderá simplesmente não efetivá-la²⁰⁵. Se do contrário se operar a

²⁰³ Não obstante, sem a interferência do Congresso Nacional, em exceção, são admitidos os denominados acordos executivos: “Acordos executivos podem ser definidos como um procedimento simplificado na celebração e aprovação dos tratados internacionais, no qual não há a participação do Poder Legislativo na sua aprovação, ou seja: o ato internacional entra em vigor com a simples assinatura do Chefe do Estado” [...] “Segundo esclarece Cachapuz de Medeiros, vários outros doutrinadores como Manoel Gonçalves Ferreira Filho; Celso de Albuquerque Mello; Guido Fernando Silva Soares e José Francisco Rezek entendem ser possível, no direito constitucional pátrio, a adoção do procedimento abreviado na aprovação dos tratados internacionais, tendo como fundamento os costumes e a prática internacional e desde que os atos internacionais não venham a acarretar nenhum ônus ao patrimônio nacional. GOMES, Eduardo Biacchi. *Tratados Internacionais: um ensaio sobre alguns aspectos relevantes nos ordenamentos jurídicos brasileiro e norte-americano*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 46, p. 317 e ss., jan/2004, p. 2-3; 6 (numeração RT online).

²⁰⁴ “Concluída a negociação de um tratado, é certo que o presidente da República – que, como responsável pela dinâmica das relações exteriores, poderia não tê-la jamais iniciado, ou dela não ter feito parte, se coletiva, ou haver ainda, em qualquer caso, interrompido a participação negocial brasileira – está livre para dar curso, ou não, ao processo determinante do consentimento. [...] tanto pode o chefe do governo mandar arquivar desde logo o produto a seu ver insatisfatório de uma negociação bilateral ou coletiva, quanto determinar estudos mais aprofundados na área do Executivo, a todo momento; e submeter quando melhor lhe pareça o texto à aprovação do Congresso. Tudo quanto não pode o presidente da República é manifestar o consentimento definitivo, em relação ao tratado, sem o abono do Congresso Nacional. **Este abono, porém, não o obriga à ratificação.** Isto significa, noutras palavras, que a vontade nacional, afirmativa quanto à assunção de um compromisso externo, assenta sobre a vontade conjugada dos dois poderes políticos. A vontade singular de qualquer deles é *necessária*, porém não *suficiente*.” (nosso grifo). REZEK, Francisco. *Direito internacional público*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 64.

²⁰⁵ “Habilitado a *ratificar* tratados internacionais está somente o Chefe do Executivo e mais ninguém. É sua, nesta sede, a última palavra. Ao Parlamento incumbe aprovar ou rejeitar o tratado assinado pelo Executivo, mais nada. A expressão ‘resolver definitivamente sobre tratados’, assim, deve ser entendida em termos, não se podendo dar a ela significado acima de seu real alcance. E isto porque ‘resolver definitivamente’, no sistema brasileiro, não significa ratificação, que é ato próprio do Chefe do Executivo, responsável pela dinâmica das relações internacionais, a quem cabe decidir tanto sobre a conveniência de iniciar as negociações, como sobre a de ratificar o ato internacional já concluído. Por conseguinte, incumbe ao Parlamento aprovar ou não os tratados submetidos à sua apreciação, e ao Chefe do Executivo ratificá-los,

praxe, que é a posterior ratificação, ainda assim a vigência interna do tratado (a sua definitiva incorporação no ordenamento jurídico interno) depende de promulgação, através da publicação de Decreto Federal que veicule o seu teor, para que só assim seja exigível o seu cumprimento no Brasil²⁰⁶.

Traçando-se um paralelo com o procedimento legislativo das emendas constitucionais – antes da EC nº 45/04 o único meio regular de introduzir no sistema jurídico normas com nível hierárquico constitucional (excetuada a já exaurida revisão constitucional prevista no art. 3º do ADCT da CF/88) –, há de se observar que, inversamente, nele o Presidente da República somente tem a possibilidade de exercer uma posição que é muito menos expressiva.

No âmbito de exercício do Poder Constituinte Derivado tradicional, ao Chefe do Poder Executivo da União facultou-se apenas a iniciativa para a apresentação de proposta de emenda à Constituição, limitando-se, deveras, a sua condição de influenciar a sorte do processo legislativo já que, diferentemente da hipótese de incorporação de atos normativos internacionais, em relação à qual sua competência é privativa para a celebração (art. 84, VIII, da CF), por isso imprescindível a sua atuação para a incorporação de quaisquer atos internacionais, no que concerne às Emendas Constitucionais ainda é possível a sua proposta por: (i) um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal (art. 60, I, da CF/88); (ii) e mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros (art. 60, III, da CF/88).

se aprovados pelo Congresso. [...] O Congresso Nacional, por conseguinte, só resolve *definitivamente* sobre os tratados quando rejeita o acordo, ficando o Executivo, neste caso, impedido de ratificá-lo. Em caso de aprovação, quem resolve de modo definitivo é o Chefe do Executivo, ao ratificar ou não o tratado.” MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Poder Legislativo e os Tratados Internacionais: O Treaty-Making Power na Constituição de 1988*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 38, p. 9 e ss., jan/2002, p. 8 (numeração RT online).

²⁰⁶ “No Brasil se *promulgam* por decreto do presidente da República todos os tratados que tenham feito objeto de aprovação congressional antes da ratificação ou adesão. *Publicam-se* apenas, no Diário Oficial da União, os que hajam prescindido do assentimento parlamentar e da intervenção confirmatória do chefe de Estado. No primeiro caso, o decreto de promulgação não constitui reclamo constitucional: ele é produto de uma praxe tão antiga quanto a Independência e os primeiros exercícios convencionais do Império. Cuida-se de um *decreto*, unicamente porque os atos do chefe de Estado costumam ter esse nome. Por nada mais. Vale como ato de *publicidade* da existência do tratado, norma jurídica de vigência atual ou iminente. Publica-os, pois, o órgão oficial, para que o tratado – cujo texto completo vai em anexo – se introduza na ordem legal, e opere desde o momento próprio.” REZEK, Francisco. *Direito internacional público*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 79.

Além do mais, uma vez formulada a proposta de emenda à Constituição, encerra-se por completo o papel do Presidente da República, já que as emendas, ao contrário do que ocorre com as leis, não dependem de sanção do Presidente, razão pela qual o art. 60, §3º, da CF/88 determina que a emenda à Constituição seja promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, após a sua aprovação por três quintos dos votos, em dois turnos de votação, em cada Casa do Congresso Nacional.

De modo oposto, na incorporação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, após idêntico rito de aprovação, que lhe conferiu equivalência às emendas constitucionais, com a elevação de suas normas ao status hierárquico daquelas inseridas na Constituição, sua incorporação definitiva ao nosso ordenamento jurídico dependeu de um ato decisivo do Presidente da República, consubstanciado na ratificação internacional da Convenção e de seu Protocolo Facultativo e, principalmente, na sua promulgação.

Tendo em vista o realce de sua atuação neste procedimento, que possui o efeito prático, com o perdão da redundância, equivalente ao da elaboração de emendas à Constituição, já que tem o condão de elevar as normas internacionais ao nível hierárquico das normas constitucionais, pode-se concluir que, de mero coadjuvante (iniciador, nada mais) no exercício do Poder Constituinte Derivado, ele foi alçado à posição de protagonista decisivo do processo²⁰⁷.

E ainda que outro tivesse sido o *iter* procedimental para a admissão da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, como na hipótese em que primeiramente viesse a ser efetivada a sua incorporação pelo procedimento ordinário e, após, quando já introduzida definitivamente no ordenamento interno, fosse deliberada a concessão de sua eficácia constitucional através do rito do §3º – hipótese esta que será investigada em outra parte deste trabalho, juntamente com o exame da atribuição de qualificação constitucional aos tratados já incorporados – a intensificação do papel do Presidente da República em todos estes outros possíveis procedimentos permanece

²⁰⁷ Em sentido oposto: “Dessa forma, foi restringida a abrangência do art. 5.º, §2.º, marcando um efetivo retrocesso político/jurídico, pela formalização de uma legalidade positivista e abstrata, que coloca nas mãos de um único poder institucionalizado, o Legislativo, o papel de sintonizar a ordem jurídica interna aos valores universais dos direitos humanos. Nesse sentido, há que serem tecidas críticas à atual redação do art. 5.º, §3.º, da CF/1988.” REDIN, Giuliana. *Crítica ao §3º do Art. 5º da CF/1988 à Luz da Internacionalização dos Direitos Humanos*. Revista de Direito Constitucional e internacional, São Paulo, v. 59, p. 345 e ss., abr/2007, p. 2 (numeração RT online)

igualmente válida. Basta observar que, sem a sua participação, não se opera a introdução dos diplomas internacionais na ordem jurídica interna.

Por esta razão, o incremento de importância da intervenção do Presidente da República na nova modalidade de manifestação do Poder Constituinte Derivado voltado à incorporação de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos com status de emenda constitucional não passou *in albis*, no que concerne à problemática decorrente das vicissitudes que passaram a envolver a sua atuação no processo.

Tais questões, obviamente não experimentadas no tradicional processo de emenda à Constituição, serão devidamente indicadas e enfrentadas mais adiante, tendo em vista que o desfecho do assunto relativo ao Poder Constituinte Derivado ainda exige desforço conceitual e classificatório, o qual será empreendido a seguir.

8. O NOVO PODER CONSTITUINTE DERIVADO DE EQUIVALÊNCIA ÀS EMENDAS CONSTITUCIONAIS (PCDEEC):

A começar pelo resultado do processo legislativo, através do qual se chega a uma nova categoria normativa dentro do sistema jurídico, a das normas equivalentes às das emendas constitucionais, tem-se um primeiro elemento que destaca a modalidade inserida pela Emenda Constitucional nº 45/04 daquela tradicional do Poder Constituinte Derivado.

No plano material, para as emendas à Constituição se abre um universo muito mais amplo que o de suas equivalentes. Desde que sejam respeitados os limites materiais do §4º do art. 60, o Poder Constituinte Derivado não se encontra restrito à matéria de direitos humanos, como na modalidade do §3º do art. 5º, podendo dispor sobre uma bem mais vasta temática, com total liberdade para elaboração do texto modificador da Constituição.

Além do inferior potencial criativo de inovação da Constituição, sob a perspectiva comparativa dos órgãos envolvidos no processo legislativo, a nova modalidade de expressão do Poder Constituinte Derivado criada com a inserção do §3º no art. 5º

também discrepa do modelo jurídico-institucional do processo legislativo de emenda à Constituição.

Na hipótese das emendas constitucionais, excetuando-se o momento inicial de deflagração do processo, quando para a apresentação da proposta existe a possibilidade de intervenção do Presidente da República e a dificultosa iniciativa de sua formulação por mais da metade das Assembleias Legislativas dos Estados (com maiorias relativas), o cerne do processo legislativo é todo concentrado em um único órgão, o Congresso Nacional, através de suas duas Casas, ao qual é inclusive cometida a promulgação da própria emenda constitucional aprovada²⁰⁸.

Como o poder do Presidente da República e a capacidade deliberativa das Assembleias Legislativas se exaurem com a apresentação da proposta de emenda, a partir deste momento todo o processo decisório fica na dependência exclusiva do Congresso Nacional, cuja deliberação se torna a condição *sine qua non* para a efetivação da proposta com a sua conversão em emenda constitucional.

Além de órgão deliberativo exclusivo para a expressão do Poder Constituinte Derivado tradicional, o Congresso Nacional independe da atuação dos dois outros órgãos legitimados, já que, cada Casa, através do mínimo de um terço de seus membros, também é dotada da prerrogativa propositiva. Por outro lado, o Congresso sequer fica jungido aos termos da proposta apresentada pelos outros agentes legitimados, sendo-lhe facultada ampla margem para a sua alteração.

Deste modo, se em tese o Congresso resolver recusar indiscriminadamente as propostas oriundas *externa corporis*, ele possui auto-suficiência para se converter em senhor exclusivo do processo legislativo de emenda constitucional, tendo em conta a previsão de sua atuação em todo o processo, não se resumindo à prerrogativa exclusiva de deliberação sobre as propostas.

Diferentemente, no modelo institucional do §3º do art. 5º da Constituição, já posto em concreto na ocasião de incorporação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, as duas Casas Legislativas perdem a exclusividade do papel deliberativo na expressão do Poder Constituinte Derivado e concomitantemente se encontram tolhidas de sua auto-suficiência no curso do processo legislativo.

²⁰⁸ Cf. art. 60, §3º, da CF/88.

A adesão aos tratados e convenções internacionais representa um ato de Soberania Nacional e, não obstante seja submetida à apreciação do Congresso Nacional (art. 49, I), foi cometida pela Constituição de 1988 exclusivamente ao Presidente da República (art. 84, VIII), como agente credenciado a manifestar a vontade da República Federativa do Brasil na ordem internacional.

Como a norma do §3º do art. 5º, mesmo com o seu laconismo, não dá azo a uma ilação plausível no sentido de alijar o Presidente da República do processo de incorporação de tratados internacionais, notadamente aqueles sobre direitos humanos, a modalidade do Poder Constituinte Derivado para a adoção de normas equivalentes às emendas constitucionais, à diferença da modalidade tradicional voltada à confecção de emendas, não mais concentra sua expressão em um único órgão, afastando o Congresso Nacional da posição de único protagonista do processo.

Se para a emenda do texto constitucional era possível uma atuação exclusiva do Congresso Nacional, para o processo legislativo de incorporação de um tratado sobre direitos humanos com o status de equivalência às emendas constitucionais é condição imprescindível a atuação concomitante (ou remota) de um segundo ator legislativo: o Presidente da República.

Já sob o viés da confecção do texto normativo, impende notar que a conjunção de vontades transcende o âmbito interno, visto que à apreciação do Congresso Nacional deve necessariamente preceder uma convergência de vontades no plano internacional, de modo que uma manifestação conjugada das Pessoas de Direito Público Externo para a formação do tratado representa um elemento preliminar *sine qua non*.

Como a modalidade do Poder Constituinte Derivado prevista no §3º do art. 5º da Constituição somente pode se expressar em relação aos tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos, disto deduz-se, obviamente, que os textos normativos devem pré-existir ao processo legislativo de sua incorporação com equivalência às emendas constitucionais.

Neste sentido, o elemento *exterior*, ou seja, o texto normativo internacional, ganha maior relevo no processo, já que o Congresso Nacional, antes dotado, embora não absoluta, mas, inegavelmente, de amplíssima liberdade material para a elaboração das emendas, agora, além do âmbito temático restrito, encontra-se adstrito ao

bloco do texto normativo pré-confeccionado que forma o tratado já aprovado na esfera internacional²⁰⁹.

Em suma, a nova modalidade do Poder Constituinte Derivado especificada pela Emenda Constitucional nº 45/04 distingue-se daquela concebida pelo Poder Originário pela presença dos seguintes elementos distintivos: i) é destinada à produção da nova categoria das normas equivalentes à das emendas constitucionais, que pairam ao lado destas com a mesma hierarquia e efeitos, mas são inidôneas para a modificação textual da própria Constituição; ii) limita-se à matéria dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos; iii) encontra-se alijada de disposição sobre o texto do diploma normativo, cuja formulação é obra de terceiros (Pessoas Jurídicas de Direito Internacional) na ordem externa; iv) e para sua manifestação requer-se a necessária atuação conjugada de dois órgãos internos: o Congresso Nacional e o Presidente da República – rompendo-se a exclusividade e auto-suficiência do primeiro.

Portanto, atualmente em nosso ordenamento jurídico, após a inserção do §3º no art. 5º da Constituição, pela EC nº 45/04, o Poder Constituinte Derivado pode ser classificado como um gênero do qual derivam duas modalidades ativas²¹⁰ distintas: i) a do tradicional Poder Constituinte Derivado de Emenda à Constituição, notoriamente destinado à reforma constitucional através da elaboração de emendas ao seu texto; ii) e a do novo Poder Constituinte Derivado de Equivalência às Emendas Constitucionais, voltado à incorporação de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos com o status normativo de equivalência às emendas constitucionais.

²⁰⁹ Na mesma direção, notadamente quanto à aprovação do texto em bloco: “Vale lembrar que a elaboração de tratados e convenções internacionais exibe evidente déficit democrático. Não são elaborados por meio de representantes democraticamente eleitos pelas populações implicadas. Quando muito, são aprovados pelos parlamentos nacionais envolvidos, mas o são – na maioria dos casos – sem a possibilidade de modificações parlamentares. São aprovados ou reprovados em bloco, ressalvada a eventual existência de cláusulas de reserva (porém, desde que admitidas pelo próprio tratado ou convenção internacional ...).” AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. *Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos e o Pensamento de Celso Lafer*. São Paulo: no prelo.

²¹⁰ Diz-se ativas porque a revisão constitucional prevista no art. 3º do ADCT da CF/88 já se exauriu no passado, representando atualmente um dado histórico.

9. O PODER CONSTITUINTE DERIVADO DE EQUIVALÊNCIA OBEDECE AOS MESMOS LIMITES DO PODER CONSTITUINTE DERIVADO DE EMENDA?

Comungando da mesma natureza de Poder Constituinte Derivado, a nova modalidade do Poder Constituinte Derivado de Equivalência às Emendas, apta a inovar no nível normativo constitucional, ao lado da inerente limitação formal, estaria igualmente jungida aos mesmos limites instituídos pelo Poder Constituinte Originário para a reforma da Constituição?²¹¹

Não obstante a específica limitação temática seja um dos poucos elementos expressos que se depreendem do texto lacônico do §3º do art. 5º da Constituição, ainda assim ela não esgota a questão a respeito da aplicabilidade ao Poder de Equivalência dos demais limites materiais impostos ao Poder de Emenda, os quais, nos termos do §4º do art. 60, da CF/88, impedem que sequer seja objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: i) a forma federativa de Estado; ii) o voto direto, secreto, universal e periódico; iii) a separação dos Poderes; iv) e os direitos e garantias individuais.

Como a restrição temática expressa no §3º do art. 5º já representa uma limitação intrínseca, não há dificuldade para concluir que o próprio dispositivo, *per se*, contém pelo menos duas das quatro limitações, já que não é afeto aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos ou, de modo mais incisivo, a estes seria esdrúxulo acarretar a supressão da separação de poderes ou a alteração da forma dos Estados que a eles viessem a aderir (art. 60, §4º, I e III) – embora isto não implique em afastar de antemão e em absoluto eventuais disposições dos diplomas internacionais que possam gerar embaraços em sua harmonização interna.

O voto direto, secreto, universal e periódico (art. 60, §4º, I), como direito político individual necessário à cidadania democrática, já constava como consagrado

²¹¹ Igualmente: “Em outras palavras, estão os tratados de direitos humanos incorporados ao direito interno brasileiro, nas condições estabelecidas pela EC 45/04, sujeitos aos limites materiais do poder de reforma, que, igualmente, submetem a normatização constitucional derivada aos traços fundantes do projeto constitucional implantado em 5 de outubro de 1988.” RAMOS, Elival da Silva. Os tratados sobre direitos humanos no direito constitucional brasileiro pós-emenda constitucional. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Orgs.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 176.

expressamente dentre os direitos fundamentais pela previsão do art. 14 da Constituição, no sentido de que “*A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos ...*”. Por esta razão, a problemática da incorporação de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que contenham disposições diversas ou específicas a respeito do sufrágio, em nada difere quanto aos demais direitos e garantias individuais.

Deste modo abrangente, no que diz respeito ao limite imposto à tendência de supressão destes direitos fundamentais constitucionais (art. 60, §4º, I c/c IV), acima já se apontou a inépcia do manejo do novo §3º do art. 5º neste sentido, tendo em vista que a modalidade do Poder Constituinte Derivado de Equivalência às Emendas Constitucionais não representa um expediente propenso à exclusão de direitos, pelo contrário, sua vocação é agregadora²¹².

Isto decorre da específica natureza dos direitos humanos, cuja condição de validade e o modo de aplicação diferem dos demais, já que o potencial conflito de direitos fundamentais, na hipótese de concorrência de dois ou mais direitos entre si, não faz com que a prevalência de um deles, à luz das ponderações de um caso específico²¹³, acarrete a supressão da validade dos demais, de modo que uma alteração nas condições fáticas é passível de proporcionar a inversão da solução dada, vindo a predominar o direito então preterido.²¹⁴

²¹² Esta solução é prevista expressamente pelo inciso 22 do art. 75 da Constituição da Argentina: “... en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”. Em seu estudo de direito comparado, Andreola informa que este “item, de que os tratados com hierarquia não derogam parte alguma da primeira parte da Constituição, traz como consequência que esta e aqueles são compatíveis e cabe aos Tribunais somente a harmonização das suas disposições nos casos concretos. Esta é a interpretação sustentada pela Corte Suprema da Argentina, que não concorda com a ideia de alguns que acreditam que deverá ser realizado controle de constitucionalidade sobre as disposições dos tratados que derogam tais disposições, uma vez que já foi efetivado um juízo de compatibilidade entre os tratados de direitos humanos e a Constituição, no momento em que é declarada a hierarquia constitucional dos mesmos.” ANDREOLA, Susana Cordenonsi. *Tratados Internacionais no Direito brasileiro e argentino*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 17, n. 67, p. 279-318, abr./ jun. 2009.

²¹³ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 105 e ss.

²¹⁴ Nesta direção é a observação de Carvalho Ramos: “É claro que, em face da pluralidade dos direitos humanos, fica difícil, muitas vezes, identificar qual é a ‘norma mais favorável’, uma vez que uma norma mais protetiva a determinado indivíduo pode desproteger outro, como nos mostram os clássicos conflitos entre a proteção do meio ambiente e o direito de propriedade, ou entre a liberdade de informação e a privacidade. Neste ponto, há de se valorizar a atividade de ponderação de interesses que é desenvolvida,

Não obstante o inciso IV, do §4º, do art. 60 da Constituição se referir expressamente aos direitos e garantias individuais, em relação aos direitos sociais e aos de terceira dimensão previstos nos tratados incorporados opera-se a mesma lógica, com a agregação de novos direitos provocando a expansão do rol de normas a serem contempladas na adoção de uma solução que ofereça melhor proteção ou que seja a mais adequada ao caso concreto.

E também decorrente das disposições expressas, revela-se mais uma faceta do limite material intrínseco ao Poder de Equivalência: o §3º, ao se referir à “*aprovação de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos*”, em *contrario sensu*, implica necessariamente na explícita vedação à aprovação de tratados e convenções internacionais para *a supressão* de direitos humanos.

A expressão “*sobre direitos humanos*” denota necessariamente a previsão; instituição; fixação; criação de direitos humanos, sendo este sentido corrente o que torna absolutamente implausível a cogitação de sua neutralidade semântica na direção de albergar qualquer medida que verse sobre estes direitos, como a hipótese supressiva. Portanto, encontram-se plenamente fora do seu significado admissível os tratados ou convenções que venham a suprimi-los, os quais podem receber a denominação de tratados de *regime de exceção transitória*, de *combate ao terrorismo*²¹⁵, ou qualquer outra, exceto a de tratados *sobre direitos humanos*.

sem maiores traumas, pelos órgãos internacionais judiciais ou quase-judiciais de direitos humanos. CARVALHO RAMOS, André de. *O Diálogo das Cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos*. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Orgs.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 823-824.

²¹⁵ Tais tratados foram cotejados por Carlos Blanco: “Em primeiro lugar, dir-se-ia que os instrumentos internacionais de combate ao terrorismo são dispersos: há mais de 13 convenções, a maioria das quais no âmbito das Nações Unidas; e há uma multiplicidade de regimes internos de natureza penal; mas aquilo que ressalta é o defasamento entre muitos desses instrumentos internacionais de combate ao terrorismo e as novas exigências impostas pelo terrorismo internacional de massas. [...] Em segundo lugar, dir-se-á que hoje em dia parece ser inevitável falar-se na restrição aos direitos fundamentais como consequência da luta anti-terrorista, porque essas realidades derivam já das próprias convenções que os estados ratificaram na repressão ao terrorismo, como efeito, inclusive, das resoluções do conselho de segurança das Nações Unidas, que vinculam os membros da organização. Direitos como a liberdade de circulação, liberdade de expressão, liberdade de imprensa, inviolabilidade de domicílio e correspondência, privacidade, asilo, liberdade religiosa, e inviolabilidade dos locais de culto, o sigilo bancário e iniciativa econômica privada, bem como certas faculdades no âmbito ou no plano de imigração e consistem imposições jurídicas ativas que inevitavelmente irão sofrer condicionamentos ao seu exercício.” MORAIS, Carlos Blanco de. *Anais do XIII Encontro Nacional de Direito Constitucional – Direitos Humanos Fundamentais: Associação Brasileira dos Constitucionalistas – Instituto Pimenta Bueno*. São Paulo: Escola Superior de Direito S/C Ltda., 2005, p. 161.

A própria caracterização do Poder Constituinte Derivado de Equivalência é dependente da peculiaridade deste universo material mais estreito que lhe é inerente. Simplesmente por se encontrar jungida aos textos normativos dos tratados e convenções internacionais *sobre direitos humanos* (diplomas supressores de direitos jamais podem ser assim entendidos); direitos estes cuja natureza especial admite a sua concorrência, sem que a prevalência de um deles em um caso concreto venha a invalidar os demais; a modalidade do §3º do art. 5º já é expressamente dotada, *per se*, de limites mais restritos do que aqueles previstos no art. 60, §4º, IV, da Constituição de 1988.

No contexto destas considerações sobre a plena aplicação das limitações materiais pré-concebidas para o Poder de Emenda à nova modalidade do §3º do art. 5º, notadamente a respeito da natureza peculiar dos direitos humanos, o Artigo 29 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência oferece um valioso exemplo concreto, à luz da cláusula pétrea expressa no inciso II do §4º do art. 60 da CF/88, que torna indelével o “*voto direto, secreto, universal e periódico*”.

A incorporação do referido dispositivo com equivalência de emenda constitucional acarretou uma efetiva inovação constitucional no âmbito dos direitos políticos das pessoas portadoras de necessidades especiais. Eis o seu teor:

Artigo 29

Participação na vida política e pública

Os Estados Partes garantirão às pessoas com deficiência direitos políticos e oportunidade de exercê-los em condições de igualdade com as demais pessoas, e deverão:

a) Assegurar que as pessoas com deficiência possam participar efetiva e plenamente na vida política e pública, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos, incluindo o direito e a oportunidade de votarem e serem votadas, mediante, entre outros:

(...)

iii) Garantia da livre expressão de vontade das pessoas com deficiência como eleitores e, para tanto, **sempre que necessário e a seu pedido, permissão para que elas sejam auxiliadas na votação por uma pessoa de sua escolha**; (nosso grifo)

Se o auxílio na votação foi incorporado como um direito político individual e fundamental, na especificidade desta situação não é mais possível manter o voto direto e secreto – uma terceira pessoa necessariamente intermediará o ato e conhecerá o teor do voto. Seria então este inciso “iii” inconstitucional, por ofensa ao limite imposto pela cláusula pétrea do voto *direto e secreto*?

Pensem nas pessoas que se encontram imobilizadas, como aquelas com tetraplegia ou as que não possuem os membros superiores e, eventualmente, aquelas com necessidade especial de visão. A inflexibilidade do voto *direto e secreto* é o que atende melhor aos seus interesses?

Em se entendendo que não, é possível concluir que o advento da Convenção representou um *plus*, uma densificação da tutela dos direitos políticos das pessoas com necessidades especiais, que de modo algum invalida o direito petrificado, mas com ele se concilia perfeitamente. Ademais, o voto direto e secreto remanesce generalizadamente com aplicação plena, mesmo porque o Art. 29 da Convenção abre uma hipótese que, além de excepcional, é condicionada e facultativa, tendo em vista que o auxílio deve ser não só objetivamente necessário, mas também subjetivamente requerido pelo beneficiário à pessoa de sua confiança, livremente escolhida.

Quanto à aplicação dos demais limites ao Poder de Emenda, a partir deste ponto o laconismo do §3º se evidencia e, se a limitação material do Poder Derivado de Equivalência pode ser obtida a partir dos termos expressos para a sua configuração, em relação a eventuais limites circunstanciais e procedimentais o dispositivo quedou-se omissivo, exigindo um esforço hermenêutico que transcende completamente a sua expressão textual.

Constituem limites circunstanciais à manifestação do Poder Constituinte Derivado de Emenda a existência de situações excepcionais, como as de intervenção federal, estado de defesa ou estado de sítio, conforme indicado no §1º do art. 60 da Constituição de 1988. Em razão do especial momento vivenciado nestas situações de anormalidade político-institucional, o Poder Originário vedou alterações constitucionais em contextos de instabilidade, como mais um expediente, ao lado do processo legislativo mais rígido e da imunização de algumas matérias, voltado a reforçar a inexorabilidade da Constituição.

Vindo a completar o quadro de sua salvaguarda, o §5º do art. 60 impediu que a matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada viesse a ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa, com o escopo de reforçar a idoneidade constitucional, impedindo a imediata recalcitrância a respeito de intenções de alteração já malfadadas.

Levando-se então em conta o perfil agregador de direitos do novo Poder Constituinte Derivado de Equivalência, a partir de sua delimitação material através do §3º do art. 5º, que implica na drástica redução temática do seu potencial efetivo (“*ofensivo*”) de alteração do patamar hierárquico constitucional, frente à expressa omissão a respeito de limites circunstanciais e procedimentais ao seu exercício, incide a questão se estes ainda assim se aplicam, em analogia com o Poder Constituinte Derivado de Emenda.

Relevante para desvendar a solução mais adequada é indagar se a previsão dos limites circunstanciais e procedimentais pelo Poder Originário foi teleologicamente concebida apenas para evitar alterações lesivas à Constituição ou para frear quaisquer que fossem as mudanças.

No caso do Poder Derivado de Emenda, é incontroverso que a limitação circunstancial e procedimental imposta expressamente no texto constitucional não entra no mérito qualitativo da proposta apresentada. O contexto de instabilidade jurídico-política das instituições foi considerado, *per se*, como presunção *jure et de jure* de que o momento vivenciado não permitiria a tranquilidade que é imprescindível à promoção de qualquer alteração da Constituição.

Esta presunção absoluta é da mesma natureza daquela que impede a habilitação de pessoas com dezesseis anos para a condução de veículos. Do mesmo modo que podem existir pessoas já aptas à condução em tal idade, inclusive mais habilitadas que pessoas maiores de dezoito anos, da mesma forma não seria impossível, no plano concreto, a realização de alterações constitucionais acertadas, mas o Poder Originário reputou sua menor probabilidade no contexto de crise institucional.

E ainda que positivas as mudanças, o limite circunstancial vem a frear a agregação de direitos fundamentais que eventualmente possam conturbar a execução das medidas impostas no próprio contexto de tumulto institucional e coletivo, ao afetarem de imediato tanto as restrições decretadas no Estado de Defesa (art. 136, §1º, I, da CF/88),

como a suspensão das garantias constitucionais e as medidas tomadas contra as pessoas durante o Estado de Sítio (art. 138, caput, c/c art. 139 da CF/88)²¹⁶.

Por outro lado, é de relevância para o tratamento da questão verificar se as normas e os direitos humanos previstos nos tratados e convenções internacionais poderiam normalmente ser reproduzidos na Constituição, através de Emenda Constitucional. Quanto a isto não resta dúvida que sim, mesmo porque o Poder de Emenda é bem mais amplo que o Poder de Equivalência, englobando por completo a matéria atribuída a este.

Fixada a premissa de que o exercício da nova modalidade do Poder Constituinte Derivado implica na qualificação de normas como equivalentes às emendas, conferindo-lhes a mesma posição hierárquica, valor e efeitos das demais normas constitucionais; e que a sua limitação material é englobada pelos limites mais amplos do Poder de Emenda, qual seria a lógica de se opor limites circunstanciais e procedimentais à inserção de direitos fundamentais por emenda constitucional (art. 60, da CF/88) e permitir, concomitantemente, a livre agregação dos mesmos direitos por normas equivalentes às emendas?

Na direção dos elementos evidenciados converge a identidade de natureza das duas modalidades de expressão do Poder Constituinte Derivado, o que remete favoravelmente à idêntica aplicação dos limites circunstanciais e procedimentais para o Poder Constituinte Derivado de Equivalência às Emendas Constitucionais²¹⁷, sob pena de se incorrer em um duplo paradoxo de lógica jurídica constitucional:

O primeiro corresponderia à auto referência das normas de reforma da Constituição, já que do contrário, enfrentando o Poder de Equivalência menores limites que os opostos ao Poder de Emenda, a nova modalidade, apta a produzir inovações no

²¹⁶ Como na hipótese da previsão de uma garantia maior à requisição de bens que aquela prevista no inciso XXV do art. 5º da CF/88: “no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;”, vindo a cercear a aplicação da medida de “requisição de bens”, assim prevista de modo amplo no art. 139, VII, da Constituição, estando já em vigor o Estado Sítio.

²¹⁷ Calçada no método analógico, Ferrari conclui no mesmo sentido: “Se a limitação formal submete a internalização dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, também obriga sua observância no que tange aos demais limites, ou seja, as limitações circunstanciais expressas no § 1.º do art. 60, isto é: ‘A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio’.” FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Critérios Científicos para a Solução dos Conflitos Aparentes entre Tratados Internacionais e a Constituição Federal*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 855, p. 30 e ss., jan/2007, p. 3 (numeração RT online).

nível máximo do ordenamento jurídico, estaria dotada de propensão para subverter os limites do Poder Constituinte Derivado instituído pelo Poder Originário, incluindo-se então na polêmica enfrentada por Ross para a obtenção do fundamento de validade de uma inovação deste jaez.

Se ao Poder de Emenda, que é dotado de uma liberdade material muitíssimo mais ampla, veda-se a alteração do modelo jurídico-institucional que lhe foi delimitado pelo Poder Constituinte Originário, com maior intensidade a mesma lógica impõe balizas mais rígidas ao Poder Constituinte Derivado de Equivalência às Emendas, cujo horizonte temático encontra-se drasticamente reduzido, estando restrito ao escopo específico de atribuir o status de equivalência às emendas constitucionais aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos.²¹⁸ Como a sua mera incursão sobre outra temática já implicaria em imediata invalidez, mais injustificável ainda seria o Poder de Equivalência se arvorar à pretensão de alterar a si próprio, acarretando a modificação do gênero do qual é espécie.

Em segundo lugar, apresenta-se a questão das características e da amplitude de ambas as espécies do Poder Constituinte Derivado. Já foi objeto de verificação que, diferentemente do Poder previsto para a reforma do texto da Constituição, a nova modalidade: i) não cria normas constitucionais em sua plenitude, mas somente concede efeitos equivalentes a estas (normas intrinsecamente internacionais com efeitos internos de emendas constitucionais); ii) não age soberana e isoladamente, porque há a dependência do concerto entre os Sujeitos de Direito Internacional (produção de tratados e convenções internacionais) e também entre os Poderes internos (realce do Executivo e fim da autossuficiência do Legislativo); iii) é dotada de limitação material impassível de supressão de direitos constitucionais, mas tão somente apta para a sua alteração (natureza e aplicabilidade dos direitos humanos); iv) e opera-se pelo mesmo rito procedimental e quorum deliberativo das Emendas (dois terços de cada Casa do Congresso em dois turnos de votação).

²¹⁸ “Da mesma forma, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos não podem deixar de observar as limitações materiais impostas ao exercício do Poder Constituinte Reformador, denominadas tradicionalmente como ‘cláusulas pétreas’ e previstas no §4.º do art. 60, da atual Constituição Brasileira.” FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Critérios Científicos para a Solução dos Conflitos Aparentes entre Tratados Internacionais e a Constituição Federal*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 855, p. 30 e ss., jan/2007, p. 3 (numeração RT online).

Configurando-se então como uma modalidade mais rígida nos limites materiais e procedimentais, é válida a conclusão de que o Poder Constituinte Derivado de Equivalência às Emendas Constitucionais não ultrapassa o alcance e é dotado de maior rigidez que o Poder Constituinte Derivado de Emenda à Constituição (PCDEEC < PCDEC). Logo, não faz o mínimo sentido lógico e ofende o histórico brocardo jurídico (pré-constitucional) de que “*quem pode o mais, pode o menos*”, permitir-se, em uma situação de limite circunstancial e formal, a aprovação de direitos humanos previstos em tratados internacionais com equivalência às emendas constitucionais e proibir-se que os mesmos direitos sejam inseridos no nível normativo constitucional através de emenda à própria Constituição.

E esta mesma lógica é notadamente mais aplicável, ao se trazer à baila a experiência histórica da terceira modalidade de expressão do Poder Constituinte Derivado já manifestada no bojo da própria Constituição de 1988. Se mesmo para a Revisão Constitucional, prevista no art. 3º do ADCT para ser realizada após cinco anos da sua promulgação, através de rito de deliberação muito mais simplificado (maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional em sessão unicameral), a conclusão predominante foi a de que a ela se aplicariam todos os demais limites constitucionais²¹⁹, isso tudo vem a reforçar a conclusão de que o Poder de Equivalência deles igualmente não se exime.

²¹⁹ Neste sentido: “No tocante aos limites aos quais se deve submeter o Poder de Revisão Extraordinário não há como fugir, a meu ver, àqueles estabelecidos no art. 60 da Lei Maior e que colhe manifestação do Poder de Reforma Constitucional Permanente. Excepcionados foram tão somente os que o próprio constituinte verteu, de modo expresso, na elaboração originária da Constituição.” FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Mutação, Reforma e Revisão das Normas Constitucionais*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 5, p. 5 e ss., out/1993, p. 7 (numeração RTonline); “Cuidando-se de processo de reforma confiado exclusivamente ao legislador constituinte ou, se se quiser, ao poder constituinte derivado, tem-se de admitir, necessariamente, que os limites circunstanciais impostos a este, no processo regular de emendas, aplicam-se, igualmente, ao processo revisional especial.” MENDES, Gilmar Ferreira. *Os Limites da Revisão Constitucional*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 21, p. 69 e ss., out/1997, p. 9 (numeração RTonline); “A revisão constitucional admitida pelo art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias é revisão parcial. Não se cogitou da revisão total naquele artigo ou em qualquer outro da Constituição. Manifestação do Poder Constituinte derivado, a revisão constitucional também se submeterá às mesmas limitações materiais e circunstanciais que condicionam a atividade do poder de emenda à Constituição.” HORTA, Raul Machado. *Permanência e Mudança na Constituição*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 1, p. 1121 e ss., out/1992, p. 10 (numeração RTonline); Igualmente: COELHO, Inocêncio Mártires. *Os limites da Revisão Constitucional*. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, São Paulo, v.1, p. 915 e ss., maio/2011.

10. AGENTES LEGITIMADOS PELO PODER CONSTITUINTE DERIVADO DE EQUIVALÊNCIA ÀS EMENDAS CONSTITUCIONAIS:

O aspecto da legitimação no âmbito do §3º do art. 5º da Constituição consiste na questão a respeito de quais são os agentes credenciados a deflagrar o processo de manifestação do Poder Constituinte Derivado de Equivalência às Emendas Constitucionais, com a apresentação da proposta de aprovação qualificada dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos.

Neste ponto, assim como ocorreu a respeito da definição sobre a aplicação ao novo Poder de Equivalência dos mesmos limites circunstanciais e procedimentais impostos à emenda da Constituição, o laconismo do texto do §3º igualmente não auxilia, por não ter veiculado um rol taxativo, como o fez a Constituição em relação à modalidade tradicional do Poder Constituinte Derivado, ao legitimar a formulação da proposta de emenda à Constituição: i) pelo mínimo de um terço dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; ii) pelo Presidente da República; iii) e mais da metade das Assembleias Legislativas, manifestando-se cada uma por maioria relativa de seus membros²²⁰.

Deste modo, à míngua de disposições expressas, a hermenêutica jurídica recomenda, assim como se procedeu quanto às limitações, a adoção de igual método analógico, a partir do exame da pertinência da legitimação dos mesmos agentes autorizados a propor as emendas à Constituição, tendo em vista que o Poder de Equivalência compartilha a mesma natureza de Poder Constituinte Derivado.

Como já destacado, o modo como se operou a incorporação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência deu contornos concretos à nova modalidade do Poder Constituinte Derivado de Equivalência às Emendas Constitucionais, frente ao efetivo incremento do papel do Presidente da República durante todo o *iter* do processo legislativo. Antes limitado à apresentação de proposta de emenda constitucional, o Presidente foi alçado a uma posição decisiva no que tange à incorporação dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos com status de equivalência às emendas.

²²⁰ Art. 60, I a III, da CF/88.

Agora atuando como protagonista do processo legislativo, o Presidente da República, ao permanecer imbuído da prerrogativa soberana de decisão sobre a ratificação do tratado após a autorização do Congresso Nacional, encontra-se em posição ainda mais justificada que a concernente às emendas, para estar legitimado à propositura da incorporação qualificada no momento da submissão do tratado celebrado à aprovação do Congresso Nacional – como de fato o fez quando da incorporação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo.

Aqui há um viés até então inexistente no processo legislativo de emenda à Constituição, quando a rejeição da proposta formulada pelo Presidente da República, além de arquivada, só poderia ser reiterada na próxima legislatura, não havendo outro destino além da aprovação ou da rejeição.

A hipótese dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos envolve mais uma possibilidade fora desta dicotomia: não obstante o Congresso Nacional rejeite a proposta de incorporação do pacto internacional com o status de equivalência à emenda constitucional, ainda assim poderá deliberar internalizá-lo com a tradicional força de lei concedida aos tratados. E o mesmo poderia ocorrer se a proposta de admissão qualificada tivesse partido do próprio Congresso Nacional.

Esta abertura subsidiária à introdução do tratado de direitos humanos em nosso ordenamento jurídico, mesmo sem o status de equivalência às emendas constitucionais, é a interpretação que melhor se coaduna com o reforço dos direitos humanos proporcionado pela Emenda nº 45/04, como se demonstrará no tópico relativo às questões procedimentais específicas.

Passando-se agora à hipótese inversa, se o Presidente da República submeter o tratado ou a convenção internacional sobre direitos humanos ao Congresso Nacional sem fazer qualquer menção à incorporação qualificada ou, quiçá recomendando a sua aprovação pelo procedimento tradicional, ainda assim o Congresso Nacional encontra-se legitimado para fazê-lo? Ou seja, incidiria plenamente a analogia com art. 60, I, da CF/88?

Relevante para o tratamento desta questão é não perder de vista que o Poder de Equivalência é uma das espécies do Poder Constituinte Derivado, o qual, anteriormente à EC nº 45/04, somente se expressava regularmente através da modalidade

do Poder de Emenda, para cujo exercício o Poder Constituinte Originário reservou às duas Casas do Congresso Nacional o papel mais proeminente.

Levando-se em conta a relevância da repercussão no ordenamento jurídico da incorporação do tratado com o status de equivalência às Emendas, por atribuir às suas normas os mesmos efeitos, valor, e posição hierárquica das normas constitucionais; sem olvidar que os direitos dos tratados poderiam ser igualmente inseridos no sistema por emenda do texto constitucional, através de exclusiva atuação das Casas do Congresso; sendo irrefutável que se está perante uma modalidade do Poder Constituinte Derivado em que o Congresso Nacional continua como um dos seus protagonistas; e, frente ao laconismo do §3º do art. 5º, da CF/88, não há outro caminho mais coerente no sistema jurídico que o recurso à analogia com os legitimados para a propositura das emendas constitucionais.

Note-se, entretanto, que diferentemente do processo legislativo de emenda à Constituição, no qual cada Casa do Congresso preserva sua autonomia orgânica, daí a atribuição de legitimidade para a formulação da proposta tanto para a Câmara dos Deputados, quanto para o Senado Federal (ambas por um terço dos seus membros), na hipótese de incorporação de tratados internacionais a competência exclusiva para a atuação no processo foi conferida pelo art. 49, I, da Constituição²²¹ à unidade representada pelo Congresso Nacional.

É por esta razão que, quando houver a incorporação de tratado pelo rito do §3º do art. 5º, a analogia com o art. 60, I, da Constituição não pode ser plena, uma vez que a competência deliberativa passa a ser do Congresso Nacional, a proposta de incorporação qualificada do tratado ou convenção de direitos humanos não poderá ser facultativamente cometida a um terço dos membros da Câmara dos Deputados *ou* um terço dos membros do Senado Federal, devendo se converter em proposta do Congresso Nacional, para a qual deve ser exigido um terço de membros da Câmara *e* do Senado.

O quorum deve ser exigido nestes termos apartados, sendo inviável a estipulação de um terço dos membros do Congresso Nacional porque tanto a tramitação

²²¹ Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

quanto o modo de deliberação pelo Congresso Nacional constam do Regimento Comum, e este prevê que os votos da Câmara e do Senado “*serão sempre computados separadamente*” (art. 43, caput) – disposição esta confirmada pela jurisprudência do STF²²² – começando “*a votação pela Câmara dos Deputados*” (art. 43, §2º)²²³.

Seguindo o curso analógico, visto que o Poder Constituinte Derivado de Equivalência já operou concretamente apenas com a atuação de dois dos agentes igualmente legitimados para a deflagração do processo legislativo de emenda à Constituição, resta averiguar se há espaço para a propositura pelo terceiro, composto por mais da metade das Assembleias Legislativas dos Estados, através da maioria relativa de cada uma.

Partindo-se do contexto de reforço do compromisso constitucional com os direitos humanos e levando-se em conta que o Poder de criação de normas equivalentes às emendas constitucionais compartilha a mesma natureza de Poder Constituinte Derivado, coaduna-se com a teleologia do §3º do art. 5º a aplicação analógica do art. 60, III, da CF/88, para a concessão às Assembleias Legislativas dos Estados de igual legitimidade no que concerne à propositura da incorporação dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos de modo equivalente às emendas constitucionais.

Por outro lado, tendo em conta que o Poder de Emenda é mais amplo e sujeito a menos restrições que o Poder de Equivalência, figurando as Assembleias como legitimadas a propor emendas à Constituição, a não ser que se caia no paradoxo de que quem pode o mais *não* pode o menos, não se vislumbra qualquer motivo plausível para alijar as Assembleias do processo legislativo de concessão de equivalência constitucional.

Deste modo, celebrando-se o tratado através do Presidente da República, independentemente de uma manifestação sua ou do Congresso Nacional durante o *iter* procedimental de sua aprovação, as Assembleias encontram-se legitimadas a propor sua incorporação pela modalidade qualificada.

²²² MS nº 24.041-5/DF, Rel. Min. Nelson Jobim, julgamento: 29/08/2001, DJ: 11/04/2003.

²²³ Art. 43. Nas deliberações, os votos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal serão sempre computados separadamente.

§ 1º O voto contrário de uma das Casas importará a rejeição da matéria.

§ 2º A votação começará pela Câmara dos Deputados. Tratando-se, porém, de projeto de lei vetado, de iniciativa de Senadores, a votação começará pelo Senado.

E vindo a se admitir a aprovação de equivalência constitucional aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos já incorporados antes do advento da Emenda Constitucional nº 45/04, ou para os possíveis diplomas de igual natureza que forem introduzidos futuramente apenas com a força de lei, a solução quanto à legitimação para o exercício do Poder Constituinte Derivado de Equivalência às Emendas Constitucionais também será aplicável, visto que o elemento temporal representado pelo deslocamento prospectivo do momento de deliberação é inidôneo para provocar uma alteração no raciocínio em relação aos legitimados.

A única observação a fazer nestas hipóteses é a de que a analogia com o art. 60, I a III, da Constituição passa a ser de aplicação plena, voltando a Câmara e o Senado a gozarem de iniciativa isolada, a partir de um terço de seus respectivos membros. Isto porque, passada a ocasião de incorporação do diploma normativo internacional ao sistema jurídico interno, não mais se justifica a atuação conjunta de ambas as Casas reunidas na figura do Congresso Nacional e, portanto, a utilização mitigada do recurso analógico.

Registrada esta nuance, da reflexão até aqui desenvolvida decorre, em suma, que embora o novo §3º do art. 5º não mencione expressamente nenhum rol de legitimados para a formulação da proposta de aprovação qualificada dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, a aplicação analógica do art. 60 da Constituição de 1988 guarda concomitante coerência sistêmica tanto com o procedimento tradicional para a introdução de tratados internacionais no ordenamento jurídico, quanto com o exercício do Poder de Equivalência, e assim mantém afinidade com a teleologia da EC nº 45/04.

Logo, os três legitimados para a apresentação de proposta de emenda constitucional o são igualmente para a propositura da concessão de equivalência às emendas constitucionais aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, com a ponderação de que quando o diploma normativo internacional vier a ser incorporado concomitantemente com este status, terá lugar a legitimação do Congresso Nacional, e não a de suas duas Casas isoladamente.

11. PROCEDIMENTO DE APROVAÇÃO DE EQUIVALÊNCIA ÀS EMENDAS CONSTITUCIONAIS X PROCEDIMENTO DE INCORPORAÇÃO DE TRATADOS:

No contexto do Poder Constituinte Derivado de Equivalência às Emendas Constitucionais, a partir do novo §3º do art. 5º da Constituição seria possível se depreender a interpretação de que a Emenda Constitucional nº 45/04 estabeleceu um novo procedimento para a incorporação de tratados internacionais ao ordenamento jurídico brasileiro?

A revelação da especificidade do fenômeno jurídico abarcado pelo dispositivo introduzido no art. 5º é imprescindível para a definição do preciso significado da norma, e isto requer, impreterivelmente, a formulação de uma tese interpretativa à altura deste desafio, já que da delimitação do paradigma normativo então instaurado com a EC nº 45/04 dependerá o equacionamento de boa parte das questões diretamente relacionadas ao procedimento de incorporação dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos com equivalência às emendas constitucionais.

A consciência do que exatamente trata o §3º do art. 5º será crucial para a elucidação de questões nevrálgicas como, dentre outras, a da discricionariedade do Presidente da República para deixar de ratificar o tratado após sua aprovação qualificada pelo Congresso Nacional; se o Congresso pode alterar o texto do tratado; e se este poderá vir a ser denunciado após a sua incorporação com status de emenda constitucional.

Para além dos desdobramentos da equivalência constitucional, ela também influenciará decisivamente todo o modelo de relacionamento da Constituição com a Ordem Internacional. Deste modo, questões como saber se os tratados sobre direitos humanos após a EC nº45/04 somente poderão ser incorporados com a aprovação pelo rito do §3º do art. 5º; e sobre qual é a atual situação dos tratados incorporados anteriormente à Emenda, somente poderão ser devidamente equacionadas a partir da clareza proporcionada pelo desvendamento da premissa normativa obtida a partir da interpretação do novo dispositivo.²²⁴

²²⁴ Em estudo comparado, Andreola aponta que “Este dispositivo difere do dispositivo presente na Constituição argentina, pois não ficou claro se, como na Argentina, primeiro tais tratados passarão pelo quorum normal de aprovação no Congresso, sendo que entrarão em vigor como norma infraconstitucional

A tese interpretativa formulada para o §3º, e que está por trás da concepção teórica aqui engendrada sobre a condição dos tratados de direitos humanos após a EC nº 45/04, busca sua sustentação preponderantemente nos elementos essenciais que compõem a nova norma constitucional, razão pela qual tais elementos são cotejados como premissas normativo-teóricas fundamentais.

Tanto a validade jurídica como igualmente o prestígio teórico da abordagem dependem intensamente do respeito hermenêutico ao primado do texto do §3º do art. 5º. Neste sentido, a leitura do dispositivo deverá primar pela autossuficiência dos elementos que o constituem, afastando-se a introdução arbitrária ou a projeção pré-conceitual de elementos exógenos, sob pena da atividade criativa do intérprete extrapolar o tolerável e subjugar a soberania da Constituição²²⁵.

De modo rigorosamente preciso e com a pretensão de autossuficiência, a norma do §3º do art. 5º, partindo de si própria se espalha na ordem constitucional e, não o inverso, por uma pretensa internação do sistema jurídico em sua individualidade. Tal inversão acarretaria uma indevida ingerência, castradora da novidade e vitalidade da norma, ao operar sua conformação, *ab initio*, através de conceitos do paradigma anterior.

Situada no ordenamento normativo com base nos elementos aos quais se resumiu o constituinte, consubstanciadora da manifestação de uma opção constitucional

e só depois poderão passar por tal votação qualificada, com a possibilidade de se tornarem norma constitucional; ou se, ao proceder a aprovação, se fará diretamente pelo disposto neste parágrafo, sendo que se aprovados somente com maioria simples serão desde já considerados infraconstitucionais, sem a possibilidade de se tornarem constitucionais. O que não se pode deixar de concluir é que, tanto aqui como na Argentina, estes tratados passam pelos mesmos procedimentos dos demais, de negociação, aprovação e ratificação.” ANDREOLA, Susana Cordenonsi. *Tratados Internacionais no Direito brasileiro e argentino*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 17, n. 67, p. 279-318, abr./ jun. 2009, p. 292.

²²⁵ A autonomia do texto como limite da interpretação é apontada com clareza por Inocência Mártires Coelho: “No particular, isso significa, também, que ao aplicador do direito – por mais ampla que seja a sua necessária liberdade de interpretação – não é dado, subjetivamente, criar ou atribuir significados arbitrários aos enunciados normativos, nem tampouco ir além do seu sentido linguisticamente possível, um sentido que, de resto, é conhecido e/ou fixado pela comunidade e para ela funciona com *limite da interpretação*. Esta é a razão por que, em paradoxo só aparente, Umberto Eco observa que todo discurso sobre a liberdade de interpretação deva começar por uma defesa do sentido literal, advertência que se mostra óbvia se tivermos presente que, sem um significado central, que lhes balize os movimentos, serão erráticas todas as oscilações semânticas [...] Nesta perspectiva, em que o respeito à *autonomia do texto* é indispensável à objetividade e controlabilidade da interpretação – [...] – dir-se-ia, citando Meier-Hayoz, que a letra da lei possui dupla finalidade, funcionando, de um lado, como *ponto de partida* para a elucidação do sentido pelo intérprete e, de outro, como *limite* à atividade hermenêutica enquanto tal.” COELHO, Inocência Mártires. *Interpretação Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 89-91.

legítima, a norma do §3º harmoniza-se com o sistema jurídico a partir do que exatamente diz e não através do que não disse, tampouco pelo que deveria ter dito.

Logo, as lacunas somente serão efetivas quando de modo consecutivo e subsidiário: i) não forem artificialmente produzidas pela pretensão de buscar na norma regramentos e procedimentos dos quais ela não trata, ou para os quais ela não é voltada; ii) e quando, excluída a primeira hipótese, não for possível esgotar no próprio dispositivo as soluções necessárias.

Na seara destes parâmetros hermenêuticos, o Congresso Nacional figura como o destinatário mais imediato da norma do §3º do art. 5º, ao constar expressamente como o órgão credenciado a deliberar sobre a concessão do status de equivalência constitucional aos pactos internacionais de direitos humanos. Por esta razão, após a incorporação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo com o status de equivalência às emendas constitucionais, o Poder Legislativo tornou-se o mais proeminente e privilegiado intérprete da Constituição²²⁶, completando o sentido do §3º, ao adotar concretamente determinado tipo de procedimento legislativo.

Quando a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência lhe foi submetida para aprovação, o Congresso adotou o procedimento ordinário de autorização dos tratados internacionais conjugado com a deliberação qualificada prevista no §3º, que impõe o quorum de três quintos dos membros de cada Casa, em dois turnos de votação.

Com isso, o Congresso Nacional de fato assumiu uma posição hermenêutica e exerceu uma contribuição persuasivamente indutora do significado do novo §3º do art. 5º da Constituição. Isto porque este dispositivo foi contemplado como

²²⁶ Neste sentido, conforme Häberle: “O poder de conformação de que dispõe o legislador enquanto intérprete da Constituição diferencia-se, qualitativamente, do espaço que se assegura ao juiz constitucional na interpretação, porque este espaço é limitado de maneira diversa, com base em argumentos de índole técnica. Isso não significa, porém, que, de uma perspectiva quantitativa, exista diferença fundamental entre as duas situações. O processo político não é um processo liberto da Constituição; ele formula pontos de vistas, provoca e impulsiona desenvolvimentos que, depois, se revelam importantes da perspectiva constitucional, quando, por exemplo, o juiz constitucional reconhece que é missão do legislador, no âmbito das alternativas compatíveis com a Constituição, atuar desta ou daquela forma. O legislador cria uma parte da esfera pública (Öffentlichkeit) e da realidade da Constituição, ele coloca acentos para o posterior desenvolvimento dos princípios constitucionais. Ele atua como elemento precursor da interpretação constitucional e do processo de mutação constitucional.” HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002, pág. 26-27.

veiculador de um procedimento deliberativo unitário e concentrador da incorporação de tratados de direitos humanos à ordem interna; e da concomitante concessão de efeitos normativos de equivalência às emendas constitucionais a estes diplomas.

Ocorre que a interpretação do novo §3º do art. 5º realizada pelo Congresso Nacional não é a única possível e, talvez, muito provavelmente, não tenha sido a melhor. Mas, independentemente desta controvérsia, é certo que não restou alterada a forma como os tratados internacionais são introduzidos no ordenamento jurídico.²²⁷

Isto se deve à evidência de que a norma do §3º em nada atingiu as regras constitucionais sobre o exercício da Soberania Nacional, a exemplo do art. 21, I, que atribui competência à União para travar relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais; e do art. 84, VII e VIII, que comete privativamente ao Presidente da República a manutenção de relações com Estados estrangeiros e o credenciamento de seus representantes diplomáticos; como também a celebração de tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional. Portanto, as alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 45/04 não retiraram a exclusividade da representação do Brasil no exterior por parte do Chefe do Poder Executivo da União.

Nessa esteira, a interpretação constitucional sistêmica revela que a EC nº 45/04 não alterou o modelo institucional de admissão de tratados internacionais; e o exame empírico da incorporação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência demonstra que o Congresso Nacional também o seguiu, embora com a especificidade deliberativa acrescida pelo §3º do art. 5º.

Resta evidenciado que, se o §3º não trata deste procedimento em si, outro deve ser o fenômeno por ele abarcado. *In contrario sensu*, este se resume exclusivamente ao modo deliberativo através do qual é concedido aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos o efeito normativo de equivalência às emendas constitucionais.

²²⁷ Embora excepcionando os diplomas que versam sobre direitos humanos, RAMOS também assevera que: “... o dispositivo em nada alterou o regime jurídico-constitucional dos tratados internacionais que disponham assunto diverso da proteção dos direitos da pessoa humana.” RAMOS, Elival da Silva. Os tratados sobre direitos humanos no direito constitucional brasileiro pós-emenda constitucional. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Orgs.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 172.

Neste sentido é inegável que a EC nº 45/04 foi extremamente coerente, ao adotar o mesmo rito deliberativo previsto para as emendas à Constituição.

O que se deu com a Convenção foi a vicissitude de o Congresso Nacional, já com a antevisão de incorporá-la como equivalente às Emendas, ter concentrado os procedimentos de admissão do tratado e concessão de eficácia constitucional em uma etapa única²²⁸. Isto foi possível porque o modelo deliberativo mais rígido do novo §3º permitiu o englobamento do escrutínio de admissão (maioria simples) do diploma normativo internacional²²⁹.

Mas este não era o único caminho possível a ser seguido. Como o § 3º trata exclusivamente de um modelo deliberativo de concessão de equivalência às emendas constitucionais, e não sobre um diverso procedimento legislativo de incorporação de tratados e convenções internacionais, tratando-se de procedimentos distintos, ambos não precisariam ser necessariamente englobados em uma única ocasião.

Assim, caso não houvesse um ambiente político propenso para tanto, ou se a concessão de equivalência constitucional fosse mais controversa que a incorporação ordinária da Convenção com a tradicional força de lei, as etapas de admissão do pacto internacional e concessão do status de equivalência constitucional poderiam muito bem ter sido sucessivas.

É neste sentido que a distinção dos fenômenos jurídicos envolvidos é fundamental, porque a ausência da precisa delimitação do objeto do §3º gera embaraços e

²²⁸ A ausência de plena identificação dos fenômenos igualmente abarcados pelo novo §3º do art. 5º levou a uma conclusão voltada a obstar a concomitância destes procedimentos: "... traz-se a problemática atinente ao momento em que deve se manifestar o Congresso Nacional quando pretender aprovar um tratado de direitos humanos nos termos do §3º do art. 5º da CF/88, bem como se esta manifestação congressual poderia suprimir a fase constante do art. 49, I, da CF/88, que trata do poder do Parlamento em decidir definitivamente sobre os tratados internacionais (quaisquer que sejam) assinados pelo Presidente da República. Entende-se que o novo texto constitucional não tem o condão de substituir o procedimento clássico já conhecido de incorporação dos tratados por meio da expedição do competente decreto legislativo que autoriza o Presidente da República a ratificar o instrumento e a promulgá-lo via decreto internamente, uma vez que o §3º do art. 5º serviria apenas para uma utilização posterior e discricionária do Legislativo para conferir formalmente o status constitucional de qualquer tratado de direitos humanos, por se tratar de algo eventual e não obrigatório." OLIVEIRA, Diogo Pignataro. *Os tratados de direitos humanos na contemporaneidade e sua aplicabilidade dentro da nova concepção constitucional brasileira: uma análise crítica a teor do §3.º do art. 5.º da CF/88*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, ano 16, n. 64, p. 297-323, jul.-set. de 2008, p. 318.

²²⁹ Sobre a validação da norma com a adoção de quorum superior ao exigido pela Constituição, o STF pronunciou-se favoravelmente, ao pacificar o entendimento que a lei complementar que trata de matéria ordinária, vale como lei ordinária, não ocorrendo, entretanto, o inverso.

conclusões equivocadas para o exame da situação dos tratados de direitos humanos já incorporados antes da EC nº 45/04²³⁰ e também para a verificação das condições de incorporação dos pactos futuros, como será examinado em momento subsequente, através de tópicos específicos para cada questão.²³¹

Portanto, a norma veiculada pelo §3º do art. 5º da Constituição trata simples e exclusivamente do modelo deliberativo para a concessão, dentro da ordem jurídica nacional, de efeitos normativos de equivalência às emendas constitucionais aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos.

Com isso, tem-se que o novo dispositivo constitucional instaurou a seguinte dicotomia em relação aos diplomas normativos internacionais vigentes no Brasil: i) aqueles que versarem sobre direitos humanos e obtiverem a aprovação de três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação,

²³⁰ Observe-se como a ausência da referida distinção leva a conclusões limites: "... na sistemática adotada pelo direito brasileiro, a aprovação do Congresso é um requisito para a formação da vontade do Estado em se obrigar nos termos de um tratado; uma vez que tenha sido expressa essa vontade por meio da ratificação do acordo, não se cogita que o Congresso venha a 'aprovar' novamente um texto convencional já aprovado anteriormente. Isso exclui do âmbito de abrangência da disposição os tratados de direitos humanos dos quais o Brasil já seja parte e, na medida em que parece pouco provável que o País venha tornar-se parte de algum outro tratado com a abrangência de um Pacto de San José da Costa Rica ou dos Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos e Sociais, a chance de que algum tratado venha a ter o efeito previsto pelo §3º é assaz pequena. Seria possível, é certo, que o Brasil denunciasse a Convenção Interamericana dos Direitos para, em seguida, a ela aderir, ato para o qual seria necessária a aprovação do Congresso, quando então se poderia obter a maioria de 3/5 prevista pela Emenda, mas tal procedimento parece pouco provável." DIAS, Caio Gracco Pinheiro. *Da omissão à confusão: os problemas da Emenda Constitucional nº 45 no tocante ao processo de incorporação de tratados ao ordenamento jurídico brasileiro*. Boletim IBCCrim, ano 13, n. 152, p. 2-3, jul/2005, p. 2-3; Igualmente criticando o constituinte reformador, no sentido de que o melhor seria a explicitação no §2º: "como sugere Valério de Oliveira Mazzuoli, 'que todos os tratados de direitos humanos pelo Brasil ratificados têm hierarquia constitucional, aplicação imediata, e ainda prevalência sobre as normas constitucionais no caso de serem suas disposições mais benéficas ao ser humano'". ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro após o advento da Emenda Constitucional 45/2004. In: *Os 20 anos da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 425-426.

²³¹ A ausência desta distinção levou Elival da Silva Ramos a concluir – em raro ponto de discordância com as ideias aqui formuladas – não obstante tenha reiteradas vezes apontado que a EC nº 45/04 não alterou o procedimento de incorporação de tratados internacionais pelo Brasil, que: "Não é juridicamente viável, assinala-se, emprestar status constitucional a esses tratados, mediante nova aprovação pelo Congresso Nacional, dessa feita com a observância do procedimento especial do §3º, do art. 5º, da CF/88. Como restou patenteado, esse dispositivo cuida de estabelecer um regime especial para a celebração de tratados versando sobre direitos humanos para os efeitos de sua incorporação subsequente ao nosso direito interno. Ora, o que já foi celebrado, celebrado está." RAMOS, Elival da Silva. *Os tratados sobre direitos humanos no direito constitucional brasileiro pós-emenda constitucional*. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Orgs.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 180-181.

terão a mesma eficácia normativa das emendas constitucionais; ii) os que tratarem de outras matérias ou também de direitos humanos, mas neste último caso, tenham sido ou venham a ser aprovados pelo Congresso Nacional através de maioria simples, em turno único de votação, continuarão dotados de força de lei.²³²

²³² De modo semelhante é na Argentina, onde “... com a reforma de 1994, alguns tratados sobre direitos humanos, aqueles elencados no inc. 22 do art. 75, passaram a possuir hierarquia constitucional. Os demais tratados sobre direitos humanos poderão passar por dois passos no Congresso Nacional: o primeiro, ter aprovação ordinária pelo Congresso, por maioria simples comum a qualquer outra lei, procedimento pelo qual passam normalmente os tratados gerais, com exceção dos de integração; e o segundo, ter aprovação com uma maioria especial de dois terços da totalidade dos membros de cada Câmara. Se somente a primeira etapa ocorre, o documento passa a possuir hierarquia supralegal, porém infraconstitucional, como qualquer outro tratado; mas se ambas as etapas se consumam, passa a ter hierarquia constitucional, como aqueles elencados no inciso 22 citado acima. Apesar de não constar neste inciso, é necessária a ratificação, posterior a esta aprovação especial, assim como é o procedimento dos demais tratados, para que um tratado deste gênero possa realmente ter validade interna e, conseqüentemente, hierarquia constitucional.” ANDREOLA, Susana Cordenonsi. *Tratados Internacionais no Direito brasileiro e argentino*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 17, n. 67, p. 279-318, abr./ jun. 2009, p. 291.

PARTE II – QUESTÕES FORMAIS ENVOLVENDO O PODER CONSTITUINTE DERIVADO DE EQUIVALÊNCIA ÀS EMENDAS CONSTITUCIONAIS:

1. QUESTÕES PRELIMINARES SOBRE A EXCLUSIVIDADE E O ALCANCE DO RITO DELIBERATIVO DE EQUIVALÊNCIA CONSTITUCIONAL:

1.1. A PARTIR DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/04 OS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS SOMENTE PODERÃO SER INCORPORADOS PELO RITO DO §3º DO ART. 5º?

A partir da inserção do §3º no art. 5º da Constituição, pela Emenda nº 45/04, surgiram alguns posicionamentos no sentido de que as futuras adesões a tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos agora somente poderiam ocorrer através do procedimento qualificado e mais rigoroso nele previsto²³³. Mas seria certo que, com o advento da Emenda, restaria então fechada a via ordinária tradicional de incorporação dos diplomas internacionais?²³⁴

²³³ “Assim, toda a discussão levantada leva somente a uma única conclusão, a de que o Estado, dentro de sua soberania, pode assinar provisoriamente um ‘de acordo’ com os tratados de direitos humanos. Mas isso desencadeia em uma análise no âmbito interno do Congresso Nacional, passando-se pelas mesmas exigências de uma emenda constitucional para que seja legitimada essa legislação no território brasileiro, com a posterior e derradeira ratificação do tratado pelo Presidente da República.” PALADINO, Carolina de Freitas. *A recepção dos tratados de direitos humanos, uma velha discussão com uma nova roupagem após a reforma do Judiciário advinda com a Emenda Constitucional nº 45, de 2004 - Parte I*. IOB Repertório de Jurisprudência Tributário, Constitucional e Administrativo, v. 1, n. 22, p. 933-927, 2ª quinzena de nov./2008, p. 973.

²³⁴ Conforme a seguinte posição, cuja convicção, entretanto, não vem do mesmo modo enfaticamente demonstrada, a resposta seria positiva: “Em resumo: a novel sistemática trazida pela emenda à Constituição nº 45 é obrigatória aos tratados assinados posteriormente à sua vigência, ou trata-se de faculdade, tão somente? A questão tem pertinência, sim, e justamente pela sua importância não merece maiores delongas para ser resolvida. Em nosso entender, aquela sistemática automática determinada pela interpretação conjugada dos artigos 4º, inciso II, e 5º, parágrafo 2º, ambos da Constituição Federal [...] não mais vigora, em face do novo regramento. Logo, afigura-se óbvia a circunstância de que a nova sistemática

A elucidação desta questão encontra-se mais imediatamente na estrita interpretação do texto do §3º do art. 5º e, de modo mais amplo, na concepção sistêmica do ordenamento jurídico.

Convém iniciar pelo texto, redigido nos seguintes termos: “§ 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.” (nosso grifo).

Note-se que o dispositivo é formulado no modo condicional, referindo-se aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos “**que forem aprovados ...**”. A consequência normativa da adoção desta expressão nestes termos é a conotação implícita da possibilidade de existência de tratados que não sejam aprovados pelo rito nela indicado²³⁵.

Bem diferente seria uma formulação imperativa, com a redação de que os tratados sobre direitos humanos “**devem ser aprovados**” através do procedimento mais rigoroso. Neste caso, realmente o texto favoreceria sobremaneira uma interpretação inflexível, no sentido de que a incorporação de **todos** os futuros tratados sobre direitos humanos **deveria somente ocorrer nesta forma**.

Entretanto, a partir de como o dispositivo de fato foi redigido, além da extrapolação do sentido plausível a ser obtido do texto efetivo do §3º, uma interpretação desta natureza não encontra respaldo sistêmico na Constituição de 1988, por carrear consigo a idiossincrasia de dificultar a incorporação de direitos humanos, tornando-a mais rigorosa que a incorporação de direitos previstos nos tratados de outra natureza.

é, sim, imperativa.” CALETTI, Leandro. *A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no cenário da Emenda à Constituição nº 45/2004: notas acerca da compulsoriedade do novo regime e da denúncia dos Tratados*. Revista da AGU, ano VI, n. 13, p. 153-176, ago/2007, p. 169.

²³⁵ Também focado na literalidade, embora inconclusivo, Schier considera duvidosa a obrigatoriedade da adoção do procedimento do §3º para todos os tratados sobre direitos humanos que vierem a ser incorporados no futuro: Aqui, como reforço da ideia, pode-se inclusive argumentar com a interpretação literal: o dispositivo do §3º, do artigo 5º, usa a expressão ‘que forem aprovados’. [...] E também, nesta linha de autoproblematização, o âmbito de validade do argumento proposto circunscreve-se a um pressuposto duvidável: o de que o Congresso não possui discricionariedade para escolher o procedimento de deliberação. Ou seja, seria necessário considerar que, após a EC 45, todos os tratados deverão ser deliberados pelo procedimento do art. 5º, §3º.” SCHIER, Paulo Ricardo. Hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos e a EC 45: aspectos problemáticos. In: *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 512-513.

Tal estado de coisas vai de encontro ao reforço do compromisso constitucional com os direitos humanos decorrente do advento da EC nº 45/04, como também se choca com os demais princípios constitucionais, inclusive o §2º do art. 5º que, ao não excluir outros direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, tampouco aqueles previstos nos tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte, revela a face de um ordenamento jurídico que é aberto e receptivo ao incremento a ser proporcionado por outros direitos humanos.

A posição no sentido da necessária e exclusiva adoção do procedimento do §3º do art. 5º para a incorporação de futuros tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos implicaria na sua indevida transformação em óbice à inclusão de novos direitos, contrariando por completo o seu escopo, que é justamente o de propiciar o reforço dos direitos humanos dentro do ordenamento, notadamente aqueles provenientes dos pactos internacionais.²³⁶

Por outro lado, é característica do sistema jurídico a admissão de direitos humanos por normas destituídas de natureza constitucional. Constituem exemplo de maior visibilidade os direitos da personalidade, inerentes e indissociáveis da dignidade da pessoa humana, que estão previstos nos artigos 11 a 21 do Código Civil de 2002, portanto fora da Constituição.

Logo, qual seria a lógica para admitir o estabelecimento infraconstitucional de direitos humanos e, concomitantemente, não permitir a sua incorporação através do modo tradicional de aprovação dos tratados internacionais, destituída do status de equivalência às emendas constitucionais, mas dotada da mesma força da lei?

²³⁶ Neste mesmo sentido: “Isso não significa que quaisquer tratados que contenham a proteção de qualquer direito fundamental devam ser aprovados pelo rito descrito no §3.º. Isso, aliás, inviabilizaria a ratificação de um sem número de acordos, os quais, por conterem, de algum modo, a garantia da liberdade ou da igualdade não mais poderiam ser aprovados por rito similar ao ordinário. A conclusão de que os tratados concernentes a direitos humanos devam ter grau constitucional é, em vista da regra constitucional, equivocada e deletéria, dificultando sobremaneira a aprovação de tratados, os quais podem ter efeitos positivos, inclusive para o desenvolvimento dos direitos fundamentais, e que teriam sua aprovação barrada pelas dificuldades adicionadas. A regra do §3.º apenas dá a opção de aprovar um tratado pelo modo tradicional, ou por procedimento similar ao de emenda constitucional, conforme juízos de relevância e oportunidade do Congresso Nacional.” COSTA, José Augusto Fontoura; GOMES, Ana Virgínia Moreira. *O §3.º do Art. 5.º da CF/88 e a Internalização da Convenção 87 da OIT*. Revista de Direito do Trabalho, São Paulo, v. 125, p. 115 e ss., jan/2007, p. 7 (numeração RT online).

Diante de tais razões, há de se concluir que a partir da Emenda Constitucional nº 45/04 existem duas vias²³⁷ para a incorporação de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos ao nosso sistema jurídico: i) a via tradicional, pela qual os direitos previstos nestes tratados não gozarão de estatura constitucional – em consonância, inclusive, com a jurisprudência atual do STF; ii) e o procedimento do §3º do art. 5º da Constituição, através do qual as normas do tratado incorporado serão equivalentes às emendas constitucionais.

1.2. TRATADOS INCORPORADOS ANTERIORMENTE À EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/04 E OS POSTERIORES NÃO APROVADOS NOS TERMOS DO §3º DO ART. 5º DA CF/88:

É da natureza geral das normas jurídicas, da qual o §3º do art. 5º não escapa, a produção de efeitos meramente prospectivos. Deste modo, decorre intuitivamente a questão de como lidar com os tratados de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico anteriormente à Emenda Constitucional nº 45/04: eles também poderão ser elevados ao status de equivalência às emendas constitucionais?²³⁸

²³⁷ Sobre tal co-existência, também é a posição de Amaral Jr. : “*As duas vias convivem*. O §3º do art. 5º da Constituição de 1988 faculta a recepção dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos por intermédio de uma emenda constitucional e não exclui a recepção pelo mecanismo tradicional, por meio de um decreto legislativo. Claro: nada impede que um tratado, já recepcionado quando da Emenda nº 45 (a ela preexistente), seja novamente deliberado na forma do §3º do artigo 5º combinado com o artigo 60, ambos da Constituição de 1988, passando então, a ter *status* constitucional. Em função do caráter alternativo do novo dispositivo constitucional, não há que cogitar em novação automática da força dos tratados preexistentes. AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. *Tratados internacionais sobre direitos humanos: como ficam após a reforma do poder judiciário*. Consulex - Revista Jurídica, ano IX, n. 197, p. 38-39, 31 de mar. de 2005, p. 39.

²³⁸ Sem, entretanto, apresentar uma solução para o problema, Amaral Junior e Jubilut apontam que “Esta regulamentação [o §3º do art. 5º], contudo, não soluciona a questão da hierarquia normativa dos tratados ratificados pelo Brasil anteriormente à EC 45/04, os quais, em matérias de direitos humanos, constituem o conjunto mais relevante de normas protetivas da dignidade humana (como, por exemplo, a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, os Pactos Internacionais de Direitos Humanos, a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, e a Convenção sobre os Direitos da Criança, considerados o ‘núcleo duro dos direitos humanos’). AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra. O Direito Internacional

E como visto acima, sendo também possível a sua incorporação pelo processo legislativo tradicional após a EC nº 45/04, portanto desprovida do status de equivalência às emendas constitucionais, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos deste modo já incorporados, ou que assim venham a ser, remanesceriam relegados a nunca mais gozar do status de equivalência?

Tal entendimento em relação aos diplomas internacionais já incorporados implicaria em definitivamente defenestrar do patamar hierárquico constitucional nada menos do que: a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio; a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados; o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e seu Protocolo Facultativo; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial; a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e seu Protocolo Facultativo; a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes; a Convenção sobre os Direitos da Criança, dentre outros do sistema global de proteção; já no âmbito interamericano: a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica); o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; o Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte; a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura; a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; a Convenção Interamericana sobre o Tráfico Internacional de Menores; e a Convenção Interamericana para Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência.²³⁹

Expondo expressamente sua preocupação com os *“muitos tratados internacionais de direitos humanos a que o Brasil aderiu e recepcionou no seu ordenamento jurídico desde a Constituição de 1988 até a Emenda Constitucional n. 45, [...] Entre estes tratados estão o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; o*

dos Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra. *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo, Quartier Latin: 2009, p. 41-42.

²³⁹ Rol compilado em: OLIVEIRA, Diogo Pignataro. *Os tratados de direitos humanos na contemporaneidade e sua aplicabilidade dentro da nova concepção constitucional brasileira: uma análise crítica a teor do §3.º do art. 5.º da CF/88*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, ano 16, n. 64, p. 297-323, jul.-set. de 2008, p. 315; e MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O novo §3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia*. Revista de Informação Legislativa: Brasília, a. 42, n. 167, p. 93-114, jul./set. 2005, p. 94.

Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; e a Convenção Americana de Direitos Humanos”, Celso Lafer apoiou-se no sentido *lato* de bloco de constitucionalidade formulado por Bidart Campos, para também entender “*por força do §2º do art. 5º, que as normas destes tratados são materialmente constitucionais.*”²⁴⁰

Mas ao se prosseguir no exame da situação destes e de outros tratados não mencionados, igualmente à postura do tópico anterior, quando se abordou a questão sobre se o procedimento do novo §3º do art. 5º seria agora a única e exclusiva via para a incorporação de tratados internacionais, há de se alternar o tom reiterado de crítica ao laconismo do dispositivo para, mais uma vez, reconhecer que a redação do seu texto foi favorável à definição do ponto em questão.

A redação do §3º faz referência aos tratados e convenções internacionais “*que forem aprovados*” e não àqueles “*que forem incorporados*”, de modo que a ênfase do dispositivo concentra-se na aprovação qualificada e não na incorporação propriamente dita dos diplomas normativos ao ordenamento jurídico – a isto se somando a absoluta ausência de referência específica aos pactos internacionais já incorporados²⁴¹, a contrário do que fez o inciso 22 do Art. 75 da Constituição Argentina de 1994²⁴², que ao lado da

²⁴⁰ LAFER, Celso. *A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações internacionais*. Barueri, SP: Manole, 2005, p. 17.

²⁴¹ “Assim, a tese da dignidade constitucional com relação aos tratados internacionais de direitos humanos tem que romper com uma lógica elementar: se o reformador da Constituição exigiu quorum qualificado para recepcionar os tratados internacionais de direitos humanos e silenciou quanto aos aprovados antes da Emenda Constitucional n. 45, é de se concluir que não gozam estes do mesmo status normativo. Por evidente que o tratado internacional de direitos humanos aprovado antes da Emenda Constitucional n. 45 não pode ter o mesmo patamar de dignidade que os posteriormente apreciados que alcançarem o quorum qualificado. E isso se afirma pela falta de consenso sobre a dicção do §2º do art. 5º da Carta Magna.” CARVALHO, Weliton. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos Anteriores à Emenda Constitucional 45: O Problema do Status Normativo*. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, n. 8, p. 339-364, 2010, p. 354.

²⁴² **Art. 75.-** Corresponde al Congreso: **22.** Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional,

previsão de um procedimento mais rígido para a concessão de hierarquia constitucional a demais tratados de direitos humanos, erigiu expressamente onze diplomas internacionais como já ocupantes deste patamar normativo.

Permitir a sua aplicação aos diplomas de direitos humanos já incorporados pelo procedimento tradicional não significa, absolutamente, a concessão de efeitos retroativos à norma, como também pretendem as várias outras manifestações doutrinárias no sentido de que todos os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos já incorporados foram recepcionados²⁴³ pela EC nº 45/04 como equivalentes às emendas constitucionais²⁴⁴.

previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

²⁴³ Defendem a tese da recepção: “Depois da EC 45, o §3.º do art. 5.º da CF/1988 deixa claro e sem lugar de polêmicas que todo Tratado ou Convenção que versar sobre direitos humanos ratificados pelo Direito interno, será equivalente às Emendas Constitucionais.” AGUADO, Juventino de Castro. *Os Tratados Internacionais e o Processo Jurídico-Constitucional*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 65, p. 311 e ss., out/2008, p. 18 (numeração RT online); ARAÚJO, José Carlos Evangelista de; LEHFELD, Lucas de Souza. *Os tratados internacionais de direitos humanos no âmbito da Emenda Constitucional 45/2004*. Revista dos Tribunais, ano 95, v. 846, p. 97-116, abr. de 2006, p. 108-109 e 115; BALSAN, Francys Layne. *A normatividade dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro*. Intertemas: Revista da Toledo - ano 10, v. 12, novembro de 2007, p. 188-189; FRANCISCO, José Carlos. Bloco de constitucionalidade e a recepção dos tratados internacionais. In: *Reforma do Judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005, p. 104-105; LUPI, André Lipp Pinto Basto. *A aplicação dos tratados de direitos humanos no Brasil a partir da EC 45/2004*. Revista dos Tribunais, ano 95, v. 847, p. 11-24, maio de 2006, p. 19 e 22; MIGUEL, Alexandre. *A Constituição Brasileira e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 3, p. 25 e ss., fev/2006, p. 22 (numeração RT online); PALADINO, Carolina de Freitas. *A recepção dos tratados de direitos humanos, uma velha discussão com uma nova roupagem após a reforma do Judiciário advinda com a Emenda Constitucional nº 45, de 2004 - Parte II*. IOB Repertório de Jurisprudência Tributário, Constitucional e Administrativo, v. 1, n. 23, p. 977-972, 1ª quinzena de dez./2008, p. 973; SCHIER, Paulo Ricardo. Hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos e a EC 45: aspectos problemáticos. In: *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 511.

²⁴⁴ Por outro lado, também são várias as posições contrárias, após a EC nº 45/04, à recepção com automática equivalência às emendas constitucionais dos diplomas internacionais sobre direitos humanos já incorporados: i) Negando, inclusive, nova deliberação pelo rito do §3º: RAMOS, Elival da Silva. *Os tratados sobre direitos humanos no direito constitucional brasileiro pós-emenda constitucional*. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Orgs.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 178-179; ii) Apontando a necessidade nova deliberação através do rito do §3º para que os tratados já incorporados venham a alcançar o status constitucional: KAUSS, Laís Fraga. *A incorporação de tratados de direitos humanos*. Revista IOB Trabalhista e Previdenciária - v. 21, n. 252, p. 207-211, jun./ 2010, p. 210; CARVALHO, Weliton. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos Anteriores à Emenda Constitucional 45: O Problema do Status Normativo*. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, n. 8, p. 339-364, 2010, p. 356; e AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. *Tratados internacionais sobre direitos humanos: como ficam após a reforma do poder judiciário*. Consulex - Revista Jurídica, ano IX, n. 197, p. 38-39, 31 de mar. de 2005, p. 39; iii) e informando sobre a existência de projeto

Isto porque na hipótese de nova submissão dos diplomas internacionais à deliberação do Congresso Nacional, agora sob o rito mais rígido, a norma do §3º do art. 5º operará no presente, já que o relevante é que a aprovação qualificada, esta sim, ocorrerá após a vigência da Emenda nº 45/04.

Além das balizas textuais que informam as possibilidades de interpretação plausível do texto, do mesmo modo como ocorreu no tópico acima, a hermenêutica se completa com a análise sistêmica. Assim convém ressaltar que não é do escopo do §3º do art. 5º o embaraço à elevação do status normativo dos direitos humanos em nosso ordenamento jurídico²⁴⁵, muito pelo contrário, sua intenção é a de franqueá-la com igual reforço da segurança jurídica. Da intensificação do compromisso constitucional com os direitos humanos advinda com a Emenda nº 45/04 ele é um dos principais, senão o maior estandarte.

Restando configurado um quadro de amplitude, de receptividade e não de restrição, conclui-se que a viabilidade para a elevação dos tratados e convenções de direitos humanos ao *status* de equivalência às emendas constitucionais pode ocorrer: i) como de fato se deu com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, concomitantemente, no momento de sua incorporação ao ordenamento; ii) mesmo após o pacto internacional ter sido incorporado pelo modo tradicional, já na vigência da Emenda Constitucional nº 45; iii) e com a submissão à posterior aprovação pelo rito qualificado do §3º do art. 5º daqueles tratados que tenham sido incorporados ao nosso ordenamento jurídico anteriormente à Emenda nº 45/04²⁴⁶.

de Resolução do Congresso Nacional que permita a deliberação sobre os tratados anteriores: COSTA, Aldo de Campos. *O debate legislativo a respeito do tratamento a ser dispensado aos tratados de direitos humanos anteriores à Emenda Constitucional nº 45, de 2004*. Boletim IBCCrim - ano 18, n. 211, junho de 2010, p. 16.

²⁴⁵ Surgiram conclusões neste sentido: “Ou seja, não há como ignorar as dificuldades que a implementação de normas jurídicas oriundas de tratados internacionais voltadas para a proteção dos direitos humanos passarão a enfrentar a partir de agora em razão da introdução do §3º ao art. 5º da CF/88 pela EC 45/2004.” ARAÚJO, José Carlos Evangelista de; LEHFELD, Lucas de Souza. *Os tratados internacionais de direitos humanos no âmbito da Emenda Constitucional 45/2004*. Revista dos Tribunais, ano 95, v. 846, p. 97-116, abr. de 2006, p. 111; “Em contrapartida – se dificultou sobremaneira o modo de incorporação (3/5 dos votos de cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos) ...” CALETTI, Leandro. *A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no cenário da Emenda à Constituição nº 45/2004: notas acerca da compulsoriedade do novo regime e da denúncia dos Tratados*. Revista da AGU, ano VI, n. 13, p. 153-176, ago/2007, p. 169.

²⁴⁶ Esta é também a conclusão de Weliton Carvalho: “O que parece plausível com relação aos tratados internacionais de direitos humanos aprovados antes do advento da Emenda Constitucional n. 45 é

1.3. TRATADOS QUE AINDA NÃO TENHAM SIDO CELEBRADOS PELO BRASIL ATRAVÉS DE SEU PRESIDENTE DA REPÚBLICA:

Poderia o Congresso Nacional incorporar tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos com equivalência às emendas constitucionais, ainda que estes não tenham sido celebrados pela República Federativa do Brasil, através do seu Presidente?

A questão consiste em saber se os congressistas, ao considerarem determinado pacto de direitos humanos celebrado no âmbito internacional como de relevante interesse para o país, encontram-se impreterivelmente atrelados à condição de que o Presidente da República comungue do mesmo entendimento e atue no sentido da adesão do Brasil ao tratado.

A conclusão mais adequada a respeito não pode prescindir do exame da estrutura do Poder Constituinte Derivado de Equivalência às Emendas Constitucionais, nos termos da análise e da conceituação efetivadas nos tópicos acima, a partir da observância de como se efetivou em concreto a incorporação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Como verificado, durante o exercício do Poder de Equivalência o Presidente da República poderá figurar como principal protagonista ou, no mínimo, dividirá o papel em igualdade de importância com o Congresso Nacional, sendo propriamente o realce desta sua função um dos elementos do destacamento teórico da nova modalidade do Poder Constituinte Derivado.

Por outro lado, também resultou certo que, com o advento da EC 45/04 não restou alterada a forma como os tratados internacionais são introduzidos no

submetê-los a verificação do quorum qualificado do art. 5º, §3º da Carta Magna. Esta aliás foi a solução dada pelo Estado argentino para resolver o problema dos tratados internacionais aprovados antes da reforma constitucional de 1994 do país vizinho.” CARVALHO, Welton. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos Anteriores à Emenda Constitucional 45: O Problema do Status Normativo*. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, n. 8, p. 339-364, 2010, p. 356.

ordenamento jurídico, perante a evidência de que a norma do novo §3º em nada atingiu as regras constitucionais sobre o exercício da Soberania Nacional.²⁴⁷

Portanto, as alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 45/04 não retiraram a exclusividade da representação do Brasil no exterior por parte do Chefe do Poder Executivo da União (art. 76, da CF/88), bem como jamais poderiam cogitar em fazê-lo, já que isto implicaria em ultrapassar o limite imposto pelas cláusulas pétreas da forma federativa de Estado e da separação dos Poderes (art. 60, §4º, I e III).

Seria notadamente a separação dos Poderes a cláusula afetada na hipótese interpretativa do §3º que facultasse ao Congresso Nacional a incorporação *direta* dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, em flagrante usurpação da prerrogativa concedida com exclusividade ao Presidente da República por obra do Poder Constituinte Originário.

Deste modo, como o Congresso Nacional não representa a República Federativa do Brasil no exterior, logo não lhe é dado exercer a Soberania na ordem internacional para promover a adesão do país a tratados internacionais, sequer através do modo tradicional de sua incorporação, muito menos pelo modelo qualificado de equivalência às emendas constitucionais.

Aflorando no âmbito do Congresso Nacional a intenção de inserir em nossa ordem constitucional direitos humanos veiculados por pactos internacionais ainda não celebrados pelo Presidente da República, sua realização deverá se dar necessariamente

²⁴⁷ Diferentemente, nos Estados Unidos, o Congresso pode interferir nas negociações para a celebração dos tratados: “De qualquer modo não há como se negar a competência do Congresso norte-americano para analisar referidas matérias, quando da formulação de uma política externa. Ou seja: o Presidente deve nestes casos agir de acordo com as políticas do Congresso, sob pena de o ato internacional não ser aprovado, ou quando muito ser necessária a retomada das negociações internacionais, o que causa uma maior morosidade na conclusão do ato internacional. [...] O procedimento norte-americano de conclusão dos tratados internacionais difere do brasileiro, posto que em nosso ordenamento incumbe ao Congresso Nacional simplesmente, resolver definitivamente sobre os tratados que acarretem encargos ao patrimônio nacional. [...] No ordenamento constitucional norte-americano, verifica-se um procedimento duplo, pois incumbe ao Senado aprovar os tratados internacionais e, igualmente incumbe ao Congresso regulamentar determinadas matérias referentes à política externa, que são de vital importância para o Estado norte-americano, o que, muitas vezes, pode implicar na morosidade para a aprovação dos atos internacionais. Daí, quiçá, tenha surgido uma construção norte-americana que resultou na adoção do fast-track e na aprovação simplificada dos tratados, também chamados de acordos executivos.” GOMES, Eduardo Biacchi. *Tratados Internacionais: um ensaio sobre alguns aspectos relevantes nos ordenamentos jurídicos brasileiro e norte-americano*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 46, p. 317 e ss., jan/2004, p. 8 (numeração RT online).

por emenda constitucional, e não pelo procedimento de equivalência do §3º do art. 5º, já que do contrário isto representaria a inconstitucional usurpação de competência exclusiva do Poder Executivo.

Porém, não se pode concluir que neste caso as consequências serão as mesmas, já que a introdução em nível constitucional de direitos humanos previstos em tratados internacionais não significa o mesmo que incorporar os próprios tratados sobre direitos humanos.

Na hipótese da norma do §3º do art. 5º, o que se delibera/incorpora é todo o tratado, pois se da sua redação constam “*os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados*”, na falta de fundamento jurídico relevante para a restrição do texto expresso, restaria arbitrário o entendimento que se reduza exclusivamente “*aos direitos humanos dos tratados e convenções internacionais que forem aprovados ...*”.

Logo, o texto do pacto internacional, como um todo, passará a fazer parte da ordem jurídica constitucional, formando o que vem sendo denominado de Bloco de Constitucionalidade²⁴⁸. A repercussão do englobamento da totalidade do texto do tratado

²⁴⁸ O Bloco de Constitucionalidade tem sido cotejado na doutrina: i) ora com acepções preponderantemente formais – sendo este o sentido por nós adotado: “Com efeito, o ordenamento constitucional passa a ser composto do texto positivado e pelos elementos implícitos inseridos no corpo permanente e no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) pelo constituinte de 1988, pelos preceitos expressos e implícitos constantes apenas nas emendas constitucionais ordinárias elaboradas nos termos do art. 60 e nas emendas de revisão produzidas com amparo no art. 3º do ADCT (vale dizer, dispositivos constitucionais que não foram introduzidos no corpo permanente ou no ADCT, mas que têm hierarquia constitucional) e, agora, também pelos preceitos expressos e implícitos contidos nos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados nos moldes do §3º do art. 5º do ordenamento constitucional. Desta reunião de diplomas normativos, todos com hierarquia constitucional, o sistema jurídico brasileiro passa a se valer da noção de bloco de constitucionalidade, [...] que agora representa a reunião de diplomas normativos diversos, ainda que não consolidados em um único ‘código’.” FRANCISCO, José Carlos. Bloco de constitucionalidade e a recepção dos tratados internacionais. In: *Reforma do Judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005, p. 100; igualmente: AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. *Tratados internacionais e bloco de constitucionalidade*. Consulex - Revista Jurídica - ano IX, n. 273, p. 58-59, 31 de maio de 2008, p. 59; ii) ora com acepções preponderantemente materiais: “O bloco de constitucionalidade estaria, pois, inserido na segunda posição, que considera o parâmetro constitucional mais vasto do que as normas e princípios constantes das leis constitucionais escritas, devendo alargar-se, pelo menos, aos princípios reclamados pelo ‘espírito’ ou pelos ‘valores’ que informam a ordem constitucional global. Esta é realmente sua correta colocação. O bloco de constitucionalidade excede a Constituição escrita, buscando os valores maiores que servirão de orientação para as normas constitucionais escritas.” COELHO, Bernardo Leôncio de Moura. *O bloco de constitucionalidade e a proteção à criança*. Revista de Informação Legislativa, ano 31, n. 123, p. 259-265, jul/set de 1994, p. 263; igualmente: PIOVESAN, Flávia. *Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a Constituição Federal de 1988*. Boletim IBCCrim - ano 13, n. 153, p. 8-9, agosto de 2005, p. 8-9; JOSINO NETO, Miguel. *O bloco de*

não é em nada indiferente, já que nesta situação a margem hermenêutica para a identificação das normas a serem dele extraídas é muito maior.

Diferentemente ocorre com a introdução de direitos humanos formalmente por emenda constitucional. Aqui, sob pena de tornar o texto da Constituição demasiadamente prolixo, o Congresso Nacional, investido do Poder Constituinte Derivado tradicional, tem por dever o comedimento, através da inserção de alterações bem mais sintéticas. Por outro lado, há de se apontar que a perda da margem hermenêutica (regime jurídico dos tratados), ocasionada pela vertiginosa redução do texto inserido no patamar hierárquico constitucional, é compensada pelo ganho de sistematicidade, precisão e segurança jurídica.

2. QUESTÕES INCIDENTES DURANTE O PROCESSO LEGISLATIVO DE APROVAÇÃO DE EQUIVALÊNCIA CONSTITUCIONAL:

2.1- O CONGRESSO NACIONAL PODERIA ALTERAR O TEXTO DO TRATADO?

De indissociável conexão com a questão do tópico antecedente, a possibilidade de o Congresso Nacional alterar o texto do tratado ou da convenção internacional sobre direitos humanos durante o trâmite da sua aprovação como equivalente às emendas constitucionais deverá ser investigada a partir das mesmas premissas.

Sendo relevante para a presente reflexão o conceito do diploma normativo que estará sob deliberação no Parlamento, convém apontar que os tratados internacionais (denominação que engloba convenções, pactos, etc. ...) consistem no conjunto de normas sistematizadas em um texto comum, pactuado pelos sujeitos de direito público

constitucionalidade como fator determinante para a expansão dos direitos fundamentais da pessoa humana. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 61, janeiro de 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3619/o-bloco-de-constitucionalidade-como-fator-determinante-para-a-expansao-dos-direitos-fundamentais-da-pessoa-humana>>. Acesso em: 11/out/2012.

internacional, que são os únicos dotados de capacidade jurídica no âmbito do concerto das Nações.

O tratado internacional, portanto, é o resultado das negociações travadas pelos atores legitimados na ordem internacional, os quais são juridicamente dotados de plena liberdade para definir seus termos e decidir sobre a sua efetiva celebração. Por outro lado, os Estados e as Organizações Internacionais não gozam da prerrogativa absoluta de alterá-los *per se* e unilateralmente – aqui vale a alteridade inerente a qualquer pacto jurídico – podendo no máximo aderir com ressalvas, desde que admitido pelo próprio acordo.

A norma veiculada pelo §3º do art. 5º da Constituição em nada atingiu este conceito de tratado internacional, além de não ter provocado a alteração do modelo constitucional para a incorporação de diplomas normativos internacionais à ordem jurídica interna.

Portanto, permanece a competência do Poder Legislativo para autorizar a possibilidade de ratificação do pacto internacional pelo Presidente da República, e sua deliberação poderá ser favorável ou contrária; ou apenas parcialmente favorável, desde que o diploma normativo admita reservas; mas jamais no sentido da propositura de emendas ao texto internacional; isto porque em nosso histórico modelo constitucional o Congresso Nacional não intervém nas negociações externas, encontrando-se despidido da capacidade de propor diretamente a alteração do texto normativo.²⁴⁹

²⁴⁹ Luc Saïdj, em profundo estudo especializado sobre a matéria, demonstra que este é igualmente o entendimento e a prática consolidados na França: “L’interdiction d’amendement à l’accord initial est, on le sait, traditionnelle. Elle peut être fondée, rappelons-le, sur au moins deux raisons. La première, la moins déterminante, est une raison de technique juridique. A s’en tenir à la majorité des cas et à l’analyse classique, le Parlement n’est pas, en effet, saisi directement de l’accord international car le projet à lui soumis n’approuve pas ledit accord mais autorise seulement la ratification, ce qui est différent. Juridiquement, le Parlement ne se prononce pas sur l’accord (en l’approuvant) mais sur l’autorisation de ratification, juridiquement distincte de l’accord et seule soumise à son vote, donc à son éventuel pouvoir d’amendement. [...] La deuxième objection est qu’en dépit de son caractère quelque peu particulier, le processus de formulation et d’acceptation des réserves est, nous l’avons vu, indissociable du “mécanisme conventionnel “ et que, dès lors, il paraît à tout le moins arbitraire de s’attacher à certaines de ses particularités pour en déduire qu’il échappe du coup à la compétence exclusive de l’Exécutif pour négocier et ratifier le contenu des traités.” SAÏDJ, Luc. *Le Parlement et Les Traités: La loi relative à la ratification ou à l’approbation des engagements internationaux*. Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1979, p. 153-155; No mesmo sentido: PRELOT, Marcel; BOULOUIS, Jean. *Institutions politiques et droit constitutionnel*. 11ª ed. Paris: Précis Dalloz, 1990, p. 859.

A distinção da norma do §3º como rito de concessão de equivalência constitucional aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos e, concomitante, mas não obrigatoriamente, como via conjugada de incorporação de novos pactos ao ordenamento interno, revela-se, mais uma vez, uma premissa normativo-teórica fundamental.

Como de qualquer modo os atos de incorporação constituem uma etapa pressuposta anterior ou prejudicial²⁵⁰ à atribuição de equivalência às emendas constitucionais, esta tem o seu destino atrelado, por conexão lógica, não só à efetiva incorporação do diploma normativo internacional, mas principalmente à integralidade do texto admitido, sobre o qual não poderá dispor.

No viés estritamente semântico, o texto do §3º do art. 5ª, por sua vez, não traz maiores complicações, sendo reveladora a diferença de redação com o co-respectivo texto das emendas constitucionais. Repare-se que o dispositivo se refere aos *“atos que forem aprovados”*: *“§ 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.”* (nosso grifo).

Já o §2º do art. 60 prevê que a proposta de emenda à Constituição será *“discutida e votada”*: *“§ 2º - A proposta será **discutida e votada** em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.”* (nosso grifo).

A omissão da palavra *“discutidos”* no texto do §3º, que menciona tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos *“que forem aprovados”*, e não aqueles que forem *discutidos e aprovados*, jamais poderia ser considerada meramente gratuita ou de repercussão indiferente na obtenção da norma jurídica.

Obviamente, isto não implica na supressão dos debates, dando azo a uma incorporação irrefletida do tratado Congresso Nacional, mormente diante da dimensão das

²⁵⁰ Será prejudicial quando a incorporação de novos pactos e a concessão de equivalência constitucional forem concentradas em procedimento único, como se deu com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo.

consequências advindas à ordem jurídica, pela introdução de normas de efeitos equivalentes aos das emendas constitucionais.

É claro que a reflexão e as discussões sobre a aprovação de determinado tratado ou convenção internacional sobre direitos humanos com o status de equivalência às emendas constitucionais não só não é restringida pelo §3º do art. 5º como, pelo contrário, convém sejam exaustivos e exauridos todos os debates.

O que o dispositivo não contempla, isto sim, é que seja discutida a reelaboração do próprio teor do diploma normativo²⁵¹. É absolutamente correto que seja assim, tendo em vista que a discussão dos seus termos somente é facultada aos agentes legitimados, notadamente aos Estados, através do exercício de sua Soberania, e como visto, não foi cometida ao Congresso Nacional pelo Poder Constituinte Originário a prerrogativa de representação do Estado Brasileiro no âmbito internacional.²⁵²

Diante disto, ou o Congresso aprova pelo rito qualificado o próprio texto do tratado – sem emendas – nos estritos termos em que foi pactuado pelo Brasil e os demais atores internacionais, ou o que se estará aprovando será outro instrumento normativo de âmbito interno, mas não aquele tratado internacional e, neste caso, o §3º do art. 5º, ou qualquer outro dispositivo constitucional, não contemplam a possibilidade de sua elevação ao patamar de equivalência às Emendas.

²⁵¹ Neste mesmo sentido: “... o tratado terá que ser, obrigatoriamente, submetido ao Congresso Nacional, que poderá aprová-lo ou rejeitá-lo, porém jamais modificá-lo, como se se tratasse de mero projeto de lei.” RAMOS, Elival da Silva. Os tratados sobre direitos humanos no direito constitucional brasileiro pós-emenda constitucional. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Orgs.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 154.

²⁵² “De fato, a noção de que não se trata de um processo legislativo regular resulta da impossibilidade de emendar o texto do tratado. Embora seja possível, nos Estados Unidos, que o Senado emende efetivamente os tratados internacionais, tal prática não é admitida em nosso Direito, seguindo tendência quase universal. Com efeito, seria estranho aceitar a modificação de um acordo já negociado e firmado com outros países, o que exigiria, no mínimo, a retomada dos procedimentos de negociação, buscando-se um novo texto. Isso até seria possível de imaginar em torno de acordos bilaterais, mas completamente sem sentido no âmbito de acordos multilaterais, cuja negociação é, muitas vezes, de grande complexidade e contendo soluções de compromisso extremamente sensíveis. Não obstante, admite-se que as reservas disponíveis no texto firmado pelo Executivo sejam exigidas pelo Legislativo.” COSTA, José Augusto Fontoura; GOMES, Ana Virgínia Moreira. *O §3.º do Art. 5.º da CF/88 e a Internalização da Convenção 87 da OIT*. Revista de Direito do Trabalho, São Paulo, v. 125, p. 115 e ss., jan/2007, p. 5 (numeração RT online).

Pelos mesmos motivos não pode haver parcial concessão de equivalência constitucional ao respectivo pacto internacional²⁵³. Como o Congresso Nacional, ainda que investido da nova modalidade do Poder Constituinte Derivado, mesmo assim não exerce a Soberania no âmbito externo, lhe é vedado selecionar apenas uma parte do seu texto, elegendo topicamente as normas ou direitos humanos que deseja elevar ao patamar de equivalência às emendas constitucionais.

Isto equivaleria a uma adesão ao tratado com ressalvas, o que, como visto, só é permitido ao agente credenciado a representar o país durante as suas tratativas, notadamente o Presidente da República, e desde que o pacto admita esta possibilidade²⁵⁴.

Se a alteração do texto do tratado durante a concessão de equivalência constitucional pelo Congresso Nacional significa, como apontado, a deliberação sobre outro instrumento normativo que não aquele celebrado pelo país, por igual motivo, a concessão parcial, mesmo que sem a modificação de seu texto, implicaria na formação de uma colcha de retalhos, redundando em outro diploma normativo. Assim, mesmo que mantida a redação das partes do texto aprovadas, o dismantelamento de sua unidade acarretaria necessariamente uma indireta alteração de sentido, com a perda de coesão sistêmica e o risco de supressão de regras estruturantes ou de princípios que atuam como vetores das demais normas.

²⁵³ Mais uma vez, convém aqui reproduzir a nota sobre a aprovação do texto em bloco: “Vale lembrar que a elaboração de tratados e convenções internacionais exhibe evidente déficit democrático. Não são elaborados por meio de representantes democraticamente eleitos pelas populações implicadas. Quando muito, são aprovados pelos parlamentos nacionais envolvidos, mas o são – na maioria dos casos – sem a possibilidade de modificações parlamentares. São aprovados ou reprovados em bloco, ressalvada a eventual existência de cláusulas de reserva (porém, desde que admitidas pelo próprio tratado ou convenção internacional ...).” AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. *Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos e o Pensamento de Celso Lafer*. São Paulo: no prelo.

²⁵⁴ Não obstante, há de se fazer registro de posição que pondera uma atividade mais pró-ativa do Congresso Nacional: “Além disso, apesar do texto constitucional não fazer referência, pode-se constatar uma regra de direito consuetudinário também presente em antecedentes na Argentina, assim como no Brasil, de que o Congresso possa efetuar reformas (emendas) ao avaliar o texto firmado pelo Poder Executivo. Se isso ocorrer, o Poder Executivo poderá aceitá-las ou não, ao decidir por ratificar ou não o tratado, sendo que se resolver ratificar, requerer-se-á o consentimento, relativo às reformas, do outro Estado, ou Estados, o que resultará em um acordo complementar. Além disso, pode o Congresso efetuar reservas, as quais o presidente está obrigado a repetir, se decidir ratificar o tratado e, pelo contrário, caso o Congresso resolva retirar as reservas feitas principalmente pelo Executivo, este deverá ratificar o tratado, sem formular qualquer reserva ou decidir por não ratificá-lo.” ANDREOLA, Susana Cordenonsi. *Tratados Internacionais no Direito brasileiro e argentino*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 17, n. 67, p. 279-318, abr./ jun. 2009, p. 291.

Neste ponto, do mesmo modo em que se apontou a supressão da palavra “*discussão*”, ao contrário da redação do dispositivo respectivo às emendas constitucionais, como relevante para obstar a alteração dos textos dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, também cabe retomar a interpretação do §3º do art. 5º, em incremento da conclusão traçada para a negação da possibilidade de sua aprovação parcial.

Note-se que o §3º remete aos “*tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados ...*”; o que é bem diferente de uma hipótese de redação que tratasse da aprovação de “*direitos humanos previstos em tratados e convenções internacionais ...*”. Logo, segundo o dispositivo inserido pela EC nº 45/04, o que deve ser aprovado são efetivamente os tratados, não simplesmente os direitos neles previstos.

E com isso há o reforço, sobremaneira, das razões desenvolvidas não só em contrário à qualificação parcial de trechos do tratado, sob o pretexto de equiparação às emendas constitucionais de apenas uma ou algumas de suas normas de direitos humanos, como também para obstar a hipótese de alteração de seu texto durante a passagem pelo rito qualificado.

Em suma, restam fixadas as premissas: i) de que o Congresso Nacional não exerce a Soberania em âmbito internacional e, portanto, carece da prerrogativa para a negociação e consequente ressalva de itens dos pactos internacionais; e consequentemente são os diplomas normativos autorizados à luz destas limitações que serão submetidos ao procedimento distinto da concessão de equivalência às emendas constitucionais, não obstante ambos, autorização e concessão de equivalência possam se concentrar em um processo legislativo conjugado; ii) e que, além disso, o texto do §3º do art. 5º da Constituição não contém o termo “*discussão*”, como na co-respectiva hipótese das emendas constitucionais, nem se refere à aprovação “*dos direitos humanos previstos nos tratados e convenções internacionais*”, mas à aprovação deles próprios como um todo.

Têm-se assim as bases seguras para a conclusão de que, ou o Congresso aprova como equivalente às emendas constitucionais o instrumento internacional incólume, ou o texto que alterar ou suprimir não consistirá mais no mesmo pacto celebrado pelo país na ordem internacional, mas sim num outro instrumento normativo de natureza interna, e nesta hipótese o §3º do art. 5º ou qualquer outra norma constitucional não autorizam a equivalência com as emendas constitucionais. Logo, não resta facultada ao Congresso

Nacional a alteração ou a aprovação apenas parcial do texto do tratado ou da convenção internacional sobre direitos humanos durante o exercício do Poder Constituinte Derivado de Equivalência às Emendas Constitucionais.

2.2. A ATUAÇÃO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA APÓS A APROVAÇÃO DA EQUIVALÊNCIA CONSTITUCIONAL PELO CONGRESSO NACIONAL:

O apontado incremento do poder decisório do Presidente da República durante a manifestação do Poder Constituinte Derivado de Equivalência às Emendas Constitucionais e o modo pelo qual se concretizou a incorporação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com deficiência dão azo ao questionamento das possibilidades de atuação do Presidente da República após a aprovação qualificada do pacto internacional de direitos humanos pelo Congresso Nacional.

O tratamento desta questão varia em conformidade com a hipótese de aplicação do §3º do art. 5º da Constituição. Como já apontado nos tópicos acima, a interpretação de maior conformidade com a Constituição admite que tratados incorporados antes da EC nº 45/04 sejam posteriormente equiparados às emendas constitucionais, bem como que aqueles eventualmente incorporados pelo rito tradicional após a vigência do novo §3º venham a ser, a qualquer tempo, elevados à mesma natureza.

Deste modo, a margem de atuação do Presidente da República é distinta nas hipóteses de exercício do Poder Constituinte Derivado de Equivalência às Emendas em relação aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que estejam em processo de incorporação; e para aqueles já incorporados ao ordenamento com a tradicional força de lei.

Consistindo no primeiro e único, até então, pacto internacional de direitos humanos elevado ao status de equivalência às emendas constitucionais, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência corresponde à primeira descrição. O Congresso Nacional, dando concretude ao novo §3º do art. 5º, adotou o mesmo processo legislativo previsto para a introdução de tratados internacionais no

ordenamento jurídico, com a especificidade da deliberação por quorum mais rígido e em dois turnos de votação.

O procedimento de concomitante incorporação e atribuição do status normativo de equivalência constitucional, através de um único processo legislativo, lançou dúvidas se nele persistiriam as mesmas prerrogativas que o Presidente da República teria durante a incorporação ordinária de tratados internacionais.

A partir da aprovação pelo rito do §3º do art. 5º da Constituição, o Presidente da República ficaria vinculado a depositar o instrumento de ratificação, e a promulgar e publicar o Decreto que veicula o tratado ou convenção sobre direitos humanos, ou agiria discricionariamente?

A segunda hipótese, a dos pactos já incorporados, por apresentar menor complexidade que esta primeira, convém ser abordada de início, tendo em vista que a parcial identidade entre ambas orientará o caminho para a solução daquela que é mais problemática. E desde que não tenham sido aprovados pelo rito qualificado do §3º, não se vislumbra motivo, de antemão, para o tratamento distinto entre os atos ordinariamente incorporados antes da Emenda Constitucional nº 45/04 e aqueles que possam ser assim introduzidos mesmo após a sua vigência.

Nesta situação, haveria então espaço para atuação do Presidente da República, levando-se em conta que ele já se manifestou favoravelmente quanto à adesão ao pacto internacional sobre direitos humanos nos momentos de sua celebração e da posterior ratificação, esta realizada depois de obtida a prévia autorização do Congresso Nacional?

A questão nevrálgica que aqui desponta consiste em saber se o Presidente da República mantém o proeminente papel decisório na manifestação do Poder Constituinte Derivado de Equivalência às Emendas Constitucionais que tenha por objeto os tratados e convenções internacionais já incorporados ao nosso ordenamento jurídico.

Na abordagem desta hipótese, o laconismo do texto do §3º do art. 5º da Constituição é tomado como relevante, *per se*, para a conformação do sentido da norma: “§ 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.” (nosso grifo). Observe-se que não houve menção do Presidente da República.

A interpretação estrita do dispositivo que mantém consonância com as demais normas constitucionais, notadamente as de mesma natureza, relativas às emendas constitucionais, não dá azo à criatividade para inserção de elementos não expressos no §3º e em desconformidade com o modelo teórico-institucional do Poder Constituinte Derivado adotado historicamente pelo Brasil.

Note-se que o §3º do art. 5º da Constituição, ao prever a condição de aprovação dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos com equivalência constitucional, faz referência apenas ao Congresso Nacional, cuja vontade deverá se expressar através da votação de cada Casa, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros.

Não tendo sido o Presidente da República expressamente mencionado, a hermenêutica não libera o intérprete à inovação, mas remete à aplicação analógica de normas de idêntica natureza, respectivas à modalidade tradicional do Poder Constituinte Derivado de Emenda à Constituição.

Deste modo, a elevação dos pactos de direitos humanos já incorporados ao patamar normativo de equivalência constitucional necessariamente deverá ser precedida de uma proposta formulada pelos agentes legitimados²⁵⁵, e esta, em seguida, deverá ser submetida à exclusiva aprovação do Congresso Nacional. Portanto, aqui o Presidente da República figura com o mesmo papel de coadjuvante que exerce perante as emendas constitucionais, restando-lhe apenas a legitimidade propositiva.

Como os pactos internacionais já incorporados não se encontram mais na dependência de atos posteriores para a sua definitiva introdução no ordenamento jurídico, diferentemente do que ocorre com aqueles em processo de incorporação qualificada, basta sua aprovação pelo Congresso Nacional, através do procedimento do §3º do art. 5º, para que ostentem, *ipso jure*, equivalência às emendas constitucionais. Por esta razão, para o

²⁵⁵ Tratam-se dos mesmos agentes legitimados à formulação da proposta de emenda constitucional, como visto no tópico 10 da Parte I.

fim de sua vigência, é exigível a promulgação do diploma normativo pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal²⁵⁶.

Por outro lado, em relação à hipótese inversa, que é o modo como se processou a incorporação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, quando se deu a concomitante atribuição de equivalência constitucional, há a inconveniência de que a aprovação deliberada pelo Congresso Nacional consiste apenas em uma etapa para a introdução do pacto sobre direitos humanos na ordem interna.

No processo comum de incorporação de tratados internacionais ao ordenamento jurídico, sua aprovação pelo Congresso Nacional funciona como mera autorização ao Presidente da República que, por se manter investido da Soberania Nacional, tem discricionariedade para deixar de ratificar definitivamente o tratado²⁵⁷.

É por este motivo que a aprovação da introdução de um novo tratado ou convenção internacional sobre direitos humanos no ordenamento jurídico, quando realizada qualificadamente por dois terços dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação, desperta o questionamento sobre a margem de atuação do Presidente da República.

A introdução do pacto internacional, se aprovada pelo rito mais rígido do §3º do art. 5º da CF/88, fulminaria a discricionariedade, vinculando o Presidente da República, ou ele ainda manteria a mesma prerrogativa decisória, sendo sua a última palavra sobre a incorporação?

²⁵⁶ Em aplicação analógica do art. 60, §3º, da CF/88.

²⁵⁷ Neste sentido: "Apenas se preenchido o requisito da aprovação do tratado internacional por decreto legislativo poderá o Presidente da República (ou outra autoridade com poderes para tanto) ratificá-lo, o que não significa, contudo, que esteja obrigado a fazê-lo. A representação do Estado brasileiro em suas relações internacionais foi confiada ao Presidente por estar, tradicionalmente, associada à chefia de Estado, que é cumulada com a função de chefia de governo em virtude da configuração unitária do Poder Executivo, de padrão presidencialista. Sob a inspiração dos freios e contrapesos inerentes ao princípio da separação dos Poderes, exige-se, entretanto, que o Congresso Nacional autorize o Chefe do Executivo a expressar o consentimento do Estado brasileiro para que, validamente, à luz do direito interno, se possa concluir a celebração de tratado, acordo ou convenção internacional. O que se pretendeu foi impedir a assunção de obrigações internacionais sem o aval do Congresso Nacional e não tornar compulsória a celebração de tratado aprovado por decreto legislativo, cuja avaliação de conveniência e oportunidade remanesce na esfera do Poder Executivo Federal." RAMOS, Elival da Silva. Os tratados sobre direitos humanos no direito constitucional brasileiro pós-emenda constitucional. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Orgs.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 155. (Idem, p. 174)

A maior correção da resposta a ser obtida depende da identificação do elemento preponderante nesta situação, a aproximá-la mais do processo legislativo de emenda à Constituição (em razão da identidade de quorum e turnos de aprovação) ou do procedimento ordinário de incorporação de tratados internacionais (no qual a aprovação do Congresso representa mera autorização).

Sob esta perspectiva, o enfoque recai sobre a concentração da incorporação e da atribuição de equivalência às emendas constitucionais em um único processo legislativo. Nesta hipótese, mesmo que o tratado venha a ser aprovado pelo rito do §3º do art. 5º, o aspecto relevante a ressaltar consiste no fato de que ele ainda se encontra pendente de introdução no ordenamento, tendo em vista que a deliberação do Congresso é apenas uma fase do *iter* processual legislativo.

Isto porque, conforme acima já foi apontado, o Congresso Nacional não exerce a Soberania, encontrando-se despidido de legitimidade para representar o país no âmbito internacional e, conseqüentemente, celebrar e ratificar pactos internacionais. Deste modo, o *plus* da aprovação qualificada, *per se*, carece de alcance suficiente para subverter o arcabouço institucional instituído pelo Poder Constituinte Originário para o exercício da Soberania.

Como o tratado ou a convenção internacional sobre direitos humanos encontram-se ainda pendentes de incorporação ao sistema jurídico nacional, mesmo após sua aprovação pelo Congresso Nacional pelo procedimento mais rigoroso – levando-se em conta que se as regras para o exercício da Soberania mantêm-se incólumes – não há especial motivo a justificar uma vinculação do Presidente da República à posição manifestada pelo Parlamento.

Note-se que o elemento decisivo não é a semelhança com o rito de aprovação das emendas constitucionais, que se perfazem com a aprovação do Congresso Nacional e têm sua promulgação realizada pelo próprio Parlamento, mas sim que, em relação aos tratados internacionais sobre direitos humanos, a passagem pelo rito do §3º não perfaz sua incorporação, a qual permanece na dependência de ratificação, ato este além do alcance do Legislativo.

Portanto, o que realmente se sobressai é o exercício da Soberania, que se revela como a condição *sine qua non* do processo legislativo. Por esta razão, o Presidente

da República pode, sob o crivo de sua discricionariedade como legítimo representante do país no âmbito internacional, deixar de ratificar o tratado ou a convenção sobre direitos humanos, ainda que autorizado pelo Congresso Nacional através do rito do §3º do art. 5º, da Constituição²⁵⁸.

Assim, como há identidade de fundamentos, segue-se o mesmo modelo tradicionalmente utilizado para a incorporação comum de tratados internacionais ao nosso ordenamento jurídico, no qual o Presidente da República, agindo discricionariamente, não se encontra vinculado a ratificar; promulgar; e publicar o tratado ou convenção internacional sobre direitos humanos que obteve a aprovação qualificada do Congresso Nacional.

A título de conclusão, não se deve perder de vista que a questão veiculada neste tópico requer solução diversa, de acordo com a situação jurídica do pacto internacional de direitos humanos perante o ordenamento interno.

Deste modo, em relação aos tratados já definitivamente incorporados pelo procedimento tradicional, seja antes ou depois da vigência da EC nº 45/04, como o texto do §3º do art. 5º não faz menção ao Presidente da República, sua interpretação estrita e em consonância com as normas concernentes ao Poder de Emenda conduz à suficiência da aprovação do Congresso Nacional pelo rito mais rígido para que o diploma normativo seja elevado ao patamar de equivalência constitucional, remanescendo o Presidente na posição coadjuvante de legitimado à formulação da proposta.

Na hipótese de concentração dos atos de incorporação do diploma normativo internacional e atribuição do *status* normativo de equivalência às emendas constitucionais, o Presidente da República figura como protagonista do processo legislativo, peculiaridade que caracteriza o Poder Constituinte Derivado de Equivalência às Emendas Constitucionais. Assim, no exercício da Soberania Nacional, mesmo que

²⁵⁸ “Isto porque tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, enquanto atos internacionais que são, devem ficar sujeitos à cautela do Chefe de Estado quanto ao momento mais oportuno: (1) para assinatura no plano internacional; e (2) para eficácia do âmbito doméstico (observada a prévia e definitiva aprovação congressual requerida pelo inciso I do art. 49 da Constituição de 1988). Com efeito, a promulgação por meio de decreto presidencial é a oportunidade derradeira para que o Ministro de Estado das Relações Exteriores ofereça o seu conselho ao Presidente da República em um “parar para pensar preceitos” com vistas a uma prudente e concreta aplicação dos princípios constantes do art. 4º da Constituição de 1988.” AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. *Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos e o Pensamento de Celso Lafer*. São Paulo: no prelo.

autorizado pelo Congresso através do rito qualificado do §3º, o Presidente da República mantém-se investido da discricionariedade que lhe permite deixar de posteriormente ratificar o tratado ou convenção internacional de direitos humanos.

2.3. VIGÊNCIA INTERNA DO PACTO DE DIREITOS HUMANOS APROVADO COMO EQUIVALENTE ÀS EMENDAS CONSTITUCIONAIS:

Conexo com o tópico anterior, o tema da vigência interna dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos elevados à natureza equivalente à das emendas constitucionais compartilha do mesmo fundamento que leva à distinção entre os pactos internacionais incorporados pelo modo tradicional e posteriormente submetidos ao rito do §3º do art. 5º; e aqueles cujo processo de incorporação é concomitante com a atribuição de equivalência constitucional.

Para os tratados ou convenções já incorporados ao ordenamento jurídico, acima foi apontado que a aprovação do Congresso Nacional é suficiente para a obtenção do status de equivalência às emendas constitucionais. Sua vigência interna dependeria somente de um ato de publicidade que veiculasse o teor da deliberação realizada no Parlamento.

Na ausência de disposição expressa no texto do novo §3º do art. 5º, evidencia-se como mais adequado o recurso à analogia com as normas da modalidade tradicional do Poder Constituinte Derivado. Portanto, da mesma forma como se dá em relação às emendas constitucionais, a deliberação deve ser veiculada a partir da promulgação das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal²⁵⁹

Já em relação aos pactos internacionais de direitos humanos em processo de introdução qualificada no direito interno a conclusão é diversa. Nesta hipótese, a aprovação do Congresso Nacional não exaure o processo legislativo, que passa para o

²⁵⁹ Conforme o art. 60, §3º, da CF/88.

âmbito da discricionariedade do Presidente da República, a quem incumbe o ato final de ratificação.

Desta forma, a vigência interna do tratado ou da convenção internacional sobre direitos humanos ainda depende do depósito do instrumento de ratificação junto ao respectivo Sujeito de Direito Público Internacional e da sua posterior promulgação e publicação no Brasil, como ocorre nos demais procedimentos ordinários²⁶⁰.

Por oferecer o exclusivo exemplo concreto deste *iter* procedimental, convém recapitular o processo de incorporação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Neste sentido, o processo iniciou-se quando o Brasil, através do Presidente da República, aderiu à Convenção e ao seu Protocolo Facultativo em 30 de março de 2007²⁶¹. A adesão, submetida à aprovação do Congresso Nacional nos termos do § 3º do art. 5º da Constituição foi autorizada através da expedição do Decreto Legislativo

²⁶⁰ A promulgação e a publicação, através de decretos veiculadores do texto dos tratados internacionais, continuam como uma tradição não rompida pela Constituição de 1988: “O Brasil, após a Independência, continuou a seguir a tradição lusitana de promulgar os tratados já ratificados por meio de um decreto do Executivo. Embora as Constituições brasileiras da República não façam qualquer referência, esse costume vem sendo mantido. Consoante a praxe atual, a Divisão de Atos Internacionais do Ministério das Relações Exteriores redige o instrumento do decreto, que será acompanhado do texto do tratado e, eventualmente, de tradução oficial. Tal decreto é publicado no Diário Oficial da União, após assinatura do Presidente da República, referendada pelo Ministro das Relações Exteriores. Relativamente aos acordos em forma simplificada, não submetidos à aprovação do Congresso, a promulgação pelo Executivo é dispensada, respeitando-se apenas a formalidade da publicação. [...] Tanto o anteprojeto da Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais quanto o superveniente anteprojeto da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher apresentavam dispositivos pretendendo reverter a tradição no tocante à questão. [...] O anteprojeto da Comissão de Sistematização acolheu a tendência de reversão da tradição e asseverou, no §2º do art. 12, que ‘o conteúdo normativo dos tratados e compromissos internacionais se incorpora à ordem interna ...’ [...] O anteprojeto da Comissão de sistematização acolheu a tendência de reversão da tradição ... [...] Mais uma vez, o substitutivo Cabral e o projeto de Constituição (A), fazendo tabula rasa do trabalho prévio de elaboração constitucional, não fizeram qualquer referência à internalização do Direito Internacional.” RODAS, João Grandino. *A Constituinte e os Tratados Internacionais*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 624, p. 43 e ss., out/1987, p. 7 (numeração RT online); No mesmo sentido: RAMOS, Elival da Silva. Os tratados sobre direitos humanos no direito constitucional brasileiro pós-emenda constitucional. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Orgs.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 157.

²⁶¹ A data de adesão consta expressamente nas considerações do Decreto Federal nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, como também no art. 1º do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008:

“Considerando que o Congresso Nacional aprovou, por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, conforme o procedimento do § 3º do art. 5º da Constituição, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007; “

“Art. 1º Fica aprovado, nos termos do § 3º do art. 5º da Constituição Federal, o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007.”

nº 186, de 09 de julho de 2008. Logo em seguida, em 1º de agosto do mesmo ano, o país depositou o instrumento de ratificação dos referidos atos junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas²⁶².

Não obstante o presente tópico trate do momento da entrada em vigor do pacto internacional elevado ao patamar normativo constitucional, é pertinente um adendo para registrar que sua vigência em nosso ordenamento jurídico mantém-se independente do momento da entrada em vigor das obrigações do país no âmbito internacional²⁶³. Por este motivo, a Convenção e seu Protocolo Facultativo entraram em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, em 31 de agosto de 2008²⁶⁴.

E apesar de aprovados pelo rito qualificado do §3º do art. 5º em 9 de julho de 2008, conforme veiculado pelo Decreto Legislativo nº 186, os atos internacionais em apreço apenas entraram em vigor no Brasil em 26 de agosto de 2009, por força do art. 3º do Decreto Federal nº 6.949, de 25 de agosto de 2009: “Art. 3º *Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação*”.

²⁶² Trata-se de consideração informada no Decreto 6.949/09.

²⁶³ Para exemplificar: “... , tem-se em conta o “Tratado Sobre a Não-Proliferação de Armas Nucleares, assinado pelo Brasil em 1968. O decreto legislativo que aprovou a sua ratificação (nº65) restou editado apenas em 1998, ou seja, trinta anos mais tarde. O governo brasileiro depositou o instrumento de adesão ao referido tratado em 18 de setembro de 1998, todavia o decreto de execução que promulga o tratado apenas foi publicado em 8 de dezembro de 1998.” CALETTI, Leandro. *A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no cenário da Emenda à Constituição nº 45/2004: notas acerca da compulsoriedade do novo regime e da denúncia dos Tratados*. Revista da AGU, ano VI, n. 13, p. 153-176, ago/2007, p. 160.

²⁶⁴ Embora não expressamente justificado pela consideração prévia do Decreto Federal nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, a data de vigência internacional para o Brasil decorre da norma do Artigo 45, 2, da Convenção:

Artigo 45

Entrada em vigor

1.A presente Convenção entrará em vigor no trigésimo dia após o depósito do vigésimo instrumento de ratificação ou adesão.

2.Para cada Estado ou organização de integração regional que ratificar ou formalmente confirmar a presente Convenção ou a ela aderir após o depósito do referido vigésimo instrumento, a Convenção entrará em vigor no trigésimo dia a partir da data em que esse Estado ou organização tenha depositado seu instrumento de ratificação, confirmação formal ou adesão.

Além da fixação do marco inicial de sua vigência, prevista no seu art. 3º, o Decreto presidencial dispôs o seguinte: *“Art. 1º A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, apensos por cópia ao presente Decreto, serão executados e cumpridos tão inteiramente como neles se contém”*.

Esta disposição revela-se como meramente informativa do teor do texto efetivamente ratificado. Isto porque, mesmo com a aprovação qualificada da Convenção pelo Congresso Nacional, o Presidente da República, investido da Soberania, conserva a prerrogativa decisória quanto à ratificação definitiva do pacto internacional, que poderia ter sido realizada com ressalvas – quando admitido pelo próprio diploma normativo – cabendo então ao Decreto Presidencial, no máximo, apontar qual é o texto normativo que passará a vigorar internamente.

Portanto, a vigência interna dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos cujo processo de introdução no sistema jurídico seja concomitante à concessão do *status* de equivalência às emendas constitucionais inicia-se com a publicação do Decreto do Presidente da República, que divulga a promulgação do pacto internacional e acarreta a sua definitiva incorporação ao sistema jurídico interno. Mas em relação àqueles já incorporados e só posteriormente aprovados pelo rito do §3º do art. 5º, como a deliberação do Congresso Nacional exaure o processo legislativo, a vigência interna inicia-se nesta hipótese com a promulgação da equivalência, a ser veiculada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, de modo análogo às emendas constitucionais.

2.4. TRATADOS CUJA INCORPORAÇÃO SEJA SUBMETIDA AO RITO DO §3º DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO E OBTENHAM APENAS A MAIORIA SIMPLES:

Quando o processo de incorporação do tratado ou da convenção internacional sobre direitos humanos é concomitante ao de sua elevação à categoria normativa de equivalência às emendas constitucionais, desponta o questionamento sobre aqueles que, embora não sejam aprovados pela maioria qualificada de 2/3 dos membros de cada casa do Congresso Nacional, ainda assim possam alcançar a maioria simples de aprovação ordinária.

Nesta situação, pelo menos uma certeza impõe-se indefectível, a evidência de que o pacto internacional sobre direitos humanos não se equivalerá às emendas constitucionais, obviamente por não ter recebido a aprovação do quorum qualificado de dois terços dos membros de cada Casa do Congresso.

O que desperta inquietação é a hipótese em que, apesar de não atingir o quorum especial, ainda assim o diploma normativo obtenha folgada maioria simples. Mesmo que atingida a condição ordinária para a introdução de quaisquer pactos internacionais, pelo fato da votação não ter alcançado o quorum mais rígido seria indefectível a consequência de sua implacável rejeição?

A resposta mais adequada a esta questão novamente remonta à análise e à identificação dos processos em curso. Em tal contexto deliberativo, o Congresso Nacional é chamado a se manifestar sobre dois processos legislativos distintos, consistindo o primeiro na introdução de um tratado ou convenção internacional sobre direitos humanos na ordem jurídica interna; e o outro, na respectiva concessão do status normativo de equivalência às emendas constitucionais ao diploma normativo então admitido.

Apenas desenvolvidos concomitantemente, podem levar a crer que se trata de uma unidade processual indissociável. A conclusão obtida a partir do desenvolvimento da abordagem dos tópicos anteriores antecipou qualquer entendimento neste sentido, desprovido-lhe de todo o amparo.

Se realmente se tratasse de um processo legislativo único, os tratados e convenções internacionais incorporados antes da EC nº 45/04 estariam fadados a jamais ostentar equivalência às emendas constitucionais, bem como os posteriores somente poderiam ser admitidos com este status, o que, como visto, não procede.

Sem a consciência da distinção dos processos, chega-se equivocadamente à conclusão de que, mesmo tendo reunido expressiva maioria, a incorporação do pacto de direitos humanos teria sido recusada por não atingir a aprovação de 3/5 dos membros de cada Casa do Congresso Nacional.

Ao criar uma desigualdade com a situação dos pactos internacionais que versem sobre as demais matérias, que com maiorias até menores acabam sendo incorporados, um entendimento neste sentido invariavelmente vai de encontro ao

incremento dos direitos humanos na ordem jurídica constitucional propiciado pelo advento da Emenda Constitucional nº 45/04.

E após a Emenda, qualquer distinção entre tratados e convenções internacionais somente pode ser concebida como válida se ocorrer em favor daqueles que versem sobre a matéria de direitos humanos, tendo em vista que a norma do §3º inserido no art. 5º da Constituição somente a estes admite a concessão do status jurídico mais elevado de equivalência às emendas constitucionais.

E assim, por se tratarem de processos deliberativos distintos, que por opção hermenêutica foram desenvolvidos concomitantemente, se não aprovada a concessão de equivalência constitucional pelo quorum mais rígido do §3º, em nada se afeta a decisão sobre a incorporação do pacto de direitos humanos, cujo destino dependerá da análise do quorum da votação obtida²⁶⁵.

Portanto, se o tratado ou a convenção internacional não obtém o quorum de aprovação de 3/5 dos membros de cada Casa, mas chega ao mínimo da maioria simples exigida para a aprovação ordinária de qualquer outro diploma internacional, resulta que o Congresso Nacional recusou a qualificação normativa, mas aprovou sua incorporação. Somente é possível concluir pela recusa da incorporação se sequer a votação tenha atingido a maioria simples²⁶⁶.

Esta é a interpretação que mais se coaduna com o reforço da valorização dos direitos humanos no ordenamento jurídico, mantendo coerência com a lógica da

²⁶⁵ “A pergunta é pertinente porque o §3º admite duas formas de incorporação de tratados sobre direitos humanos: uma equivalente à lei ordinária e outra equivalente à emenda constitucional. Nada impede que, não atingida a maioria de três quintos, o tratado seja, ainda assim, considerado aprovado, porém com status de lei ordinária (maioria simples dos votos da Casa, presente a maioria absoluta dos seus membros). Essa possibilidade é, inclusive, contemplada em projetos de resolução que tramitam no Congresso Nacional. Contudo, na hipótese levantada, utilizada por analogia a tramitação da PEC, o tratado haveria de ser considerado rejeitado (não incorporado).” AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. *Tratados internacionais e bloco de constitucionalidade*. Consulex - Revista Jurídica - ano IX, n. 273, p. 58-59, 31 de maio de 2008, p. 59.

²⁶⁶ Neste mesmo sentido: “Se a convenção for aprovada em primeira votação, mas apenas por maioria simples, sem o voto favorável de três quintos dos presentes, seguirá o projeto de decreto legislativo o procedimento-padrão, dispensado o segundo turno de votação na Câmara dos Deputados, e seguindo ao Senado Federal, onde será votado em turno único, dependendo do voto favorável da maioria simples dos Senadores para aprovação. Nesse caso, entretanto, o tratado sobre direitos humanos não gozará de equivalência hierárquica com as emendas à Constituição.” RAMOS, Elival da Silva. Os tratados sobre direitos humanos no direito constitucional brasileiro pós-emenda constitucional. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Lílíana Lyra (Orgs.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 173-174.

rigidez do sistema, já que do contrário eles enfrentariam óbices não opostos às demais matérias, resultando em uma disparidade constitucionalmente inadmissível.

3. QUESTÕES POSTERIORES À CONCESSÃO DE EQUIVALÊNCIA CONSTITUCIONAL:

3.1. VIGÊNCIA(S) INTERNA(S) X VIGÊNCIA INTERNACIONAL:

O §3º inserido pela EC nº 45/04 no art. 5º da Constituição incrementou a complexidade envolvendo a vigência dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos no Brasil, ao dar ensejo a mais de uma ocasião de vigência interna, frente à possibilidade de sua elevação ao status de equivalência às emendas constitucionais.

Anteriormente à Emenda, o tema resumia-se à dicotomia entre a vigência internacional das obrigações assumidas pelo país, que se inicia com a ratificação do tratado após a chancela do Congresso Nacional²⁶⁷; e a vigência interna do diploma normativo, que depende da posterior publicação de seu texto por Decreto do Presidente da República.

O advento da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência manteve esta mesma dualidade, com o início da vigência internacional nos termos da regra inscrita em seu Artigo 45:

Artigo 45

Entrada em vigor

1.A presente Convenção entrará em vigor no trigésimo dia após o depósito do vigésimo instrumento de ratificação ou adesão.

²⁶⁷ Sobre a ratificação: “A Convenção de Havana sobre Tratados, assinada em 20.02.1928 pelo Brasil e pela Argentina, estabeleceu em seu art. 5º que ‘os tratados não são obrigatórios senão depois de ratificados pelos Estados contratantes, ainda que esta cláusula não conste nos plenos poderes dos negociadores, nem figure no próprio tratado’.” ANDREOLA, Susana Cordenonsi. *Tratados Internacionais no Direito brasileiro e argentino*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 17, n. 67, p. 279-318, abr./ jun. 2009, p. 293.

2. Para cada Estado ou organização de integração regional que ratificar ou formalmente confirmar a presente Convenção ou a ela aderir após o depósito do referido vigésimo instrumento, a Convenção entrará em vigor no trigésimo dia a partir da data em que esse Estado ou organização tenha depositado seu instrumento de ratificação, confirmação formal ou adesão.

E a vigência interna estipulada posteriormente em data distinta pelo art. 3º do Decreto 6.949/09, após uma consideração preambular sobre a sua vigência internacional (em referência tácita ao Artigo 45 da Convenção):

Considerando que os atos internacionais em apreço entraram em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, em 31 de agosto de 2008;

Art. 3º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 25 de agosto de 2009; 188º da Independência e 121º da República.

Portanto, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência seguiu o mesmo modelo tradicional dos demais pactos internacionais, com sua vigência internacional precedente à interna. Entretanto, diferentemente, ela se destaca pelo status normativo de equivalência constitucional, o que dá azo ao questionamento sobre a superação desta lógica.

Deste modo, o fato dela ter sido aprovada como equivalente às emendas constitucionais possibilitaria uma inversão? Isto consiste em indagar se a concessão desta especial qualificação normativa permitiria ou implicaria em sua imediata vigência interna, mesmo que ainda suspensa a vigência no âmbito internacional?

Servem de ilustração desta hipótese elementos extraídos da própria Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência:

Suponha-se que o Brasil tenha sido o 18º país a aderir à Convenção, hipótese na qual ela ainda não estaria apta a vigor no âmbito internacional, por não ter atingido o número mínimo de vinte adesões, nos termos de seu Artigo 45, 1. E que ela tenha sido aprovada pelo rito qualificado do §3º do art. 5º e publicado o seu texto por Decreto Presidencial ainda dez meses antes da necessária 20ª adesão.

Sua aprovação pelo Congresso Nacional como norma equivalente às emendas constitucionais e o cumprimento de todos os requisitos necessários à vigência interna (publicação do Decreto que veicula seu texto), seriam, *per se*, condição necessária e

suficiente para acarretar a imediata vigência da Convenção, antes mesmo do início da vigência internacional?

O prestígio do modelo teórico anteriormente traçado para o Poder Constituinte Derivado de Equivalência às Emendas Constitucionais encontra-se condicionado à sua capacidade de abranger satisfatoriamente toda a problemática do §3º do art. 5º, o que também inclui permitir a solução mais adequada desta questão a partir dos mesmos fundamentos.

Dentre estes, a manutenção da natureza jurídica de diploma normativo (tratado, convenção, pacto, etc.) internacional após a sua incorporação, seja pelo modelo tradicional, ou em concomitância com o rito do §3º do art. 5º, aqui consiste na premissa de maior relevância.

Como visto, os pactos internacionais de direitos humanos não perdem a natureza de atos normativos internacionais com a sua introdução no ordenamento interno, mas apenas passam a ser dotados de eficácia de lei ou equivalente à das emendas constitucionais (na hipótese do §3º do art. 5º da Constituição), tornando-se passíveis de cumprimento no Brasil.

Portanto, a vigência é intrinsecamente vinculada ao pacto internacional, sendo, por esta razão, absolutamente preponderantes as disposições contidas em seu instrumento. Assim é inconcebível que um tratado ou convenção internacional passe a vigorar internamente no Brasil antes de sua vigência internacional, porque do contrário, rompido completamente o vínculo originário, ele se transmudaria em ato normativo interno, perdendo a natureza de ato internacional introduzido internamente – o que é absolutamente distinto²⁶⁸.

Entretanto, não obstante tenha sido rechaçada a hipótese em que um diploma internacional sobre direitos humanos venha a produzir efeitos no Brasil antes de

²⁶⁸ De modo semelhante: “A colocação que se pode fazer é seguinte: uma vez *aprovado* eventual tratado de direitos humanos, logo depois de sua assinatura, nos termos do §3º do art. 5º da Constituição (suprimindo-se, portanto, a fase do art. 49, inc. I), já seria ele *equivalente* a uma emenda constitucional? É óbvio que não. Jamais uma convenção internacional, aprovada neste momento do *iter* procedimental de celebração de tratados poderá, desde já, ter o efeito que pretende atribuir-lhe o §3º em exame, a menos que se queira subverter a ordem constitucional por completo, pois é impossível que um tratado tenha efeitos internos antes de ratificado e antes de começar a vigorar internacionalmente.” MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O novo §3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. Revista de Informação Legislativa: Brasília, a. 42, n. 167, p. 93-114, jul./set. 2005, p. 103.

sua vigência internacional, diversa seria uma terceira hipótese, em que a concessão do status normativo de equivalência constitucional é posterior à sua incorporação pelo modelo tradicional.

Trata-se de uma possibilidade até então inusitada de dupla vigência interna, quando durante certo lapso temporal o pacto internacional de direitos humanos vigoraria internamente com força de lei e, em seguida, após a aprovação prevista no §3º do art. 5º, passaria a vigor como norma equivalente às emendas constitucionais.

É por esta razão que o §3º do art. 5º da Constituição tornou mais complexa a temática da vigência dos pactos internacionais de direitos humanos. Além da distinção entre vigência internacional e interna, surgiu a possibilidade de uma segunda vigência interna com o efeito de equivalência às emendas constitucionais.

Nesta última situação, quando se eleva o status normativo do tratado ou da convenção internacional de direitos humanos já incorporados pelo modelo tradicional e então vigentes com força de lei, o termo inicial de sua nova vigência interna como equivalente às emendas constitucionais fica por conta do que deliberar o Poder Constituinte Derivado de Equivalência, em analogia com o que ocorre em relação às emendas à Constituição.

3.2. POSSIBILIDADE DA DENÚNCIA DOS PACTOS DE DIREITOS HUMANOS EQUIVALENTES ÀS EMENDAS CONSTITUCIONAIS:

O exame da denúncia dos diplomas normativos internacionais sobre direitos humanos elevados à categoria de equivalência às emendas constitucionais requer a permanente consciência de que a atribuição deste status normativo dependeu de uma manifestação do Poder Constituinte Derivado de Equivalência às Emendas Constitucionais²⁶⁹.

²⁶⁹ A especificidade do §3º do art. 5º passou ao principal fundamento das conclusões obstativas de denúncia dos tratados de direitos humanos: “Nessas condições, embora todos os tratados de direitos humanos sejam recepcionados na graduação de norma constitucional, essa divisão em duas categorias

Seja o seu exercício concomitante ou posterior ao processo de incorporação do pacto internacional, o elemento-chave do Poder de Equivalência é o fato do Presidente da República exercer um papel proeminente no processo legislativo, como já demonstrado em linhas anteriores.

Ainda que a nova modalidade do Poder Constituinte Derivado venha a ter por objeto os tratados já incorporados, quando o Presidente da República não figura no curso do procedimento de aprovação previsto no §3º do art. 5º, mesmo neste caso seu papel não é menos fundamental, mas apenas mais remoto, tendo em vista que se não houvesse o seu ato decisório e discricionário, o tratado ou a convenção internacional de direitos humanos jamais teriam sido incorporados.

Já na hipótese em que a incorporação é concomitante à aprovação qualificada do pacto internacional de direitos humanos, sua atuação decisiva é imediatamente evidente, porque na ausência de manifestação do Presidente da República, além de inviabilizada a incorporação do diploma normativo, ao mesmo tempo não se completa o exercício do Poder Constituinte Derivado de Equivalência.

Deste modo, para a abordagem da questão sobre se o tratado ou a convenção de direitos humanos elevados à condição de equivalência às emendas constitucionais podem ser posteriormente denunciados, a premissa metodológica fundamental consiste em saber se o respectivo diploma normativo, mesmo quando passa a ostentar um nível hierárquico-normativo superior, por obra do Poder de Equivalência, perde ou ainda mantém a mesma natureza jurídica de tratado ou convenção internacional.

Neste sentido, convém analisar o que se passa com os diplomas internacionais incorporados pelo método comum. É certo que, ao serem introduzidos em nosso ordenamento jurídico, eles não sofrem uma completa metamorfose para se

implica diversidade de regime jurídico atinente ao instituto da denúncia, que é o ato unilateral pelo qual o Estado se retira do tratado. Enquanto os tratados materialmente constitucionais são suscetíveis de ser denunciados, os material e formalmente constitucionais, ainda que prevejam expressamente a hipótese de denúncia, essa não poderá ser realizada, uma vez que tais documentos equivalem a emendas constitucionais e, por tratarem de matéria de direitos humanos, são cláusulas pétreas, não podendo ser suas normas abolidas.” ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro após o advento da Emenda Constitucional 45/2004. In: *Os 20 anos da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 113. No mesmo sentido: OLIVEIRA, Diogo Pignataro. *Os tratados de direitos humanos na contemporaneidade e sua aplicabilidade dentro da nova concepção constitucional brasileira: uma análise crítica a teor do §3.º do art. 5.º da CF/88*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, ano 16, n. 64, p. 297-323, jul.-set. de 2008, p. 318-319.

converterem indistintamente na espécie normativa de lei, portanto jamais perdem a natureza de tratados internacionais. Precisamente, o que ocorre é que os tratados assim incorporados passam a ter eficácia em nosso ordenamento com igual hierarquia da lei ordinária, mas com ela não se confundem, preservando sua natureza jurídica.²⁷⁰

Nesta hipótese de incorporação tradicional não se coloca em questão a possibilidade de denúncia do tratado ou da convenção internacional já introduzido em nosso ordenamento jurídico, independentemente de posterior manifestação do Congresso Nacional, cuja aprovação prévia é exigida apenas para o ingresso, mas é tida como desnecessária para a retirada²⁷¹, em que pesem as posições divergentes²⁷². Deste modo, o

²⁷⁰ REZEK, Francisco. *Direito internacional público*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 78 e ss.

²⁷¹ “No Brasil, apesar de forte divergência doutrinária, a prática brasileira em relação à matéria tem sido no sentido de que a conjugação de vontades dos Poderes Executivo e Legislativo é obrigatória somente em relação à ratificação dos tratados internacionais. Pela prática brasileira a respeito, a denúncia de tratados, infelizmente, ainda continua sendo ato exclusivo do Chefe do Poder Executivo, tão somente.” MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O novo §3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. *Revista de Informação Legislativa*: Brasília, a. 42, n. 167, p. 93-114, jul./set. 2005, p. 109.

²⁷² “Na desconstituição de um ato não devem comparecer as mesmas partes? Parece que sim e nada leva a entender o contrário na fala constitucional de celebração, como acréscimo atual da possibilidade de ‘resolver definitivamente’ sobre o assunto, nas hipóteses previstas. [...] Em definitivo, portanto, a denúncia de tratado internacional deverá necessariamente passar pelo crivo do Poder Legislativo – o único efetivo detentor da soberania popular e, por consequência, legítimo representante da cidadania de cada um, manifestando-se como pessoa da ordem jurídica estatal, em nível internacional, embora ‘homem em singular, ao dizer de Kelsen. [...] Em decorrência, a reiterada atitude do Poder Executivo de dispensar a manifestação do Legislativo na denúncia de tratado representa intolerável ato unilateral atentador do princípio da separação dos Poderes naquilo que envolve a vinculação dos Poderes que unitária e não isoladamente representam o Estado, a sociedade, o cidadão, mas, sobretudo, inconciliável com a declaração constitucional do Estado Democrático de Direito.” GARCIA, Maria. *Tratados Internacionais. Denúncia. Necessidade da Participação do Poder Legislativo. O Princípio Constitucional da Tripartição dos Poderes*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 21, p. 92 e ss., out/1997, p. 4-5 (numeração RT online). **Esta argumentação desconsidera a possibilidade do Legislativo também revogar unilateralmente o tratado através da produção de legislação incompatível – haja vista a inexistência de norma constitucional expressa e a predominância da tese da paridade entre tratados e a lei interna, pelo menos no que diz respeito aos tratados ordinários (cuja matéria não seja de direitos humanos). Mesmo estando o Presidente da República em desacordo, seu veto ainda poderá ser derrubado definitivamente pelo Parlamento; por outro lado o Legislativo não pode ser considerado como o “único efetivo detentor da soberania popular”, haja vista que o Presidente é eleito pela maioria absoluta dos votos válidos depositados em escrutínio popular. Tal hipótese foi evidenciada por Bustamante, que ao adotar a tese do princípio do ato contrário, aponta que:** “Existe, porém, uma única hipótese em que os tratados podem ser extintos por apenas um dos poderes competentes para celebrar o tratado: os casos em que o Congresso Nacional decidir produzir uma lei destinada a revogar o tratado internacional. Tal hipótese se justifica tendo em vista a tese dominante na jurisprudência do STF de que inexistente hierarquia entre tratados e leis ordinárias.” BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *A Impossibilidade de Denúncia de Tratados Internacionais por Ato Privativo do Presidente da República (Uma Análise Crítica dos Argumentos Dominantes sobre o Assunto)*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 46, p. 339 e ss., jan/2004, p. 4 (numeração RT online).

ato de denúncia do tratado desobriga o país no âmbito internacional e concomitantemente acarreta a exclusão de seus efeitos do ordenamento jurídico interno.

De fato, a denúncia do pacto internacional consiste em ato de competência exclusiva do Presidente da República, que se investe da Soberania Nacional tanto para considerar sua conveniência à Nação, como também para apontar o momento em que o pacto deixa de atender aos interesses nacionais²⁷³. Trata-se da condução dos negócios internacionais do país, cometida ao Presidente diretamente pelo Poder Constituinte Originário (art. 84, VII, VIII, XIX, XX, XXII, da CF/88)²⁷⁴.

Entretanto, para os tratados ou convenções internacionais sobre direitos humanos que venham a ser aprovados com o *status* de equivalência constitucional, a transposição automática do mesmo raciocínio enfrenta dificuldades não incidentes na hipótese dos pactos internacionais admitidos com a tradicional força de lei.

O especial teor material diferenciado dos direitos humanos, aliado ao *plus* da aprovação de equivalência às emendas constitucionais, pode despertar a questão dos limites à eventual revogação de direitos fundamentais no ordenamento jurídico²⁷⁵, já que,

²⁷³ “No Brasil, a questão de saber se pode o presidente da República denunciar, com sua só autoridade, um tratado para cuja ratificação tenha ele dependido da voz aprobatória do Congresso Nacional, colocou-se em 1926, quando, nos últimos meses do governo de Artur Bernardes, ficou decidido que o país se desligaria da Sociedade das Nações. [...] Tenho como certo que o chefe do governo pode, por sua singular autoridade, denunciar tratados internacionais – como de resto vem fazendo, com franco desembaraço, desde 1926.” REZEK, Francisco. *Direito internacional público*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 110-111.

²⁷⁴ São os atos do Executivo que presumidamente obrigam o Estado no âmbito internacional: “... O exame das Constituições e da prática constitucional moderna leva à constatação de que certas categorias de tratados são concluídos pelo Executivo com aprovação do Legislativo; enquanto que outras categorias – acordos do Executivo ou acordo em forma simplificada – o são pelo Executivo somente. Apesar de toda essa evolução, as Constituições antigas e modernas são unânimes em apontar o Executivo como competente para negociar, assinar e ratificar tratados, embora estabeleçam a participação do Legislativo através da aprovação dos mesmos. Apesar da necessidade de tal participação, manteve-se a presunção de que os atos internacionais do Executivo obrigam o Estado.” RODAS, João Grandino. *A Constituinte e os Tratados Internacionais*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 624, p. 43 e ss., out/1987, p. 1-2 (numeração RT online).

²⁷⁵ Sobre a impossibilidade de denúncia de tratados de direitos humanos existem posições: I) Moderadas: a) “O problema a enfrentar incide particularmente na questão da denúncia do tratado ou convenção que tenha integrado alguma vez o ordenamento jurídico: o que ocorre com os direitos e garantias veiculados por esse tratado? Com a denúncia são excluídos da ordem constitucional? A Constituição não deixa claros à dúvida: sendo direitos e/ou garantias vindos com o tratado ou convenção e incluídos no elenco constitucional de direitos e garantias por força do §2.º, art. 5.º, devem permanecer na ordem constitucional.” GARCIA, Maria. *A Constituição e os Tratados: a integração constitucional dos direitos humanos*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 37, p. 38 e ss., out/2001, p. 4 (numeração RT online); b) “Ou seja, tradicionalmente os tratados internacionais podem ser objeto de denúncia por parte dos seus signatários. Todavia, aqui também, a questão dos direitos humanos traz consequências distintas

conforme o modelo tradicional, não resta dúvida que a denúncia acarreta *ipso jure* a revogação dos efeitos do diploma normativo internacional no âmbito interno.

O enfoque nesta problemática, no entanto, consistiria em um caminho tormentoso a seguir, um tanto inconveniente não só pelo alto grau da controvérsia inerente à discussão, mas também porque se distanciaria da especificidade da norma do §3º do art. 5º da Constituição, implicando na sondagem de fundamentos teóricos gerais do sistema jurídico.

A solução obtida a partir de uma interpretação calcada especificamente na norma do §3º já é válida e autossuficiente para o equacionamento da questão em cotejo. A incursão metodológica por esta outra via, porém, não esmorece o valor da temática aventada, mas apenas demonstra a inadequação de sua reprodução neste contexto, que se revela diverso daquele em que o debate sobre a revogação de direitos fundamentais desenvolveu sua evolução.

Convergindo-se então o enfoque sobre o §3º do art. 5º, convém ressaltar seu objeto, conforme acima apontado, que consiste nos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos concebidos como uma unidade, um todo, e não somente nas normas sobre direitos humanos neles contidas. O dispositivo deixa claro que **“serão equivalentes às emendas constitucionais”** não só os direitos, mas sim **“os tratados**

uma vez que, tendo sede constitucional, escapam a essa possibilidade, bem como ficam ‘protegidos’ pelo princípio implícito ao Estado Democrático de Direito do *não retrocesso*.” MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Direitos Humanos e Constituição. O “novo” da EC 45/04. Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, v. 29, n. 62, p. 53-87, jul./dez. 2005, p. 83; II) E as mais radicais: a) “A denúncia constituiu-se, sim, no meio adequado à desobrigação dos deveres contraídos por conta de um tratado, mas por conta de um tratado relativo a matéria ordinária; no que tange aos tratados de direitos humanos, a denúncia não opera seus efeitos. [...] Assim, seria irrelevante a previsão de denúncia contida em vários tratados internacionais de direitos humanos.” CALETTI, Leandro. A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no cenário da Emenda à Constituição nº 45/2004: notas acerca da compulsoriedade do novo regime e da denúncia dos Tratados. Revista da AGU, ano VI, n. 13, p. 153-176, ago/2007, p. 171-172; b) “No que tange aos tratados de direitos humanos aprovados pelo *quorum* do §3º do art. 5º da Constituição, esse panorama muda, não se admitindo sequer a interpretação de que a denúncia desses tratados seria possível mas ineficaz, pois agora ela será impossível do ponto de vista técnico, existindo a possibilidade de responsabilização do Presidente da República caso venha pretender operá-la.” MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O novo §3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. Revista de Informação Legislativa: Brasília, a. 42, n. 167, p. 93-114, jul./set. 2005, p. 108; c) “E mais; atente-se que o novo dispositivo produz um efeito importante, já que o art. 60, §4.º, IV, da CF/1988 determina que não sejam apreciadas as emendas tendentes a abolir os direitos e garantias individuais. Assim, o novo dispositivo, ao tornar os tratados de direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais, não permite mais que sejam eles denunciados, e uma vez ratificados, passam a integrar definitivamente o ordenamento nacional.” MIGUEL, Alexandre. A Constituição Brasileira e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 3, p. 25 e ss., fev/2006, p. 22 (numeração RT online).

*e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem **aprovados** ...”* (nosso grifo).

Assim, pela via inversa, o que são denunciados são os tratados em sua totalidade. Se o tratado ingressa na ordem jurídica como um diploma normativo delimitado, é natural que ele também seja excluído integralmente. Uma única exceção seria a previsão no próprio tratado da possibilidade de denúncia parcial do seu texto.

A globalidade do diploma normativo internacional sobre direitos humanos torna-se um ponto de suma relevância porque à sua própria natureza é intrínseca uma dualidade irrefutável: ao mesmo tempo em que ele vige internamente como norma equivalente às emendas constitucionais, ele continua obrigando o Estado no âmbito externo como qualquer outro tratado ou convenção internacional que verse sobre outra temática e que tenha sido incorporado pelo procedimento ordinário.

Deste modo, além dos direitos humanos previstos nos pactos internacionais, é inerente a estes diplomas normativos a existência das mais diversas disposições obrigacionais que concernem apenas aos Estados, na condição de pessoa jurídica de direito público internacional, dentre elas, notadamente, as que os submetem a inspeções e também a sanções externas quando descumpridas.

Tome-se como exemplo o Artigo 35, 1, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o Artigo 4, 1, do seu Protocolo Facultativo, igualmente incorporado como equivalente às emendas constitucionais:

Artigo 35

Relatórios dos Estados Partes

1. Cada Estado Parte, por intermédio do Secretário-Geral das Nações Unidas, submeterá relatório abrangente sobre as medidas adotadas em cumprimento de suas obrigações estabelecidas pela presente Convenção e sobre o progresso alcançado nesse aspecto, dentro do período de dois anos após a entrada em vigor da presente Convenção para o Estado Parte concernente.

Artigo 4

1. A qualquer momento após receber uma comunicação e antes de decidir o mérito dessa comunicação, o Comitê poderá transmitir ao Estado Parte concernente, para sua urgente consideração, um pedido para que o Estado Parte

tome as medidas de natureza cautelar que forem necessárias para evitar possíveis danos irreparáveis à vítima ou às vítimas da violação alegada.

Representando uma interface direta entre o direito constitucional brasileiro e a ordem jurídica externa, os pactos de direitos humanos elevados ao status de equivalência às emendas constitucionais apresentam uma dualidade funcional indelével, atuando seja como norma de hierarquia constitucional para aplicação interna, seja como norma obrigacional de direito público internacional.

Esta é a razão pela qual a controvérsia relativa à possibilidade de supressão de direitos fundamentais após a sua inserção no ordenamento jurídico não vem a se adequar completamente ao novo panorama jurídico, tendo em vista que foi gestada em um contexto cerrado, que contemplava uma única ordem jurídica confinada no bojo da Constituição.²⁷⁶

Muito embora os direitos humanos inseridos no ordenamento jurídico dificilmente possam dar causa a prejuízos internos, mas no máximo provocar um acréscimo de antinomias, já no âmbito obrigacional externo a situação é diferente. Poderá suceder que o tratado se torne prejudicial aos interesses do país, sendo manejado como instrumento para pressões e investidas políticas praticadas pelos sujeitos de direito internacional.

Deparando-se com tal situação perniciosa, o Presidente da República, munido da inteligência informacional elaborada pelo Ministério das Relações Exteriores através da assessoria gabaritada de nossa diplomacia²⁷⁷, encontra-se dotado não só da

²⁷⁶ Por esta razão que RAMOS assevera que "... a ideia de revogação é própria dos conflitos normativos intra-sistêmicos, em que o legislador reformula a disciplina normativa anteriormente traçada mediante a substituição de determinado ato legislativo por outro igualmente de sua competência. Essa técnica não se presta á solução de conflitos decorrentes da importação de fonte normativa externa ao direito positivo estatal, porquanto se trata de ato normativo que, independente de sua incorporação ao ordenamento interno, possui existência e efeitos próprios ao plano internacional [...] resolvendo-se o conflito (aparente) de normas pelo princípio da prevalência de aplicação do ato mais recente sobre o mais antigo ..." RAMOS, Elival da Silva. *Os tratados sobre direitos humanos no direito constitucional brasileiro pós-emenda constitucional*. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Orgs.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 160)

²⁷⁷ "No dia a dia, a aplicação dos princípios do art. 4º é uma atribuição que está no âmbito das responsabilidades do ministro das Relações Exteriores, pois é ele, *ex-officio*, o principal colaborador do Presidente da República, a quem cabe, constitucionalmente, a definição das diretrizes da política externa do país (CF art. 84 e 87, parágrafo único)." LAFER, Celso. *A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações internacionais*. Barueri, SP: Manole, 2005, p. 21.

prerrogativa constitucional, mas principalmente das condições necessárias, no âmbito das relações internacionais, à deliberação tempestiva a respeito da denúncia do diploma normativo internacional.²⁷⁸

E conforme visto, o procedimento rígido do §3º do art. 5º da Constituição não alterou em nada as regras sobre o exercício da Soberania Nacional. Sua repercussão na ordem jurídica circunscreveu-se à possibilidade de inserção do diploma normativo internacional na ordem interna com o status de equivalência constitucional, ou seja, à elevação de seu patamar na hierarquia normativa.

Logo, não obstante o tratado tenha sido, nos termos do §3º, aprovado com status normativo qualificado, como restam inalteradas as demais normas sobre o exercício da Soberania e a condução das relações internacionais, o Presidente da República mantém a prerrogativa de denunciá-lo, no caso do pacto internacional se tornar prejudicial aos interesses do país.²⁷⁹

Este aspecto jurídico-político internacional é decisivo para a formulação teórica a respeito da viabilidade da denúncia do tratado ou da convenção internacional sobre direitos humanos tornado equivalente às emendas constitucionais, tendo em vista que jamais pode ser descartada a situação idiossincrática de que os direitos humanos, não

²⁷⁸ Em contrário, propugnando pela responsabilização do Presidente da República caso venha a denunciar tratados incorporados pelo procedimento especial do §3º: “Quais os motivos da impossibilidade técnica de tal denúncia? [...] Passando a ser equivalentes às emendas constitucionais, isto significa que não poderão esses tratados ser denunciados, mesmo com base em Projeto de Denúncia encaminhado pelo Presidente da República ao Congresso nacional. Caso o Presidente entenda por bem denunciar o tratado e realmente o denuncie (perceba-se que o Direito Internacional *aceita* a denúncia feita pelo Presidente, não se importando se, de acordo com o seu direito interno, está ele autorizado ou não a denunciar o acordo), poderá ser responsabilizado por violar disposição expressa da Constituição, o que não ocorria à égide em que o art. 5.º, §.2º, da CF encerrava sozinho o rol de direitos e garantias fundamentais.” MARQUES, Claudia Lima; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Consumidor-Depositário Infel, os Tratados de Direitos Humanos e o Necessário Diálogo das Fontes Nacionais e Internacionais: a Primazia da Norma Mais Favorável ao Consumidor*. Revista de Direito do Consumidor, v. 70, p. 93 e ss., abr/2009, p. 9 (numeração RT online).

²⁷⁹ No mesmo sentido do raciocínio aqui desenvolvido: “Bem, por isso, entendo que os tratados sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento nacional, mediante prévia aprovação nos termos da EC 45/04, permanecem sendo passíveis de denúncia pelo Governo brasileiro, o que, aliás, é coerente com a ideia de que o §3º, acrescido do art. 5º da CF/88, não alterou o procedimento externo de celebração das convenções protetivas, assertiva que vale, igualmente, para o procedimento de extinção ou suspensão da execução destes tratados.” RAMOS, Elival da Silva. Os tratados sobre direitos humanos no direito constitucional brasileiro pós-emenda constitucional. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Lílilana Lyra (Orgs.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 177.

obstante sejam favoráveis internamente, possam dar azo a investidas perniciosas e oportunistas no âmbito da política internacional²⁸⁰.

É importante notar que esta posição não conflita com o reforço dos direitos humanos em nossa ordem constitucional porque não proscree definitivamente do ordenamento eventuais direitos humanos acrescidos pelos tratados. Estes, se favoráveis, podem retornar à ordem constitucional através de emenda à Constituição.

E então, com o exercício do Poder Constituinte Derivado tradicional, de emenda à Constituição, resolvem-se três inconvenientes: i) reduz-se a complexidade do processo legislativo, com a exclusão de um segundo ator decisivo, permanecendo o Congresso Nacional independente do Presidente da República e da sorte das relações internacionais para a inserção de direitos humanos na ordem constitucional; ii) inserindo-se direitos na Constituição e não o tratado como um todo, há um ganho de segurança jurídica frente à drástica redução do texto normativo de nível constitucional; iii) o país pode se desvencilhar de normas obrigacionais internacionais que se revelem prejudiciais aos interesses nacionais.

A solução assim engendrada, tendo por escopo potencializar a norma do §3º do art. 5º, em igual medida se concilia com o sistema jurídico, preservando a harmonia e a convergência com as suas bases fundamentais. Deste modo não se subverte a lógica do exercício da Soberania Nacional, ao não se opor óbice à denúncia dos tratados ou convenções internacionais dotados de equivalência constitucional; é contemplado o vetor de reforço dos direitos humanos no ordenamento jurídico, por restar aberta a via das emendas à Constituição para a inserção dos respectivos direitos (como se procedeu com a inserção do inciso LXXVIII no art. 5º da CF/88, pela própria EC nº 45/04); e, ao mesmo tempo, permite-se que sejam resguardados os interesses nacionais.

²⁸⁰ Tal solução encontra abrigo no direito comparado, notadamente na disposição incerta no inciso 22 do art. 75 da Constituição Argentina: “Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara”.

3.3. EFEITOS INTERNOS E EXTERNOS DA DENÚNCIA:

O exame da repercussão tanto na ordem interna, como na internacional, da denúncia dos tratados ou convenções sobre direitos humanos admitidos como equivalentes às emendas constitucionais, bem como a vinculação estreita dos efeitos entre estes dois âmbitos, pressupõe a premissa já acima demonstrada de que não houve qualquer alteração quanto à viabilidade da prática deste ato pelo Presidente da República, inobstante a rigidez qualificada de sua aprovação pelo Congresso Nacional.

O mesmo paradigma teórico que fundamentou a solução das questões sobre a vigência destes diplomas normativos internacionais serve de amparo à abordagem dos efeitos da denúncia.

Neste sentido, a constatação de que os pactos de direitos humanos aprovados como equivalentes às emendas constitucionais não perdem sua natureza jurídica de ato normativo internacional é um dos principais fundamentos²⁸¹ que sustentam tanto a manutenção da possibilidade de sua denúncia pelo Presidente da República, independentemente do aval do Congresso Nacional, como a existência de marcos temporais diferenciados para a sua vigência interna e no exterior.

Assim, de modo igual ao que ocorre com os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos incorporados com efeito de lei, o ato de denúncia continua acarretando *ipso jure* a exclusão da ordem jurídica interna daqueles aprovados nos termos do §3º do art. 5º da Constituição, não obstante sua equivalência às emendas constitucionais²⁸².

²⁸¹ Também foi apontado que o exercício da Soberania na condução dos interesses e negócios jurídicos internacionais do país é uma competência cometida pelo Poder Constituinte Originário exclusivamente ao Presidente da República, a quem caberá a prática do ato de denúncia do pacto internacional equivalente às emendas que passar a ser desfavorável aos interesses nacionais. Na hipótese dos direitos por ele instituídos continuarem relevantes internamente, preserva-se a harmonia entre a Soberania e o reforço do compromisso constitucional com os direitos humanos mantendo-se aberta a via de sua reintrodução no sistema jurídico, agora por emenda constitucional, livrando-se o Estado de obrigações internacionais que possam servir de instrumento aos atores internacionais para a vulneração de seus interesses.

²⁸² Há que se registrar a existência de posições que desvinculam por completo os efeitos internos e internacionais dos tratados de direitos humanos, dando azo a realidades jurídicas paradoxais: i) “A impossibilidade de denúncia dos tratados de direitos humanos já tinha sido por nós defendida anteriormente, com base no *status* de norma constitucional dos tratados de direitos humanos, que passariam a ser também cláusulas pétreas constitucionais. Sob este ponto de vista, a denúncia dos tratados

E igualmente ao que se passa em relação à vigência, a denúncia deve obedecer às regras intrínsecas ao diploma normativo internacional. Assim como a aprovação de equivalência às emendas constitucionais não é condição suficiente *per se* para permitir a vigência interna do pacto internacional que ainda não tenha entrado em vigor externamente, se a denúncia tiver sua eficácia submetida a termo inicial diferido, ela somente implicará a exclusão do diploma normativo internacional do ordenamento jurídico nacional na mesma data em que produzir efeitos a desvinculação internacional.

Portanto, eventuais prazos de carência ou de eficácia da desvinculação são aqueles dispostos conforme o pactuado, como no exemplo do Artigo 48 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência:

Artigo 48

Denúncia

Qualquer Estado Parte poderá denunciar a presente Convenção mediante notificação por escrito ao Secretário-Geral das Nações Unidas. A denúncia tornar-se-á efetiva um ano após a data de recebimento da notificação pelo Secretário-Geral.

Nestes termos, se o Brasil eventualmente vier a denunciar a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, suas normas perderão a eficácia interna de equivalência constitucional somente após um ano da data de recebimento da notificação pelo Secretário-Geral das Nações Unidas. De outro modo, seria incoerente que a denúncia da Convenção não fosse dotada de pronta eficácia no âmbito internacional, mas, no entanto, viesse a surtir efeitos imediatos no Brasil.

Entretanto, se a prorrogação do termo final da vigência interna eventualmente vier a ser de tal maneira prejudicial aos interesses nacionais, a clamar por

de direitos humanos é *tecnicamente possível* (sem possibilidade de responsabilizar o Presidente da República nesse caso), totalmente *ineficaz* sob o aspecto prático, uma vez que os *efeitos* do tratado denunciado continuam a operar dentro do nosso ordenamento jurídico, pelo fato de eles serem cláusulas pétreas do texto constitucional.” MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O novo §3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia*. Revista de Informação Legislativa: Brasília, a. 42, n. 167, p. 93-114, jul./set. 2005, p. 108-109; ii) “Com isto temos que, no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, o mecanismo da denúncia passa a ter uma eficácia prática bastante reduzida – no máximo, poderia o Presidente da República ao denunciar o tratado, deixar de exigir o seu cumprimento por parte de outros signatários dele, não podendo ele próprio renunciar ao cumprimento dos termos ali acordados no contexto de sua jurisdição.” ARAÚJO, José Carlos Evangelista de; LEHFELD, Lucas de Souza. *Os tratados internacionais de direitos humanos no âmbito da Emenda Constitucional 45/2004*. Revista dos Tribunais, ano 95, v. 846, p. 97-116, abr. de 2006, p. 113.

uma suspensão imediata dos efeitos normativos do diploma internacional dentro do ordenamento jurídico do país, ao ponto em que a urgência não recomendasse o aguardo da natural comunicação entre as ordens jurídicas, a solução há de ser outra.

Para suspender tais efeitos normativos no nível hierárquico constitucional, somente uma emenda à Constituição estaria gabaritada à altura, de modo a resguardar a rigidez formal do sistema. Ao ser inserida no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – sendo este o espaço mais adequado para tanto – a supremacia constitucional consubstanciada na Emenda teria o condão de provocar a suspensão dos efeitos internos do diploma normativo, desvinculando-os por completo do plano internacional.

3.4. EMENDA DO DIPLOMA NORMATIVO DE DIREITOS HUMANOS NO ÂMBITO INTERNACIONAL:

Demonstrou-se ser defeso ao Congresso Nacional a emenda do texto do tratado ou da convenção internacional sobre direitos humanos durante o processo legislativo de sua aprovação com equivalência às emendas constitucionais, à semelhança do que ocorre na modalidade tradicional de sua introdução com força de lei.

Mas no âmbito internacional, no entanto, a posterior emenda do seu texto acarretaria qual consequência aos pactos internacionais sobre direitos humanos que tenham sido incorporados com equivalência constitucional?

Quando inexistir a previsão de um procedimento de emenda já especificado no próprio pacto, ou quando esta vier a ser feita à margem de suas regras, a emenda do diploma normativo internacional, por se tratar de completa inovação jurídica, deverá se submeter às mesmas regras previstas para a celebração dos tratados internacionais em geral.

Nesta hipótese não é gerada maior dificuldade pois, seja qual for o status normativo do ato internacional incorporado, é imprescindível a submissão da inovação pactuada ao Congresso Nacional, cuja aprovação, por coerência, deverá adotar em relação à emenda o mesmo rito concernente ao diploma principal, ou seja, a aplicação do §3º do

art. 5º para aqueles que ostentam equivalência às emendas constitucionais e o procedimento ordinário para os demais.

Por outro lado, entretanto, não seria possível opor óbice de validade à nova cláusula que adira com simples força de lei ao diploma equivalente às emendas constitucionais, se eventualmente sua aprovação não atingir o quorum qualificado, ou se deliberadamente o Congresso Nacional considerar que não convém o seu ingresso no ordenamento jurídico com a estatura constitucional.

Mais problemático é o teor do art. 47, 3, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ao prever, em relação a certas matérias, que a deliberação por maioria de 2/3 dos Estados Partes da Conferência, presentes e votantes, entre em vigor para **todos** os Estados que dela façam parte.

Artigo 47

Emendas

1. Qualquer Estado Parte poderá propor emendas à presente Convenção e submetê-las ao Secretário-Geral das Nações Unidas. O Secretário-Geral comunicará aos Estados Partes quaisquer emendas propostas, solicitando-lhes que o notifiquem se são favoráveis a uma Conferência dos Estados Partes para considerar as propostas e tomar decisão a respeito delas. Se, até quatro meses após a data da referida comunicação, pelo menos um terço dos Estados Partes se manifestar favorável a essa Conferência, o Secretário-Geral das Nações Unidas convocará a Conferência, sob os auspícios das Nações Unidas. Qualquer emenda adotada por maioria de dois terços dos Estados Partes presentes e votantes será submetida pelo Secretário-Geral à aprovação da Assembleia Geral das Nações Unidas e, posteriormente, à aceitação de todos os Estados Partes.

(...)

3. Se a Conferência dos Estados Partes assim o decidir por consenso, qualquer emenda adotada e aprovada em conformidade com o disposto no parágrafo 1 deste Artigo, relacionada exclusivamente com os artigos 34, 38, 39 e 40, entrará em vigor para todos os Estados Partes no trigésimo dia a partir da data em que o número de instrumentos de aceitação depositados tiver atingido dois terços do número de Estados Partes na data de adoção da emenda.

Logo, nos termos deste dispositivo da Convenção, o qual foi também aprovado pelo Congresso Nacional com equivalência constitucional, seria admissível que eventual emenda à Convenção ingressasse automaticamente em nosso ordenamento jurídico com o mesmo status de equivalência constitucional?

Aqui não se pode perder de vista que a inserção de normas equivalentes às emendas constitucionais em nosso sistema jurídico representa uma manifestação do Poder Constituinte Derivado de Equivalência às Emendas Constitucionais. Como a Constituição de 1988 é dotada de rigidez, a alteração da ordem constitucional depende da utilização, com exclusividade, do procedimento mais qualificado e rigoroso nela especificado.

Por esta razão, a aprovação de uma cláusula de agregação automática de emendas elaboradas no âmbito internacional representa uma fraude à rigidez constitucional, pelo desvio da nova modalidade do Poder Constituinte Derivado do modelo formal concebido para a sua manifestação; já que isto implicaria na autorreferência do Poder de Equivalência que, ao alterar a si próprio, convolar-se-ia em Poder Constituinte Originário, o que é absolutamente defeso no âmbito de uma Constituição rígida, como é a de 1988.

A inserção do §3º no art. 5º da Constituição de 1988 representou uma opção constitucional pelo formalismo, em dissonância da corrente doutrinária em prol de uma interpretação lata do sua §2º, focada no elemento material dos direitos fundamentais. Portanto, resta absolutamente vedado pelo sistema constitucional o ingresso de qualquer norma dotada de equivalência às emendas constitucionais que não tenha sido necessariamente aprovada por três quintos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação.

A matéria dos artigos 34, 38, 39 e 40, cujas emendas o Artigo 47, 3, da Convenção determina a observância por todos os Estados, na hipótese de aprovação pela maioria de 2/3 dos Membros, diz respeito ao Comitê Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e à Conferência dos Estados Partes, ou seja, trata de normas obrigacionais dos sujeitos de direito público internacional (Estados e Organizações Partes), que são aparentemente impróprias para provocar uma alteração no quadro dos direitos humanos constitucionais.

Entretanto, a inviabilidade das cláusulas de agregação automática independe da matéria passível de emenda, tendo em vista que, de acordo com a norma do §3º do art. 5º, todo o texto do tratado ou convenção é incorporado dentro do patamar normativo de equivalência às emendas constitucionais e não somente os direitos humanos por ele veiculados.

Da opção normativa pela ampliação do objeto de equivalência constitucional decorre o aumento do potencial hermenêutico de obtenção de direitos e princípios jurídicos a partir da conjunção de todo o texto, inclusive das partes não propriamente direcionadas a este fim.

Logo, não é possível presumir deliberadamente que a permissão para a incorporação automática da emenda de determinado artigo que não veicule matéria específica de direitos humanos seja inócua. Além de arbitrário, porque significaria cercear e subestimar a capacidade hermenêutica do intérprete, isto seria igualmente temerário, ao potencialmente dar azo à introdução camuflada de novas normas com status de equivalência, sem que houvesse a sua aprovação pelo rito qualificado, determinada pelo art. 5º, §3º, da Constituição de 1988.

Perante tal óbice, qual o destino do o Artigo 47, 3, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência? Para tanto, cumpre indagar se seria válida uma cláusula desta natureza na hipótese em que a Convenção fosse incorporada na modalidade tradicional, com força de Lei.

Desprovida do status de equivalência constitucional, qualquer que fosse a matéria introduzida nos respectivos artigos 34, 38, 39 e 40, ela gozaria de status normativo meramente legal, sendo impotente para subverter a ordem jurídica constitucional.

Se inconstitucional, não teria validade em nosso ordenamento jurídico e, se eventualmente prejudicial aos interesses do país, poderia ser denunciada por ato exclusivo do Presidente da República, no exercício da Soberania. De tal modo infensas à ordem jurídica, não há óbice à plena validade de tratados e convenções internacionais que sejam admitidos pela modalidade ordinária com cláusulas desta natureza.

Neste sentido, encaminha-se uma solução para as normas com teor igual ao do Artigo 47, 3, da Convenção, quando aprovadas pelo procedimento do §3º do art. 5º

que, ao mesmo tempo em que impede que sua eficácia jurídica se espraie para o patamar normativo constitucional, também não fulmina por completo sua validade.

Como estas cláusulas manteriam sua validade se incorporadas com a tradicional força de lei, tendo sido aprovadas por um rito mais qualificado que o ordinário, elas continuam passíveis de serem admitidas no ordenamento jurídico, mas a agregação das novas disposições restará limitada ao status normativo infraconstitucional.

Fixadas estas balizas teóricas, cumpre então examinar especificamente o teor do art. 2º do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, que dá execução interna à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: *“Art. 2º São sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão dos referidos diplomas internacionais ou que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, nos termos do art. 49, inciso I, da Constituição”*.

Este dispositivo infralegal, na parte em que se refere a *“quaisquer atos que possam resultar em revisão dos referidos diplomas internacionais”*, não pode ser interpretado com a amplitude indevida, de modo a incluir todos os atos, pois do contrário exorbitaria o poder regulamentar²⁸³, contrariando o art. 47, 3, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, legitimamente aprovado pelo Congresso Nacional. Com isso, as eventuais alterações nele baseadas, embora não venham a ser automaticamente recepcionadas com equivalência constitucional, serão dotadas de validade e efeitos de lei.

3.5. CONVERSÃO DO STATUS DE EQUIVALÊNCIA CONSTITUCIONAL EM STATUS LEGAL:

Independentemente de denúncia, após a elevação do tratado ou convenção internacional sobre direitos humanos à categoria de norma equivalente às emendas

²⁸³ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

constitucionais, seria possível a retirada deste status normativo mais elevado, operando-se o seu rebaixamento para o nível hierárquico-normativo da lei?

Trata-se da reversibilidade do processo legislativo previsto no §3º do art. 5º da Constituição, com a aplicação de uma verdadeira *capitis diminutio* ao diploma normativo internacional. Assim, do mesmo modo que o Congresso Nacional concede o status normativo qualificado, compete averiguar se lhe seria facultado retirá-lo, fazendo o compêndio normativo retornar à eficácia ordinária.

Esta sondagem jamais poderá ser taxada como diletante ou cerebrina, justificando-se perante a possibilidade perfeitamente factível de que o compêndio normativo internacional venha a se demonstrar mais causador de transtornos que de benefícios à ordem normativa constitucional.

Portanto, por ser inconcebível que a Constituição de 1988 reste desguarnecida de mecanismos de reparação das situações que afetem negativamente o seu desempenho em prol da coletividade, torna-se absolutamente pertinente a possibilidade de revisão da aprovação de equivalência constitucional.

Aqui, diferentemente da hipótese supra examinada, quanto à denúncia do pacto de direitos humanos aprovado como equivalente às emendas constitucionais, o aspecto a ressaltar é o de que as normas do diploma normativo internacional não são extraídas do ordenamento jurídico, mas somente descem um patamar normativo hierárquico, passando a valer como normas de força legal e não mais com equivalência constitucional.

Nesta situação, a condição externa do pacto internacional restaria absolutamente inalterada, à semelhança do que se passa com as leis ou normas constitucionais futuras que são materialmente incompatíveis com os diplomas já incorporados. Estas, não obstante acarretem a frustração de seus efeitos internos, são totalmente inócuas na seara internacional, de acordo com a disposição positivada no Artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, a respeito de que “*uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado*”.

Quanto à forma da revogação do status normativo de equivalência às emendas constitucionais não haveria dúvida, aplica-se o mesmo procedimento do §3º do

art. 5º, tendo agora por objeto de deliberação a reversão do diploma normativo internacional à tradicional eficácia legal.

O ponto nevrálgico da questão consiste justamente na averiguação da possibilidade jurídica deste rebaixamento de status normativo. Para tanto, é extensível a aplicação dos mesmos fundamentos teóricos que sustentaram a conclusão sobre a viabilidade da denúncia dos pactos internacionais de direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais.

Por esta razão, a intersecção entre o direito internacional e o ordenamento jurídico interno aqui também é decisiva para impedir a transposição da controvérsia sobre a viabilidade da revogação de direitos fundamentais inseridos no sistema jurídico, como o é igualmente para a questão da denúncia dos tratados ou convenções sobre direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais, tendo em vista esta polêmica ter sido gestada dentro dos parâmetros de um sistema jurídico-constitucional hermético.

Por outro lado, a hipótese sob exame é dotada de um *plus* diferencial, já que não ocorre propriamente uma revogação de direitos humanos, que permanecem no sistema jurídico, mas agora tão somente com força de lei.

E assim como a inserção do §3º no art. 5º da Constituição, pela EC nº 45/04, não subverteu a ordem normativa constitucional a ponto de alterar os pilares da Soberania e de seu exercício através do Presidente da República, a quem continua facultado o ato de denúncia do pacto internacional que não mais atenda aos interesses do país, a Emenda Constitucional também não alterou o cerne do Poder Constituinte Derivado, não obstante tenha inaugurado uma nova modalidade.

Respeitados o processo legislativo constitucional e os limites materiais; procedimentais; e circunstanciais, o Poder Constituinte Derivado manifesta-se de modo autônomo, dependendo apenas da iniciativa dos agentes credenciados e de consequente deliberação do Congresso Nacional. Sendo-lhe a autonomia política intrínseca e essencial, é inconcebível a irreversibilidade de suas manifestações, já que isto implicaria um limite não previsto, quer implícita ou explicitamente, pelo Poder Constituinte Originário.

Assim como é facultado ao Poder Constituinte Derivado tradicional voltar atrás quanto à alteração da Constituição, através de nova emenda supressiva²⁸⁴, a nova espécie do Poder Derivado também deverá gozar da mesma autonomia para desprover o pacto internacional de direitos humanos do status normativo de equivalência constitucional.

Além da presença do elemento externo que afasta a adequação da controvérsia sobre a revogação de direitos fundamentais inseridos por emenda constitucional; da manutenção do tratado ou da convenção internacional no ordenamento jurídico, não obstante em patamar hierárquico inferior; somados à essencial autonomia do Poder Reformador da Constituição, pende em favor da reversibilidade da concessão de equivalência constitucional a preservação da coerência sistêmica, fomentada pela abrangência e validade dos fundamentos teóricos do Poder Constituinte Derivado de Equivalência.

Neste sentido, causaria uma disparidade injustificada permitir ao Presidente da República a denúncia do diploma de direitos humanos equivalente às emendas constitucionais, acarretando sua retirada da ordem jurídica interna, e recusar ao Poder de Equivalência, através do procedimento deliberativo mais qualificado e rígido do sistema normativo, a mera *capitis diminutio* do mesmo compêndio internacional, e que sequer implica em sua supressão do ordenamento jurídico.

Ainda no âmbito da coerência sistêmica da ordem jurídica, esta solução é igualmente harmônica com o reforço do compromisso constitucional com os direitos humanos, por não vedar o acesso das mesmas normas contidas no pacto internacional ao nível hierárquico constitucional, mas agora por emenda à Constituição, quando se demonstrar inconveniente a manutenção do bloco do diploma normativo no espaço de equivalência às emendas constitucionais.

Preservada assim a autonomia do Poder Constituinte Derivado de Equivalência às Emendas Constitucionais, com o concomitante robustecimento da coerência teórica do sistema jurídico, a ordem constitucional passa a se resguardar de

²⁸⁴ Em que pese a atribulada controvérsia sobre a possibilidade de supressão de direitos fundamentais inseridos por emenda à Constituição.

tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que se demonstrem prejudiciais, sem que se afete o compromisso constitucional com os direitos humanos.

PARTE III. O OBJETO DO PODER CONSTITUINTE DERIVADO DE EQUIVALÊNCIA ÀS EMENDAS CONSTITUCIONAIS:

1 DELIMITAÇÃO DO OBJETO DO PCDEEC - AS NORMAS DOS DIPLOMAS INTERNACIONAIS QUE SERÃO EQUIVALENTES ÀS EMENDAS CONSTITUCIONAIS:

Já foi apontado que a norma inserida pela EC nº 45/04 no art. 5º da Constituição trata especificamente do processo legislativo de qualificação dos pactos internacionais de direitos humanos com o status de equivalência constitucional, o que é absolutamente distinto do processo legislativo de incorporação dos referidos diplomas normativos ao ordenamento jurídico interno.

Também acima, definiu-se a natureza jurídica da nova categoria das normas equivalentes às emendas constitucionais, como a de normas internacionais que são dotadas dos mesmos efeitos das normas constitucionais inseridas por emenda ao próprio texto da Constituição.

Entretanto, a completude do quadro das premissas teórico-normativas fundamentais para a abordagem do fenômeno jurídico veiculado pela Emenda Constitucional nº 45/04 depende da delimitação do exato objeto do §3º do art. 5º da Constituição.

Falar em objeto da norma do §3º significa indicar o que é equivalente às emendas constitucionais, se são apenas os direitos humanos inseridos nos referidos compêndios normativos²⁸⁵, se é a maior parte, ou até a totalidade das normas dos diplomas

²⁸⁵ Embora com menor relevo, esta questão foi suscitada na bibliografia especializada, mas sua solução pende em branco: "... apenas da cláusula que se referir a direitos humanos será exigida a aprovação por maioria absoluta em dois turnos ou todo o texto do tratado se submete a tal exigência? Em outras palavras, seria o caso de se 'fatiar' o tratado se o tema específico de uma ou mais de suas cláusulas fosse relativo a direitos humanos, realizando-se votações com quóruns distintos segundo a natureza da disposição? Novamente, o texto do §3º nada sugere a esse respeito." DIAS, Caio Gracco Pinheiro. *Da omissão à*

normativos internacionais sobre direitos humanos aprovados pelo rito qualificado semelhante ao das emendas à Constituição²⁸⁶.

Para o equacionamento desta questão, tendo em vista que o texto normativo é o suporte da norma e o requisito impreterível de qualquer interpretação jurídica, mais uma vez é imperioso recorrer ao dispositivo inserido no 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.*”.

Como se observa, o texto do §3º do art. 5º é indisfarçadamente explícito ao se reportar aos ‘*tratados e convenções internacionais*’, que devem versar ‘*sobre direitos humanos*’, o que é muitíssimo diferente de uma formulação que fosse ‘*sobre direitos humanos*’ dos ‘*tratados e convenções internacionais*’.

Na expressão textual do §3º ganha relevo o *continente* ‘*tratados e convenções internacionais*’ e não o *conteúdo* ‘*direitos humanos*’, o qual embora opere uma qualificação especial dos pactos internacionais – visto que aqueles sobre as demais matérias não estão contemplados na hipótese normativa – preponderam os diplomas normativos internacionais como o objeto da equivalência constitucional.

A ênfase do §3º nos compêndios normativos torna-se visível em contraponto ao texto normativo que lhe antecede, notadamente o do §2º, que igualmente vinculado à temática dos direitos humanos, também remete expressamente aos ‘*tratados internacionais*’, mas com outra conotação semântica: “§ 2º - *Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios*

confusão: os problemas da Emenda Constitucional nº 45 no tocante ao processo de incorporação de tratados ao ordenamento jurídico brasileiro. Boletim IBCCrim, ano 13, n. 152, p. 2-3, jul/2005, p. 2.

²⁸⁶ A identificação das normas equivalentes às emendas constitucionais consiste em um problema retratado por Marcelo Neves como de transconstitucionalismo entre ordens constitucionais: “No caso do transconstitucionalismo, as ordens se inter-relacionam no plano reflexivo de suas estruturas normativas que são autovinculantes e dispõem de primazia. Trata-se de uma ‘conversação constitucional’, que é incompatível com um ‘constitucional diktat’ de uma ordem em relação a outra. Ou seja, não cabe falar de uma estrutura hierárquica entre ordens: a incorporação recíproca de conteúdos implica uma releitura de sentido à luz da ordem receptora. Há reconstrução de sentido, que envolve uma certa desconstrução do outro e uma autodesconstrução: tanto conteúdos de sentido do ‘outro’ são desarticulados (falsificados!) e rearticulados internamente, quanto conteúdos de sentido originários da própria ordem são desarticulados (falsificados!) e rearticulados em face da introdução do ‘outro’.” NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2009, p. 118.

por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”.

Diferentemente do dispositivo subsequente, que se inicia com *‘tratados e convenções internacionais’*, o sujeito do §2º corresponde estritamente aos *‘direitos e garantias’* (conteúdo), os quais não excluem aqueles *‘dos tratados internacionais’* (continente).

Neste sentido, a EC nº 45/04 representa uma ampliação do espectro constitucional dos direitos fundamentais, já que enquanto o §2º abarca apenas os *‘direitos e garantias’*²⁸⁷, o §3º dota de equivalência constitucional mais normas do que exclusivamente os *‘direitos humanos’* que integram os *‘tratados e convenções internacionais’* sobre esta temática, quando aprovados pelo rito qualificado semelhante ao das emendas constitucionais.

A opção constituinte pela admissão de uma maior extensão normativa com o status de emenda constitucional tem irrefreável repercussão sistêmica – e isto será objeto de exame no capítulo específico das questões materiais envolvidas em torno do §3º do art. 5º, sob o prisma da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Restando evidente que os pactos internacionais não terão todo o seu teor voltado à enunciação de direitos humanos, é certo que as consequências advindas da referência feita aos *‘tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos’* que, quando aprovados pelo rito qualificado *‘serão equivalentes às emendas constitucionais’*, é geradora de diversos questionamentos e perplexidades.

Entretanto, é defeso ao intérprete constitucional, a pretexto de afastar a complexidade e a problemática decorrente do novo §3º, arbitrariamente restringir o âmbito de sua norma, que é objetivamente abrangente. A opção, por mera conveniência, de simplesmente afastar as dificuldades advindas da norma inserida no art. 5º pela EC nº

²⁸⁷ A interpretação restrigente, portanto, encontrava-se absolutamente adequada ao texto do §2º do art. 5º: A interpretação do objeto do §2º do art. 5º, feita por Lupi: “Outra forma de interpretar a relação dos Pactos com o §2º do art. 5º é entender que as garantias que introduzem na ordem jurídica brasileira, em caráter complementar àquelas já constantes do rol do mesmo artigo, passam a ter hierarquia constitucional. Mas ressalte-se: são as garantias, *per se* e *in abstracto*, não as normas dos tratados internacionais (ou os próprios tratados), que são alçadas à força normativa superior da Constituição Federal.” LUPU, André Lipp Pinto Basto. *A aplicação dos tratados de direitos humanos no Brasil a partir da EC 45/2004*. Revista dos Tribunais, ano 95, v. 847, p. 11-24, maio de 2006, p. 17.

45/04, conformando-se sua interpretação à realidade constitucional anterior, acarretaria a conversão do intérprete no próprio constituinte.

Não podendo ser arbitrariamente desconsiderados, sob pena de se sobrepujar a ordem constitucional soberana, os problemas decorrentes do novo §3º do art. 5º devem ser diretamente enfrentados. Logo, sua solução deve ser encontrada a partir da realidade inarredável de seu texto, com o desvendamento e a correta identificação do objeto por ele contemplado, o qual é impreterivelmente mais abrangente.

Neste sentido, a constatação de que não são somente os direitos humanos do diploma normativo internacional o objeto considerado como equivalente às emendas constitucionais, pela norma do §3º do art. 5º, consiste na premissa teórico-normativa essencial para a abordagem das questões preponderantemente materiais (mas indiretamente também formais²⁸⁸) decorrentes da profunda alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 45/04 no âmbito temático da hierarquia normativa dos pactos internacionais de direitos humanos.

2. A CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E A TRANSCENDÊNCIA DAS SOLUÇÕES TEÓRICAS:

Dentre as premissas teórico-normativas fundamentais do §3º do art. 5º da Constituição, aquela relativa à fixação de seu objeto é a mais intimamente relacionada com os aspectos materiais da concessão de equivalência constitucional às normas dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos.

Restou demonstrado que não são apenas os direitos humanos dos tratados e convenções internacionais que se tornam equivalentes às emendas constitucionais. Isto decorreu da postura hermenêutica que priorizou o primado do enfoque no texto constitucional, evitando-se a projeção ou introdução de elementos exteriores na norma §3º,

²⁸⁸ Trata-se de questão também formal porque implica em se investigar quais são, em abstrato, as espécies normativas (regras, princípios, etc. ...) contidas nos diplomas normativos internacionais que serão passíveis de ingressar com status de equivalência constitucional.

com a pretensão de se afastar uma indevida intromissão sistêmica voltada para a conformação dentro do paradigma anterior.

Neste sentido, a maior conformidade com a legítima manifestação constituinte veiculada pela EC nº 45/04 respeita a formulação abrangente do dispositivo, que se refere aos *tratados e convenções internacionais* sobre direitos humanos (*direitos* estes com função adjetiva na respectiva elocução), diferentemente do antecedente §2º, que contempla especificamente os *direitos e garantias (...) dos tratados internacionais* (aqui, inversamente, os *tratados internacionais* adjetivam os direitos e garantias).

Entretanto, se a maior extensão do objeto de equivalência constitucional soluciona em abstrato a questão sobre o fenômeno jurídico abarcado pelo §3º, a análise mais estreita do amplo teor normativo dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos traz inevitavelmente complicações e perplexidades que não são reveladas a partir do raciocínio *a priori*.

O que dizer da seguinte norma da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência:

1.Cada Estado Parte, por intermédio do Secretário-Geral das Nações Unidas, submeterá relatório abrangente sobre as medidas adotadas em cumprimento de suas obrigações estabelecidas pela presente Convenção e sobre o progresso alcançado nesse aspecto, dentro do período de dois anos após a entrada em vigor da presente Convenção para o Estado Parte concernente.²⁸⁹

E desta:

5.O Comitê transmitirá às agências, fundos e programas especializados das Nações Unidas e a outras organizações competentes, da maneira que julgar apropriada, os relatórios dos Estados Partes que contenham demandas ou indicações de necessidade de consultoria ou de assistência técnica, acompanhados de eventuais observações e sugestões do Comitê em relação às referidas demandas ou indicações, a fim de que possam ser consideradas.²⁹⁰

²⁸⁹ Trata-se do inciso 1, do Artigo 35, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

²⁹⁰ Trata-se do inciso 5, do Artigo 36, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Aqui se tem uma amostra de parte dos problemas decorrentes da amplificação do objeto de equivalência constitucional proporcionada pela norma do §3º: normas deste teor passariam a ser normas de nível hierárquico constitucional?

Mas não é só, as dificuldades também afloram quando o foco se restringe às normas de direitos humanos. Tome-se em cotejo a seguinte norma, presente na mesma Convenção Internacional da qual fazem parte as anteriores:

2. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para que as pessoas com deficiência tenham a oportunidade de desenvolver e utilizar seu potencial criativo, artístico e intelectual, não somente em benefício próprio, mas também para o enriquecimento da sociedade.²⁹¹

Deste texto normativo revela-se algum direito humano ou apenas uma norma obrigacional de direito internacional à qual o Estado adere?

Há um direito humano individual ao desenvolvimento do potencial criativo, artístico e intelectual? E também um direito humano difuso ao enriquecimento cultural da sociedade? Do dispositivo se depreende um direito humano social das pessoas portadoras de necessidades especiais à obtenção de uma prestação positiva do Estado voltada à promoção de seu desenvolvimento criativo, artístico e intelectual?

Estas dificuldades que permeiam os aspectos materiais em aberto revelam-se *in concreto* a partir do exame dos primeiros e únicos até então diplomas normativos sobre direitos humanos incorporados após a EC nº 45/04, que são a Convenção sobre os Direitos das pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo.

Perante a extensão do texto da Convenção e de seu Protocolo Facultativo, que se apresenta no mesmo padrão formal de redação dos demais tratados de direitos humanos, e inclusive veicula um método de inspeções e recomendações para a salvaguarda de suas normas, tem-se um amplo suporte empírico que permite a derivação da maior parte das especulações possíveis a respeito dos aspectos materiais da incorporação dos pactos internacionais com equivalência às Emendas.

É por esta razão que a solução das questões materiais mais pujantes não se encerra na especificidade da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e

²⁹¹ Trata-se do inciso 2, do Artigo 30, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

transcende, podendo ser aplicada aos demais tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos.

Deste modo, o recurso à Convenção para a abordagem desta problemática, se por um lado finca as formulações teóricas na realidade presente – já que a Convenção goza atualmente no ordenamento jurídico de exclusividade quanto ao status normativo de equivalência constitucional – por outro, fica longe de ser um estudo especializado das normas concernentes aos portadores de necessidades especiais, para servir de instrumental empírico às proposições teórico-abstratas mais abrangentes sobre a matéria, como se verá nos tópicos a seguir.

3. REGIME JURÍDICO DOS TRATADOS: DIREITOS HUMANOS; PRINCÍPIOS; REGRAS; DEFINIÇÕES; E PROGRAMAS:

Quais seriam então as implicações materiais decorrentes da norma do §3º do art. 5º da Constituição ter elevado à condição de equivalente às emendas constitucionais mais do que simplesmente os direitos humanos contidos nos tratados e convenções internacionais?

É de conhecimento notório que nos pactos internacionais de direitos humanos não estão apenas contidas normas enunciativas destes direitos. Ao lado destas, os diplomas normativos também veiculam obrigações assumidas pelos Estados e, cada vez mais frequentemente, mecanismos de inspeção e organismos para controle e responsabilização dos Estados em nível internacional.

Tratando-se não raro de textos prolixos, não fugindo à regra o da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, é inevitável que sua inserção em nível constitucional gere maior repercussão no sistema jurídico, visto que uma parcela maior dos diplomas normativos é admitida como equivalente às emendas constitucionais.

Como acima já se teve uma amostra a partir do cotejo de normas da própria Convenção, isto implica em um indefectível incremento das dificuldades teóricas e

hermenêuticas. Sequer é necessário repetir as normas já suscitadas, tendo em vista que a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência oferece um amplo rol de exemplos neste sentido, como na hipótese do Artigo 50:

Artigo 50

Textos autênticos

Os textos em árabe, chinês, espanhol, francês, inglês e russo da presente Convenção serão igualmente autênticos.

Qual o sentido de tornar uma norma deste teor equivalente às emendas constitucionais? O que interessa para a ordem constitucional saber que os textos “*em árabe, chinês, espanhol, francês, inglês e russo*” da Convenção aprovada como equivalente às emendas constitucionais serão “*igualmente autênticos*”?

É inquestionável que dispositivos deste teor podem, em princípio, suscitar algum abalo na convicção fundada na premissa normativo-teórica de que a norma do §3º do art. 5º da Constituição contempla a qualificação de outras normas além dos direitos humanos que integram os pactos internacionais.

Com base na perplexidade perante os Artigos 35; 36; 50; dentre outros da Convenção, torna-se possível questionar se não conviria uma conformação lógica que impusesse a interpretação do §3º do art. 5º em termos mais restritos, admitindo-se a equivalência constitucional apenas às normas que preveem os direitos humanos. Deste modo, ao ter se reportado diretamente aos “*tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos*” o dispositivo constitucional teria sido impreciso?²⁹²

Já rechaçada no tópico específico da premissa normativo-teórica correspondente ao objeto do §3º, aqui se reitera a censura à arbitrária introdução de elementos exteriores à norma ou quanto à sua conformação pelo paradigma anterior, como

²⁹² Schier pergunta qual o sentido de se aprovar de modo equivalente, se é possível aprovar a própria emenda: “Então, mesmo antes da EC 45, o procedimento das emendas já poderia ser usado para disciplinar conteúdo de tratado se o Congresso assim o quisesse. Ademais, após a EC 45, a questão tomou foro de complexidade em vista de razões de ‘economia política’: por que aprovar o tratado de direitos humanos pelo procedimento do §3º, do art. 5º, para assumir **status equivalente** ao de emenda se, em havendo vontade política para tal, certamente haverá também vontade política para se aprovar idêntica normatividade pelo procedimento do artigo 60, onde a matéria não terá **status equivalente** mas, antes, **seria uma verdadeira emenda**?” SCHIER, Paulo Ricardo. Hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos e a EC 45: aspectos problemáticos. In: *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 510.

expediente para contornar a complexidade e evitar o enfrentamento das dificuldades trazidas pelo dispositivo inserido com a EC nº 45.

Não se pode deixar de reconhecer que alguns inconvenientes são afastados pela interpretação de que a norma do §3º do art. 5º da Constituição reconhece apenas os direitos humanos como equivalentes às emendas constitucionais. Assim as normas voltadas exclusivamente à relação entre os Entes de Direito Público Internacional restariam imediatamente deslocadas para baixo do nível constitucional do ordenamento do Estado.

Porém, dentro da hermenêutica jurídica não há espaço para conveniências e arbitrariedades, imperando a necessária conformidade ao texto legislado e o absoluto respeito ao Poder Constituinte Democrático²⁹³.

E além de ofender os princípios hermenêuticos, a interpretação deliberadamente redutora da norma do §3º acarretaria uma drástica redução de seu objeto, em desacordo com a manifesta vontade do Poder Constituinte Derivado de Equivalência às Emendas Constitucionais, ao impedir a incorporação com eficácia constitucional de diversas outras normas dos diplomas normativos internacionais que são dotadas de não menos relevância.

Ao produzir a respectiva formulação do §3º do art. 5º, o resultado da atuação constituinte foi justamente a ampliação do espectro normativo, com sua extensão para além dos direitos humanos, através da incorporação também de todo o regime jurídico dos tratados e das convenções internacionais, o que inclui princípios; programas; definições; e outras regras relevantes, mas não enunciadoras de direitos humanos.

Se a norma do §3º se limitasse aos direitos humanos, ocorreria o bloqueio do ingresso no ordenamento jurídico interno de todo este outro conjunto de espécies normativas contidas nos tratados e convenções internacionais, acarretando-se o

²⁹³ Assim já alertava magistralmente o Presidente da Assembleia Nacional Constituinte no discurso de promulgação da Constituição de 1988: “A Constituição certamente não é perfeita. Ela própria o confessa, ao admitir a reforma. Quanto a ela, discordar, sim. Divergir, sim. Descumprir, jamais. (Palmas.) Afrontá-la, nunca. Traidor da Constituição é traidor da Pátria. (Muito bem! Palmas.) Conhecemos o caminho maldito: rasgar a Constituição, trancar as portas do Parlamento, garrotear a liberdade, mandar os patriotas para a cadeia, o exílio, o cemitério. (Muito bem! Palmas.) A persistência da Constituição é a sobrevivência da democracia.” GUIMARÃES, Ulysses. Discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988, publicado no DANC de 5 de outubro de 1988, p. 14380-14382.

cerceamento da eficácia constitucional dos diplomas normativos aprovados através do respectivo trâmite.

Isto porque o regime jurídico dos tratados e convenções aprovados, além de servir à interpretação e à delimitação dos exatos contornos dos direitos humanos neles veiculados, passa a se agregar ao regime jurídico maior da Constituição, conferindo autonomia às demais espécies normativas que, ao se amalgamarem às suas normas, transcendem o âmbito dos diplomas de onde se originam para espraiar efeitos constitucionais dentro do universo maior do ordenamento jurídico²⁹⁴.

Não há dúvida quanto aos efeitos colaterais obtidos a partir de uma abertura indiscriminada ao ingresso de toda e qualquer norma dos diplomas normativos internacionais. É inevitável que uma boa parte do seu conjunto normativo seja inadequada para ostentar em âmbito interno o nível hierárquico de equivalência às emendas constitucionais, assim como se verificou na amostra extraída da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Mas a ampliação do espectro normativo para além dos direitos humanos seria inevitável se o escopo for o de se explorar todo o potencial normativo dos tratados e das convenções internacionais, ao também se abranger as normas que, não obstante não consistam propriamente em direitos humanos, integram o seu regime jurídico e são

²⁹⁴ Na Espanha, Segado também constata esta expansão dos direitos humanos dos tratados não só dentro da Constituição, mas também por todo o ordenamento jurídico: "Si analizamos la jurisprudencia constitucional comprobaremos la profusión de Sentencias en que se acude a los Tratados de referencia, muy especialmente al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, hechos en Roma el 4 de noviembre de 1950. Todo ello no es sino la lógica consecuencia de que, como ha dicho el Tribunal, la Constitución se inserta en un contexto internacional en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, **por lo que hay que interpretar sus normas en esta materia de conformidad con los referidos textos internacionales. Más aún, como en otro momento ha precisado, esta interpretación afecta no sólo a las normas contenidas en la Constitución, sino a todas las del ordenamiento relativas a los derechos y libertades reconocidos por la Norma Fundamental.**" (nosso grifo) SEGADO, Francisco Fernandez. *La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978 y en su interpretación por el Tribunal Constitucional*. Revista de Informação Legislativa - v. 31, n. 121, p. 69-102, jan. / mar. 1994, p. 88; Por sua vez, Navarrete vai além do próprio direito material, para apontar a influência da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos no Tribunal Constitucional Espanhol: "En España va siendo cada vez más frecuente que la jurisprudencia emanada del TEDH sea tenida en cuenta por lo propio Tribunal Constitucional (TC) español y en ese ámbito es posible, además, distinguir entre la aplicación directa de esa jurisprudencia, de un lado y de otro, lo que se podría llamar el efecto reflejo o interpretativo de esa misma jurisprudencia del TEDH, que no implica su aplicación directa y sí, en cambio, un uso 'ilustrativo' en orden a la solución de las cuestiones planteadas ante el TC. NAVARRETE, Antonio Maria Lorca. *La influencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Espanol*. Revista de Informação Legislativa - v. 27, n. 107, p. 315-334, jul. / set. 1990, p. 317.

igualmente dotadas de fundamental relevância e incomensurável valor, como se demonstrará a seguir, a partir de exemplos concretos relacionados ao impacto da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no ordenamento jurídico interno.

3.1. PRINCÍPIOS:

Ao prever a incorporação dos “*tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos*”, o que significa a admissão da totalidade do texto que lhes dá suporte, o §3º deliberadamente abriu o espaço constitucional para muito mais que exclusivamente os direitos humanos e suas desinências, ao permitir o igual credenciamento de todos os princípios²⁹⁵ do regime jurídico dos pactos internacionais e não só, e ainda assim eventualmente, daqueles obtidos a partir do elenco dos direitos humanos.

Incorporados com igual status constitucional ao dos direitos humanos previstos na Convenção, tais princípios²⁹⁶, que do contrário teriam uma função exclusivamente hermenêutica, orientadora do sentido dos direitos humanos previstos no respectivo pacto internacional, passam também a espraiar efeitos internamente, atuando

²⁹⁵ “Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.” ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 70.

²⁹⁶ A importância sistêmica dos princípios é patente: Baquer, ao tratar da constitucionalização dos direitos fundamentais na União Europeia, aponta a origem do sistema comunitário de proteção aos direitos humanos em um processo lento e duradouro de institucionalização destes direitos, a partir de sua conexão com o direito econômico, impulsionado por decisões “principiológicas” do Tribunal de Justiça Europeu: “El caso es que se iniciaría un largo y duradero proceso de formalización de los derechos fundamentales en el seno de La Unión Europea. De nuevo hay que atribuirle el mérito inicial al Tribunal de Justicia, que comenzaría ‘inventando’ los derechos fundamentales en el sistema comunitario, como ‘principios generales’ extraídos de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros. No será preciso recordar ahora – lo ha destacado unánimemente la doctrina –, el peso que en la jurisprudencia del Tribunal adquieren las decisiones ‘principalistas’. Significado así de los principios en el sistema de fuentes del Derecho Comunitario, modalidad de la mayor utilidad en un ordenamiento jurídico asistemático, tan abundante en lagunas y disfuncionalidades. BAQUER, Martín-Retortillo Lorenzo. *El debate sobre la constitucionalización de los derechos fundamentales de la Unión Europea*. Revista de Direito do Estado - v. 2, n. 8, p. 3-18, out./dez. 2007.

como vetores constitucionais do ordenamento jurídico e servindo como parâmetro de validade da legislação infraconstitucional²⁹⁷.

O enfoque restrito em direitos afastaria a incorporação com equivalência constitucional dos princípios contidos nos pactos internacionais de direitos humanos, os quais podem ser: (i) veiculados através de enunciação explícita e diretamente relacionados a direitos humanos; (ii) veiculados através de enunciação explícita e indiretamente relacionados aos direitos humanos; (iii) implícitos, que decorrem diretamente dos direitos humanos; (iv) implícitos, que não necessariamente são obtidos de alguma norma de direitos humanos, mas também ostentam relevância ao se depreenderem do conjunto normativo expresso²⁹⁸.

(i) A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência facilita a identificação dos princípios expressos, ao atribuir ao seu Artigo 3 a ementa de “*princípios gerais*” e um caput enunciativo do elenco que será relacionado nas respectivas alíneas, princípios estes que estão diretamente relacionados aos direitos humanos posteriormente estabelecidos na Convenção:

Artigo 3

Princípios gerais

Os princípios da presente Convenção são:

- a) O respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas;
- b) A não-discriminação;

²⁹⁷ É neste sentido que: “Por sua vez, no âmbito do Direito Constitucional ocidental, percebe-se a elaboração de textos constitucionais abertos a princípios, dotados de elevada carga axiológica, com destaque ao valor da dignidade humana.” PIOVESAN, Flávia. *Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a Constituição Federal de 1988*. Boletim IBCCrim - ano 13, n. 153, p. 8-9, agosto de 2005, p.8.

²⁹⁸ “Os chamados direitos implícitos são encontrados, assim como na Constituição, também nos tratados internacionais. Não obstante serem direitos de difícil caracterização (e enumeração) apriorística, o certo é que eles também compõem os direitos previstos nos tratados no âmbito do segundo momento da primeira compatibilização vertical material, sendo um desdobramento dos direitos expressos pelos quais também tem de passar o direito doméstico para que, somente assim este sobreviva.” MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro*. Revista dos Tribunais, v. 889, p. 105 e ss., nov/2009, p. 15.

- c) A plena e efetiva participação e inclusão na sociedade;
- d) O respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade;
- e) A igualdade de oportunidades;
- f) A acessibilidade;
- g) A igualdade entre o homem e a mulher;
- h) O respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade.

A título de exemplo, “*a plena e efetiva participação e inclusão na sociedade*”, descrita na alínea ‘c’, dentre vários outros, tem direta correlação com o direito social instituído no Artigo 28, 2, d, que prevê a melhoria contínua do padrão de vida, assegurando-se o “*acesso de pessoas com deficiência a programas habitacionais públicos*”.

Já o princípio veiculado pela alínea ‘a’, valorativo da dignidade; autonomia; e independência das pessoas, e que inclui a “*a liberdade de fazer as próprias escolhas*”, guarda estreita relação com o direito do Artigo 19, a, da Convenção, o qual estabelece que “*As pessoas com deficiência possam escolher seu local de residência e onde e com quem morar, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, e que não sejam obrigadas a viver em determinado tipo de moradia;*”.²⁹⁹

Como aqui não se pretende desenvolver uma análise minuciosa do teor e dos direitos veiculados através da Convenção, as hipóteses demonstradas bastam à intenção de não se deixar *in albis* a assertiva classificatória dos princípios expressos que guardam direta relação com os direitos humanos contidos nos diplomas normativos internacionais.

²⁹⁹ “Junto à mudança dos termos, veio uma mudança de postura: a autonomia da pessoa com deficiência tornou-se fundamento jurídico. Nosso direito já agia assim sobre o indígena, pois, segundo o Estatuto do Índio, indígena é aquele que seja assim reconhecido pela tribo. É ainda mais claro no Estatuto do Idoso, que prevalece como sujeito autônomo na defesa de seus direitos, não apenas como objeto de iniciativas assistenciais. Em seu Preâmbulo, a Convenção esclarece isso na alínea c: Assim, para a pessoa com deficiência, a Convenção inovou ao retirá-la do âmbito meramente assistencialista, em que era debatida à luz de programas de saúde e reabilitação da Seguridade Social. Agora, sua iniciativa em defesa dos seus direitos precisa ser assegurada. Como afirmavam em uníssono os movimentos que compareceram às Nações Unidas, ‘nada sobre nós sem nós’.” COUTINHO, Sérgio. *A proteção à pessoa com deficiência*. Revista Jurídica Consulex - v. 13, n. 310, dezembro de 2009, p. 56.

Entretanto, se pelo contrário se desejasse prosseguir, certamente seria possível assegurar a presença na Convenção de vários outros direitos humanos diretamente relacionados com os princípios do Artigo 3, os quais, sob pena de se derivar indevidamente a temática deste trabalho, deixarão de ser aqui igualmente cotejados.

(ii) A segunda hipótese de princípios expressos, que diferentemente dos primeiros se encontram mais indiretamente relacionados com os direitos humanos, também pode ser identificada na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, como no caput do Artigo 32, que prescreve a importância da cooperação internacional:

Artigo 32

Cooperação internacional

1. Os Estados Partes reconhecem a importância da cooperação internacional e de sua promoção, em apoio aos esforços nacionais para a consecução do propósito e dos objetivos da presente Convenção e, sob este aspecto, adotarão medidas apropriadas e efetivas entre os Estados e, de maneira adequada, em parceria com organizações internacionais e regionais relevantes e com a sociedade civil e, em particular, com organizações de pessoas com deficiência. Estas medidas poderão incluir, entre outras:

Certamente não faltarão vozes intencionadas a reconhecer neste dispositivo a presença de um direito humano de terceira ou quarta dimensão³⁰⁰, consistente no *direito difuso à cooperação internacional entre as Nações*³⁰¹, que no contexto

³⁰⁰ Sobre a maior adequação da terminologia “dimensões de direitos”: “Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementariedade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo ‘dimensões’ dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina.” SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 54.

³⁰¹ “Esse deslocamento do ponto principal de trabalho da ONU, da manutenção de uma ‘paz negativa’ (no sentido da ausência de poder militar) para a criação de uma *infra-estrutura* econômica, social e cultural com fins de implantação de uma ‘paz positiva’ através de maior justiça social, conduz o desenvolvimento do direito internacional a um direito de cooperação em sentido material. Assim reza a declaração dos princípios fundamentais do Direito Internacional, aprovada pela Assembleia Geral em 24 de Outubro de 1970, sobre as relações amigáveis e a cooperação entre os Estados, em que estes, a despeito de suas diferenças no sistema político, econômico e social, se obrigam a uma cooperação em diferentes níveis no plano das relações internacionais, com o objetivo de garantir a paz e a segurança internacionais, levar adiante a estabilidade e o progresso econômicos, assim como o bem-estar geral dos Estados e a cooperação internacional, livre de toda forma de discriminação que repousa em tais diferenças.” HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 37-38.

específico da Convenção estará voltado à consecução de seu escopo, em prol dos direitos das pessoas portadoras de necessidades especiais.

Longe de aqui se pretender iniciar uma polêmica a respeito da existência de um direito humano difuso à cooperação internacional entre as Nações³⁰², pretende-se apontar, dentro do âmbito dos princípios, que a primeira parte do texto do dispositivo permite a identificação de um *princípio de cooperação internacional*, tendo em vista que a respectiva norma se refere à “*importância da cooperação internacional e de sua promoção, em apoio aos esforços nacionais para a consecução do propósito e dos objetivos da presente Convenção*”.

Tratando-se a cooperação internacional de um princípio instrumental, mais difusamente relacionado aos direitos humanos em si próprios, ela se enquadra na categoria dos princípios veiculados através de enunciação explícita, mas que só indiretamente encontram-se relacionados a direitos humanos.

A circunstância da correlação apenas mediata com estes direitos, *per se*, é inválida para mitigar a relevância de princípios desta natureza. E no que concerne à cooperação especificamente, tal a sua importância, que a Constituição de 1988 já havia relacionado a “*cooperação entre os povos para o progresso da humanidade*” dentre os princípios que regerão as relações internacionais (art. 4º, IX) e, inclusive previu no parágrafo único do art. 4º que o “*Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações*”.

Se o §3º do art. 5º da Constituição tivesse fechado o enfoque nos direitos humanos, seja reportando-se exclusivamente ou permitindo ao lado destes tão somente os princípios diretamente relacionados a direitos humanos, restariam de fora outros princípios de não menos relevância, como o *da cooperação internacional*, que já fora expressamente assim contemplado pela Constituição de 1988.

³⁰² Na via oposta, Dallari enxerga uma acentuação da tendência nacionalista dos Estados, não obstante o aumento das intercomunicações cooperativas: “Uma série de circunstâncias vem contribuindo para acentuar a tendência nacionalista dos Estados, apesar da intensificação do intercâmbio de âmbito internacional e da pretensão de alguns a uma ‘globalização’ pelo fato de ocorrer uma relativa integração das atividades econômicas e financeira acima das fronteiras dos Estados.” DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Futuro do Estado*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 185-186.

E se nesta hipótese específica talvez não acarretasse maior diferença, por se tratar de princípio no geral já previsto constitucionalmente, a exclusão dos princípios de correlação apenas mediata com os direitos humanos, se tivesse sido a opção constitucional, seria potencialmente apta para abstratamente impedir o acolhimento de novos princípios igualmente relevantes mas, ao contrário (e o que geraria maior repercussão), sem correspondência na Constituição.

(iii) Quanto aos princípios implícitos e que são diretamente depreendidos das regras jurídicas instituidoras dos direitos humanos, na conjectura hipotética de uma redação fechada do §3º do art. 5º, cabe ponderar que eles, por meio destas últimas, poderiam ser carreados ao conjunto normativo interno com igual status de equivalência às emendas constitucionais, através do recurso hermenêutico à cláusula de abertura do §2º do art. 5º, que se reporta aos direitos decorrentes “*do regime e dos princípios*” adotados pela Constituição.

Mas mesmo assim a admissão destes princípios não seria certa, porque dependeria de um esforço argumentativo voltado à produção de um consenso favorável ao alargamento do objeto da incorporação. Para tanto há que se reconhecer que, além do fato da jurisprudência recente do STF ter se inclinado para o lado oposto, concorre contra os princípios implícitos a constatação de que a redação do §2º não auxilia tanto neste sentido, porque no que concerne aos tratados internacionais o dispositivo se reporta apenas aos seus direitos e garantias. Repare-se que são “*Os direitos e garantias expressos nesta Constituição*” que “*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*”. (nossos grifos)

Todavia, encontrando-se diretamente abarcados pela norma do §3º do art. 5º, não há razão pragmática para aprofundar a exploração desta via do §2º, razão pela qual já se passará ao cotejo *in concreto* dos princípios implícitos que decorrem diretamente dos direitos humanos, a partir da hipótese do *princípio da participação*, igualmente presente na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Não se trata da participação no sentido de integração social, como aponta a alínea ‘c’ do Artigo 3 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que prevê a “*plena e efetiva participação e inclusão na sociedade*”. Trata-se de um princípio de ampla participação nos processos estatais legislativos, executivos e decisórios

relacionados à temática dos portadores de necessidades especiais, que se depreende, dentre outras, da norma do Artigo 4, 3, da Convenção:

Artigo 4

Obrigações gerais

3. Na elaboração e implementação de legislação e políticas para aplicar a presente Convenção e em outros processos de tomada de decisão relativos às pessoas com deficiência, os Estados Partes realizarão consultas estreitas e envolverão ativamente pessoas com deficiência, inclusive crianças com deficiência, por intermédio de suas organizações representativas.

A norma programática deste dispositivo condena o unilateralismo e o paternalismo estatais, ao prever um dever prospectivo de consulta e participação das pessoas portadoras de necessidades especiais, inclusive crianças, nos processos estatais de elaboração, implementação e tomada de decisão relativos aos seus interesses.

Seu cotejo com outros direitos individuais e políticos inseridos na Convenção, como o acesso à justiça através de uma efetiva e pró-ativa participação nos processos judiciais (Artigo 13, 1)³⁰³; o direito a uma vida independente com a liberdade para fazer as próprias escolhas (Artigo 19, a)³⁰⁴; o direito à plena participação na vida

³⁰³ Artigo 13

Acesso à justiça

1. Os Estados Partes assegurarão o efetivo acesso das pessoas com deficiência à justiça, em igualdade de condições com as demais pessoas, inclusive mediante a provisão de adaptações processuais adequadas à idade, a fim de facilitar o efetivo papel das pessoas com deficiência como participantes diretos ou indiretos, inclusive como testemunhas, em todos os procedimentos jurídicos, tais como investigações e outras etapas preliminares.

³⁰⁴ Artigo 19

Vida independente e inclusão na comunidade

Os Estados Partes desta Convenção reconhecem o igual direito de todas as pessoas com deficiência de viver na comunidade, com a mesma liberdade de escolha que as demais pessoas, e tomarão medidas efetivas e apropriadas para facilitar às pessoas com deficiência o pleno gozo desse direito e sua plena inclusão e participação na comunidade, inclusive assegurando que:

a) As pessoas com deficiência possam escolher seu local de residência e onde e com quem morar, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, e que não sejam obrigadas a viver em determinado tipo de moradia;

política e pública, com igualdade de oportunidades com as demais pessoas (Artigo 29)³⁰⁵; dentre outros, desvela um princípio implícito na Convenção.

Disto depreende-se o *princípio da participação* como uma norma que transcende a prescrição programática do Artigo 4, 3, da Convenção, voltada para a formulação da legislação e das políticas públicas no âmbito estatal, espalhando-se da vida pública e política para o âmbito das relações privadas em geral, a partir dos direitos humanos da Convenção.

Neste sentido, tem-se a maximização das potencialidades de participação, com a concessão de voz ativa e impreterível consulta dos beneficiários da Convenção, seja direta ou indiretamente, através dos seus entes de representação legítima, em todos os aspectos decisórios da realidade do convívio coletivo, em reforço do compromisso democrático.

(iv) Os princípios implícitos que guardam relação apenas indireta com os direitos humanos, vindo a completar o conjunto das probabilidades deduzidas, são os que decorrem de outras prescrições igualmente inseridas nos tratados e convenções internacionais, mas que não daquelas que instituem direitos humanos.

Afastadas as normas cuja aplicabilidade lógica reduz-se ao âmbito estrito das relações dos Estados e dos Entes reconhecidos pelo direito internacional, são encontradas nos pactos internacionais outras normas, em geral formuladas como deveres

³⁰⁵ Artigo 29

Participação na vida política e pública

Os Estados Partes garantirão às pessoas com deficiência direitos políticos e oportunidade de exercê-los em condições de igualdade com as demais pessoas, e deverão:

a) Assegurar que as pessoas com deficiência possam participar efetiva e plenamente na vida política e pública, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos, incluindo o direito e a oportunidade de votarem e serem votadas, mediante, entre outros: (...)

b) Promover ativamente um ambiente em que as pessoas com deficiência possam participar efetiva e plenamente na condução das questões públicas, sem discriminação e em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, e encorajar sua participação nas questões públicas, mediante:

i) Participação em organizações não-governamentais relacionadas com a vida pública e política do país, bem como em atividades e administração de partidos políticos;

ii) Formação de organizações para representar pessoas com deficiência em níveis internacional, regional, nacional e local, bem como a filiação de pessoas com deficiência a tais organizações.

assumidos pelos Estados, que correspondem a obrigações instrumentais destinadas à concretização dos direitos humanos contemplados pelo diploma normativo.

A partir do texto prolixo da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, do mesmo modo que para as categorias anteriores, também será possível demonstrar exemplificativamente os princípios implícitos e que só instrumental e indiretamente são vinculados a direitos humanos.

Como ponto de partida, o Artigo 4, 1, da Convenção, que impõe o dever de o Estado promover a capacitação “*dos profissionais e equipes que trabalham com pessoas com deficiência*”, como meio de incremento da qualidade das prestações garantidas pelos direitos humanos nela previstos:

Artigo 4

Obrigações gerais

i) Promover a capacitação em relação aos direitos reconhecidos pela presente Convenção dos profissionais e equipes que trabalham com pessoas com deficiência, de forma a melhorar a prestação de assistência e serviços garantidos por esses direitos.

Mais à frente, ao tratar das matérias específicas, a Convenção reitera a relevância da capacitação: (i) ao determinar a “*formação em relação às questões de acessibilidade*” para “*todos os atores envolvidos*” (Artigo 9, 2, c)³⁰⁶; (ii) ao prever a promoção de capacitação apropriada aos servidores do Judiciário, da Polícia e da Administração Penitenciária (Artigo 13, 2)³⁰⁷; (iii) ao fixar que seja propiciada não só ao pessoal técnico especializado, mas sim os próprios portadores de necessidades especiais,

³⁰⁶ Artigo 9

Acessibilidade

2.Os Estados Partes também tomarão medidas apropriadas para:

c) Proporcionar, a todos os atores envolvidos, formação em relação às questões de acessibilidade com as quais as pessoas com deficiência se confrontam;

³⁰⁷ Artigo 13

Acesso à justiça

2.A fim de assegurar às pessoas com deficiência o efetivo acesso à justiça, os Estados Partes promoverão a capacitação apropriada daqueles que trabalham na área de administração da justiça, inclusive a polícia e os funcionários do sistema penitenciário.

capacitação em técnicas de mobilidade (Artigo 20, c)³⁰⁸; (iv) prevendo diversas medidas para que sejam capacitados profissionais para a educação especial (Artigo 24, 4)³⁰⁹; (v) e atividades de formação dos profissionais da saúde (Artigo 25, d)³¹⁰; (vi) além do “desenvolvimento da capacitação inicial e continuada de profissionais e de equipes que atuam nos serviços de habilitação e reabilitação (Artigo 26,2)³¹¹.

A Convenção, quando aborda os diversos direitos humanos individuais e sociais, além de reforçar e especificar o dever geral do Artigo 4, i, de promoção da capacitação dos “*profissionais e equipes que trabalham com pessoas com deficiência*”, passou também a abranger os próprios portadores de necessidades especiais, ao prever que lhes sejam ministradas técnicas de mobilidade pessoal (Artigo 20, c) e, no que concerne à acessibilidade, tornou-o bem mais amplo, ao abarcar “*todos os atores envolvidos*” (Artigo 9, 2, c).

³⁰⁸ Artigo 20

Mobilidade pessoal

Os Estados Partes tomarão medidas efetivas para assegurar às pessoas com deficiência sua mobilidade pessoal com a máxima independência possível:

c) Propiciando às pessoas com deficiência e ao pessoal especializado uma capacitação em técnicas de mobilidade;

³⁰⁹ Artigo 24

Educação

4.A fim de contribuir para o exercício desse direito, os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para empregar professores, inclusive professores com deficiência, habilitados para o ensino da língua de sinais e/ou do braille, e para capacitar profissionais e equipes atuantes em todos os níveis de ensino. Essa capacitação incorporará a conscientização da deficiência e a utilização de modos, meios e formatos apropriados de comunicação aumentativa e alternativa, e técnicas e materiais pedagógicos, como apoios para pessoas com deficiência.

³¹⁰ Artigo 25

Saúde

Os Estados Partes ...

d) Exigirão dos profissionais de saúde que dispensem às pessoas com deficiência a mesma qualidade de serviços dispensada às demais pessoas e, principalmente, que obtenham o consentimento livre e esclarecido das pessoas com deficiência concernentes. Para esse fim, os Estados Partes realizarão atividades de formação e definirão regras éticas para os setores de saúde público e privado, de modo a conscientizar os profissionais de saúde acerca dos direitos humanos, da dignidade, autonomia e das necessidades das pessoas com deficiência;

³¹¹ Artigo 26

Habilitação e reabilitação

2.Os Estados Partes promoverão o desenvolvimento da capacitação inicial e continuada de profissionais e de equipes que atuam nos serviços de habilitação e reabilitação.

Mas é com o Artigo 8 da Convenção³¹², relativo à conscientização, que ocorre uma ampliação vertiginosa do universo de pessoas a serem capacitadas, quando se impõe a obrigação de que sejam adotadas medidas para “*conscientizar toda a sociedade, inclusive as famílias, sobre as condições das pessoas com deficiência ...*” (Artigo 8, 1, a), que deverão incluir “*programas de formação sobre sensibilização a respeito das pessoas com deficiência*” (Artigo 8, 2, d).

Portanto, é desta conjunção normativa que contempla, ao lado dos profissionais e equipes, ora os próprios portadores de necessidades especiais, ora todos os atores envolvidos, chegando à formação como medida de conscientização de toda a coletividade, que se depreende o *princípio da formação e capacitação de talentos*.

Embora seja um princípio que não decorre diretamente das normas instituidoras dos direitos humanos, não por isso é menor sua relevância, já que se trata de um princípio meio/instrumental imprescindível para a plena concretização dos direitos previstos na Convenção.

E um princípio desta envergadura, como é *a formação e capacitação de talentos*, jamais poderia ser elevado ao nível mais alto do ordenamento jurídico, se não houvesse a incorporação com equivalência às emendas constitucionais de normas outras que tão somente os direitos humanos integrantes da Convenção.

3.2. REGRAS:

³¹² Artigo 8

Conscientização

1.Os Estados Partes se comprometem a adotar medidas imediatas, efetivas e apropriadas para:

a) Conscientizar toda a sociedade, inclusive as famílias, sobre as condições das pessoas com deficiência e fomentar o respeito pelos direitos e pela dignidade das pessoas com deficiência;

2.As medidas para esse fim incluem:

d) Promover programas de formação sobre sensibilização a respeito das pessoas com deficiência e sobre os direitos das pessoas com deficiência.

Dotada de um extenso catálogo de direitos fundamentais (formulados através de regras³¹³) e de princípios, os quais são encontrados a partir de todo o seu texto, na Constituição de 1988 já estavam previstos uma grande parte dos direitos e princípios contidos na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Portanto, princípios gerais como o da “*não-discriminação*” e o da “*igualdade entre homem e mulher*”, previstos no Artigo 3, ‘a’ e ‘g’, da Convenção, acarretam pouquíssimo, para não se dizer nenhum acréscimo, à nossa ordem constitucional, que já estabelecia o objetivo fundamental da promoção do “*bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*” (art. 3º, IV, da CF/88); reforçando que “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*” (art. 5º, caput, da CF/88); e repetindo que “*homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações*” nos termos da Constituição (art. 5º, I, da CF/88).

O mesmo ocorre em relação aos direitos, como na hipótese do Artigo 10 da Convenção, que prevê o “*direito à vida e (...) o efetivo exercício desse direito pelas pessoas com deficiência, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas*”; e do “*direito à liberdade e à segurança*” veiculado pelo Artigo 14, todos com nítida e indiscutível presença na Constituição de 1988, que já afirmava concentradamente, no próprio caput do art. 5º, o “*direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança*”.

Mas também não há dúvida de que novos e específicos direitos humanos foram acrescentados ao rol da Constituição de 1988, com a incorporação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Um nítido exemplo é o direito político previsto no inciso ‘iii’ da alínea ‘a’ do Artigo 29:

Artigo 29

Participação na vida política e pública

³¹³ “As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.” ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 70.

iii) Garantia da livre expressão de vontade das pessoas com deficiência como eleitores e, para tanto, sempre que necessário e a seu pedido, permissão para que elas sejam auxiliadas na votação por uma pessoa de sua escolha;

A Constituição de 1988 já tinha instituído o exercício da soberania popular “*pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos*”, além de ter fixado “*o voto direto, secreto, universal e periódico*” como cláusula pétrea (art. 60, §4º, II). Entretanto, de que valeria o voto direto para a pessoa eventualmente imobilizada por tetraplegia ou desprovida dos membros superiores? Portanto, a previsão do direito ao auxílio na votação, sempre que necessário e a pedido da pessoa portadora de necessidades especiais – mas que torna o voto em alguma medida indireto, em razão da intermediação – representa uma efetiva inovação no âmbito dos direitos políticos, ocorrida com o advento da Convenção.

Se o enfoque recair sobre os direitos sociais também há evidente inovação. Tomando-se a hipótese do direito ao trabalho, enquanto a Constituição de 1988 limitava-se à “*proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência*” (art. 7º, XXXI), a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, através da alínea ‘e’ do seu Artigo 27, impôs um papel estatal mais pró-ativo, fixando o direito dos trabalhadores com necessidades especiais ao recebimento de prestações positivas:

Artigo 27

Trabalho e emprego

1. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência ao trabalho, (...), adotando medidas apropriadas, incluídas na legislação, com o fim de, entre outros:

e) Promover oportunidades de emprego e ascensão profissional para pessoas com deficiência no mercado de trabalho, bem como assistência na procura, obtenção e manutenção do emprego e no retorno ao emprego;

Não obstante sejam estes direitos apenas uma amostra das inovações advindas com a Convenção, ainda assim, ousa-se aqui dizer que talvez os novos direitos humanos ou os novos princípios com estes intrinsecamente relacionados não tenham sido as normas mais relevantes agregadas à ordem constitucional inaugurada a partir da Constituição 1988.

Se não fossem igualmente incorporadas as demais regras dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, teriam sido deixadas de fora duas regras da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência que, ao lado de sua importância nevrálgica para o sistema de direitos do respectivo diploma normativo, são também as que acarretam maior repercussão em nossa ordem constitucional.

A primeira delas é a expressa autorização para a formulação de políticas afirmativas em geral (ou discriminação positiva), voltadas à concretização da efetiva igualdade material entre as pessoas portadoras de necessidades especiais e as demais pessoas, estabelecida através do inciso 4 do Artigo 5 da Convenção:

Artigo 5

Igualdade e não-discriminação

4. Nos termos da presente Convenção, as medidas específicas que forem necessárias para acelerar ou alcançar a efetiva igualdade das pessoas com deficiência não serão consideradas discriminatórias.

Embora abarcando ambas as acepções de igualdade, não só a formal, mas igualmente a material, a Constituição de 1988 jamais deu tanto espaço ao legislador para a promoção de medidas afirmativas. Isto porque mesmo o sentido material da igualdade restou contemplado na Constituição mais para a supressão de tratamentos desiguais, que para uma atuação pró-ativa de realização das medidas específicas e necessárias à elevação das condições de desigualdade concreta entre as pessoas.

O tratamento desigual somente foi admitido pela Constituição quando expressamente excepcionado por si própria, que assim o fez para fixar que *“homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;”*, mas criou regras de aposentadoria diferenciadas, como as do art. 201, §7º, que estipula os seguintes requisitos para a aposentadoria no âmbito do regime geral de previdência: *“I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;”* e *“II - sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, ...”*

Não só em relação ao tratamento diferenciado pelo gênero, a Constituição também o fez através de outros parâmetros. Mantendo-se os exemplos na área da Seguridade Social, que além da previdência também abrangeu constitucionalmente a saúde e a assistência sociais, nota-se que a saúde foi erigida a *“direito de todos e dever do*

Estado, garantido (...) acesso universal e igualitário” (art. 196, caput) mas, no que se refere à assistência, esta apenas “será prestada a quem dela necessitar” (art. 203, caput).

No que concerne especificamente aos portadores de necessidades especiais, a Constituição previu a *“criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação”* (art. 227, §1º, II). Longe de constituírem propriamente uma política afirmativa, tratam-se mais de prestações sociais especializadas para o seu atendimento e integração na coletividade.

Mas por outro lado, uma medida realmente de efetiva diferenciação positiva foi prevista pela Constituição através de seu art. 37, VIII, ao determinar que *“a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”*³¹⁴. Esta política de quotas para o setor público não constou com expressa reprodução para iniciativa privada, que restou apenas proibida *“de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência”* (art. 7º, XXXI). E isto serviu de fundamento para que fosse questionada a política de quotas laborais previstas em nível infraconstitucional, pelo art. 93 da Lei 8.213/91³¹⁵, para a contratação de trabalhadores portadores de necessidades especiais pelo setor privado³¹⁶.

³¹⁴ Gláucia G. V. Lopes informa que: “Historicamente, o sistema de cotas empregatícias apareceu na Europa, no início do século XX, como forma de acomodação dos ex-combatentes mutilados na Primeira Grande Guerra, que vinham sobrecarregando a previdência social dos países nela envolvidos. Em 1923, a Organização Internacional do Trabalho – OIT, recomendou a aprovação de leis nacionais que obrigavam entidades públicas e privadas a empregar certo número de ex-combatentes portadores de deficiência. Em 1944, essa Recomendação da OIT foi estendida aos demais portadores de deficiência. Aos poucos, vários países adotaram o sistema de cotas.” LOPES, Gláucia Gomes Vergara. *A Inserção do Portador de Deficiência no Mercado de Trabalho: A Efetividade das Leis Brasileiras*. São Paulo: Editora LTr, 2005, p. 93.

³¹⁵ Para o Juiz do Trabalho Mauro Schiavi: “O referido artigo dispõe sobre as cotas destinadas aos deficientes físicos. Pode-se questionar a constitucionalidade do referido dispositivo em razão dos princípios constitucionais da isonomia (art. 5º, caput, da CF), liberdade ao trabalho (art. 5º, XIII), livre iniciativa (art. 1º, IV) e não discriminação (art. 7º, XXX). [...] Não há violação dos princípios da isonomia, livre iniciativa e não discriminação ao dispor a lei sobre as cotas para os deficientes, pois a verdadeira isonomia está em tratar os iguais na medida das suas igualdades e os desiguais na medida das suas desigualdades. Assim, inegavelmente, o deficiente não pode ser tratado como uma pessoa sem deficiência no acesso ao mercado de trabalho. Além disso, a contratação de deficientes por cotas atende ao que o STF tem defendido como

Se o diploma normativo da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência não tivesse sido recebido com mais amplitude como equivalente às emendas constitucionais, não só esta, mas também todas as outras políticas afirmativas veiculadas em lei para as pessoas portadoras de necessidades especiais ainda remanesceriam desamparadas de um fundamento expresse de natureza constitucional.

Logo, chega a ser desnecessário afirmar a relevância constitucional de uma regra como a do Artigo 5, 4, da Convenção, já que do contrário a validade constitucional de quaisquer políticas afirmativas continuaria na dependência de uma interpretação consensual do conteúdo material das normas constitucionais de igualdade, suscitando e reavivando várias controvérsias dentro deste tema.

É por esta razão que as políticas afirmativas voltadas para os portadores de necessidades especiais encontram-se atualmente dotadas de maior respaldo constitucional que as demais, como a “*adoção de medidas, programas e políticas de ação afirmativa*” prevista no art. 4º, II, do Estatuto da Igualdade Racial (Lei 12.288/10), cuja constitucionalidade foi colocada em questão³¹⁷, frente à ausência na Constituição de expressas disposições específicas ou de uma autorização genérica neste sentido.

E se a autorização de políticas afirmativas foi até aqui considerada uma regra das mais relevantes dentre as normas advindas com a incorporação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a segunda não fica atrás em importância.

A regra de observância da *reserva do possível* durante a implementação de um amplo rol de direitos fundamentais de natureza social, econômica e cultural, pela primeira vez passou a ter expressa previsão no âmbito constitucional, com o Artigo 4, 2, da Convenção:

sendo uma ação afirmativa na tutela dos direitos fundamentais e garantia da dignidade humana.” SCHIAVI, Mauro. Comentários às Questões Polêmicas e Atuais dos Concursos: Magistratura e Ministério Público do Trabalho. Volume I. São Paulo: Editora LTr, 2008, p. 49-50.

³¹⁶ De acordo com a Procuradora do Trabalho Vera Lúcia Carlos: “Outras empresas, no entanto, têm relutado em cumprir a cota prevista na Lei 8.213/91, alegando sua inconstitucionalidade, aduzindo que limita o poder diretivo do empregador, terminando por violar o disposto no art. 5.º, inciso XXII, da Constituição Federal. Mas essas empresas esquecem, no entanto, que a Magna Carta, conforme já ressaltamos, consagra a função social da empresa.” CARLOS, Vera Lúcia. *Discriminação nas Relações de Trabalho*. São Paulo: Editora Método, 2004, p. 94.

³¹⁷ Vide o RE nº 597.285-2-RG/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento: 17-09-2009, DJ: 08-10-2009, através do qual restou decidida a validade do sistema de cotas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Artigo 4

Obrigações gerais

2. Em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, cada Estado Parte se compromete a tomar medidas, tanto quanto permitirem os recursos disponíveis e, quando necessário, no âmbito da cooperação internacional, a fim de assegurar progressivamente o pleno exercício desses direitos, sem prejuízo das obrigações contidas na presente Convenção que forem imediatamente aplicáveis de acordo com o direito internacional.

A Convenção atrelou o dever de concretização dos diversos direitos humanos econômicos; sociais; e culturais nela previstos às condições materiais da realidade vivenciada pelos países membros, condicionando-a expressamente a “*tanto quanto permitirem os recursos disponíveis*”, sem prejuízo daquilo que for imediatamente aplicável.

É intrínseca à Convenção a consciência expressa de que grande parte dos direitos nela previstos dependem de implementação gradual³¹⁸. Longe de implicar o contrário, tal postura confere maior eficácia a estes direitos, fulminando as concepções utópicas imediatistas e impraticáveis e, ao mesmo tempo, a inércia de uma feição meramente programática.

Isto porque a *regra da reserva do possível* que foi contemplada na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência não significa meramente um expediente de escusa, mas sim integra o próprio dever estatal, que é o dever de envidar o máximo de esforços no sentido da concretização destes direitos, e o máximo somente

³¹⁸ Bobbio amplia o foco, ao se referir a condições objetivas para a concreção dos direitos humanos em geral: “Para a realização dos direitos do homem, são frequentemente necessárias condições objetivas que não dependem da boa vontade dos que os proclamam, nem das boas disposições dos que possuem os meios para protegê-los. Mesmo o mais liberal dos Estados se encontra na necessidade de suspender alguns direitos de liberdade em tempos de guerra; do mesmo modo, o mais socialista dos Estados não terá condições de garantir o direito a uma retribuição justa em épocas de carestia. Sabe-se que o tremendo problema diante do qual estão hoje os países em desenvolvimento é o de se encontrarem em condições econômicas que, apesar dos programas ideais, não permitem desenvolver a proteção da maioria dos direitos sociais. O direito ao trabalho nasceu com a Revolução Industrial e é estreitamente ligado à sua consecução. Quanto a esse direito, não basta fundamentá-lo ou proclamá-lo. Nem tampouco basta protegê-lo. O problema da sua realização não é nem filosófico nem moral. Mas tampouco é um problema jurídico. É um problema cuja solução depende de um certo desenvolvimento da sociedade e, como tal, desafia até mesmo a Constituição mais evoluída e põe em crise até mesmo o mais perfeito mecanismo de garantia jurídica.” BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campos, 1992, p. 44-45.

encontrará limites em “*tanto quanto permitirem os recursos disponíveis*”, isso tudo “*a fim de assegurar progressivamente o pleno exercício desses direitos*”.

Dentre estes, o *direito de acessibilidade*, previsto no Artigo 9 da Convenção, figura com destaque³¹⁹. Embora de modo limitado, a acessibilidade já havia sido contemplada pela Constituição, que determinara “*a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência*” (art. 244).

Já restava evidente em 1988 que as obras arquitetônicas e mecânicas necessárias à reconfiguração da realidade presente demandariam tempo e recursos que se

³¹⁹ Artigo 9

Acessibilidade

1.A fim de possibilitar às pessoas com deficiência viver de forma independente e participar plenamente de todos os aspectos da vida, os Estados Partes tomarão as medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o acesso, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, ao meio físico, ao transporte, à informação e comunicação, inclusive aos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, bem como a outros serviços e instalações abertos ao público ou de uso público, tanto na zona urbana como na rural. Essas medidas, que incluirão a identificação e a eliminação de obstáculos e barreiras à acessibilidade, serão aplicadas, entre outros, a:

- a) Edifícios, rodovias, meios de transporte e outras instalações internas e externas, inclusive escolas, residências, instalações médicas e local de trabalho;
- b) Informações, comunicações e outros serviços, inclusive serviços eletrônicos e serviços de emergência.

2.Os Estados Partes também tomarão medidas apropriadas para:

- a) Desenvolver, promulgar e monitorar a implementação de normas e diretrizes mínimas para a acessibilidade das instalações e dos serviços abertos ao público ou de uso público;
- b) Assegurar que as entidades privadas que oferecem instalações e serviços abertos ao público ou de uso público levem em consideração todos os aspectos relativos à acessibilidade para pessoas com deficiência;
- c) Proporcionar, a todos os atores envolvidos, formação em relação às questões de acessibilidade com as quais as pessoas com deficiência se confrontam;
- d) Dotar os edifícios e outras instalações abertas ao público ou de uso público de sinalização em braille e em formatos de fácil leitura e compreensão;
- e) Oferecer formas de assistência humana ou animal e serviços de mediadores, incluindo guias, leitores e intérpretes profissionais da língua de sinais, para facilitar o acesso aos edifícios e outras instalações abertas ao público ou de uso público;
- f) Promover outras formas apropriadas de assistência e apoio a pessoas com deficiência, a fim de assegurar a essas pessoas o acesso a informações;
- g) Promover o acesso de pessoas com deficiência a novos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, inclusive à Internet;
- h) Promover, desde a fase inicial, a concepção, o desenvolvimento, a produção e a disseminação de sistemas e tecnologias de informação e comunicação, a fim de que esses sistemas e tecnologias se tornem acessíveis a custo mínimo.

estenderiam por muitos anos, e que se prolongariam até hoje. Ocorre que a Constituição jamais foi tão expressa quanto aos limites materiais e temporais à execução dos direitos sociais; econômicos; e culturais que contemplava, assim como o fez a Convenção, em seu Artigo 4, 2.

Se a opção do §3º do art. 5º da Constituição tivesse sido pela incorporação com equivalência constitucional restrita aos direitos humanos, o direito de acessibilidade amplo do Artigo 9 da Convenção, e todo o rol das mais abrangentes obrigações nele previstas, ingressariam no âmbito constitucional despidos expressamente da regra da reserva do possível, que é intrínseca ao diploma normativo através do qual todas estas prestações foram concebidas.

Assim a regra do Artigo 4, 2, da Convenção, ao ingressar concomitantemente com status constitucional, suplanta o contexto dos direitos dos portadores de necessidades especiais – sob a condição se tornar discriminatória se válida apenas a estes – estendendo-se a todos os direitos fundamentais que demandem prestações positivas para a sua realização e para os quais a regra da reserva do possível é não só absolutamente pertinente, como imprescindível.

3.3. DEFINIÇÕES:

A veiculação de conceitos e definições³²⁰ pela legislação sempre foi alvo de críticas por parte da doutrina mais tradicional, de matriz civilista, que chegava a considerá-la uma usurpação da função pública dos doutrinadores. Ocorre que desde então o

³²⁰ Irving M. Copi identifica cinco finalidades para as definições: i) aumentar o vocabulário: “Para compreender o que foi dito, é necessário apurar o que as palavras significam; é quando as definições se tornam precisas. Portanto, o propósito da definição é ampliar o vocabulário da pessoa para quem a definição é elaborada.”; ii) eliminar a ambiguidade: “Quando a ambiguidade é resolvida, seu aspecto persuasivo desaparece e a falácia é exposta. Mas, para resolver a ambiguidade, é preciso darmos definições que expliquem os diferentes significados da palavra ou frase ambíguas”; iii) aclarar o significado: “Aclarar o significado de um termo equivale a eliminar a sua vagueza, o que é obtido, dando-lhe uma definição que permitirá decidir sobre a sua aplicabilidade em cada situação particular.”; iv) explicar teoricamente: “Uma outra finalidade que se pode ter na definição de um termo é formular uma caracterização teoricamente adequada ou cientificamente útil dos objetos a que deverá ser aplicado.”; v) para influenciar atitudes: “Define-se frequentemente um termo, tendo em mente a finalidade de influenciar as atitudes ou agitar as emoções, de um certo modo preciso, de quem ouve ou de quem lê.” COPI, Irving M. *Introdução à lógica*. 2ª ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978, p. 106-109.

Mundo se tornou cada vez mais complexo, assistindo a uma crescente especialização técnica³²¹.

Nesse contexto, as definições; os conceitos; e a interpretação autêntica crescentemente deixaram de ser consideradas uma ingerência indevida, ou até uma excentricidade por parte do legislador, para se imporem como uma necessidade incontornável às legislações contemporâneas. De meramente excepcionais, passaram cada vez mais a serem recorrentes na regulamentação dos setores de maior especialização técnica da realidade atual, como, dentre outras, nas legislações de telecomunicações; organização alfandegária e tributação do comércio exterior; e, notadamente, na de acessibilidade aos portadores de necessidades especiais.

Ao convencionar expressamente sobre o objeto normatizado, a legislação fornece instrumentos de compreensão técnica para o público não especializado e concomitantemente facilita sua aplicação, afastando divergências doutrinárias e jurisprudenciais evitáveis e incrementando a sua eficácia. É por esta razão que as definições legais, de indevidas incursões doutrinárias, atualmente ostentam uma função normativa de crescente destaque.

Consistindo em um diploma normativo engendrado já no século XXI, que trata em boa parte da normatização de objetos técnicos especializados, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, na esteira da realidade retratada, também se valeu de definições, como as do seu Artigo 2, que convencionou o conceito, dentre outros, de ‘desenho universal’ e ‘adaptação razoável’³²². Entretanto, o mais importante foi antes

³²¹ “A terceira das cinco consequências da ‘reestruturação do capitalismo’ [...] é o aumento, em progressão geométrica, do alcance e da velocidade do processo de diferenciação socioeconômica, levando à formação de esferas e níveis de ação diversificados, especializados e interdependentes. Na sociedade pós-industrial, ‘informacional’ ou pós-nacional subjacente à economia transnacionalizada e à concorrência universalizada, cada vez mais os sistemas administrativo, técnico, educacional, científico, produtivo, comercial e financeiro (e seus principais atores corporativos, como empresas, associações e grupos de interesse) tendem a se subdividir continuamente com base em novas especializações, abrindo assim caminho para novos sistemas e subsistemas que, em sua dinâmica centrífuga, dão margem a outros sistemas igualmente especializados e autônomos no desempenho de funções e papéis determinados.” FARIA, José Eduardo. *Sociologia Jurídica: direito e conjuntura*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 24-25.

³²² “A base conceitual da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência é a mudança de paradigma da perspectiva médica e assistencial para a visão social com fundamento nos direitos humanos. Segundo o modelo médico, a deficiência é um problema do indivíduo e que deve ser curado. Para o modelo social, a deficiência é parte da diversidade humana, que em si não limita a pessoa. O que descapacita é o meio em que o indivíduo está inserido. O ambiente em que vivemos não diz respeito somente às questões individuais, mas sobretudo às coletivas. Uma pessoa, dentro do seu ciclo de vida, pode enfrentar diferentes

veiculado pelo Artigo 1, que fixou o entendimento sobre a pessoa considerada portadora de necessidades especiais.

Embora já tutelada pontualmente pela Constituição de 1988, seja ao rechaçar a discriminação com base nas necessidades especiais; ao prever a criação de programas de prevenção e atendimento especializado; ou ao determinar a acessibilidade arquitetônica e dos meios de transporte, a Constituição deixou a cargo do legislador ordinário a qualificação jurídica dos titulares destes direitos.

Publicada logo após a promulgação da Constituição, a Lei 7.853/89, tendo por objeto a integração social da pessoa portadora de necessidades especiais, mesmo assim foi omissa quanto à conceituação dos seus titulares³²³. Já o Código Civil, em sua nova edição, também representa uma fonte inadequada à obtenção deste conceito, porque este não necessariamente está imbricado em questões de capacidade civil, levando-se em conta a condição do cadeirante ou da pessoa que não disponha de visão, por exemplo.

Apenas no ano 2000, com a publicação da Lei 10.098/00, voltada à promoção da acessibilidade, que a legislação passou a contar expressamente com o seguinte conceito de *“pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida: a que temporária ou permanentemente tem limitada sua capacidade de relacionar-se com o meio e de utilizá-lo;”* (art.2º, III)³²⁴.

situações descapacitantes, e isso não tem a ver com a deficiência, mas sim como estágio ou o lugar da vida em que se encontra. Para tanto, o desenho universal que se propõe para a inclusão dos cidadãos com deficiência permite-nos pensar em um ambiente que viabilize o acesso a bens e serviços para todas as pessoas, com base no respeito à diversidade, na equiparação de oportunidades, na busca da autonomia pessoal e coletiva. A essência do modelo social é oportunizar o direito à vida no sentido pleno, independentemente da limitação funcional do indivíduo, eliminando as barreiras existentes e construindo as pontes necessárias. LOPES, Lais Vanessa C. de Figueiredo. *Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência - nova ferramenta de inclusão*. Revista do Advogado – AASP, v. 27, n. 95, p. 56-64, dez. de 2007, p. 57-58.

³²³ Somente com a edição do Decreto Regulamentar nº 3.298/99, dez anos após a promulgação da Lei, a ordem jurídica passou a contar com uma definição normativa a esse respeito, mesmo que no nível infralegal (art. 4º, III).

³²⁴ Em complemento ao esforço legislativo, cumpre informar que a seguir, mas tão somente para o fim específico de concessão da isenção do imposto sobre produtos industrializados (IPI) na aquisição de automóveis pelos portadores de necessidades especiais, o art. 1º, IV, da Lei 10.690/03 elevou ao nível legal parâmetros mais específicos da definição de pessoa portadora de necessidades especiais, incorporando a maior parte do art. 4º, III, do Decreto nº 3.298/99. Posteriormente, com a edição do Decreto 5.296/04 – que é o Regulamento da Lei 10.098/00 –, a definição geral e abstrata de *pessoa portadora de deficiência* foi especificada novamente no âmbito regulamentar (5º, §1º e alíneas, do novo Decreto).

Lastimavelmente, tal definição não primou pelo rigor técnico, porque se valeu de uma mesma expressão para qualificar pessoas absolutamente distintas e integrantes de categorias reciprocamente excludentes. Por exemplo, no que se refere à limitação temporária de capacidade, esta somente se aplica à redução de mobilidade. É neste sentido que o seu Decreto Regulamentar, nº 5.296/04, ao definir pessoa com mobilidade reduzida, já inicia esclarecendo ser esta “*aquela que, não se enquadrando no conceito de pessoa portadora de deficiência, ...*”.

Com o advento da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a definição jurídica de pessoa portadora de necessidades especiais passou a ser veiculada nestes termos:

Artigo 1

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

À luz da consideração lançada através da alínea ‘e’ do Preâmbulo³²⁵ da Convenção, no sentido do reconhecimento de “*que a deficiência é um conceito em evolução*”, sua interpretação deve ser tomada como em constante reelaboração, evitando-se o fechamento do âmbito normativo às mutações decorrentes da evolução jurídico-social do conceito.

Não há dúvida de que esta definição é tecnicamente mais precisa e dotada de maior abrangência jurídica, por estar mais afinada teleologicamente com o conjunto da legislação, notadamente os objetivos fundamentais da Constituição de 1988. Ao se conjugar com as disposições especificadoras da legislação infraconstitucional, ela se demonstra mais propensa que aquela da Lei 10.098/00 para veicular a matriz do conceito jurídico de pessoas portadoras de necessidades especiais.

³²⁵ A doutrina reconhece a função eminentemente hermenêutica dos Preâmbulos, como aponta Inocêncio Mártires Coelho: “Como vetor hermenêutico, são indiscutíveis, se não mesmo imprescindíveis, os préstimos do preâmbulo, na medida em que ele e por ele se expressam o *ethos* e o *telos* da Sociedade e da sua Lei Fundamental, dados materiais de partida que funcionam para o intérprete como verdadeira condição de possibilidade do compreender constitucional. Se for verdade que um texto só responde a quem o interroga corretamente, então parece elementar que a Constituição se recuse a *falar* com quem não saiba dirigir-se a ela.” MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Mais uma vez, se somente fossem incorporados estritamente os direitos humanos dos tratados e convenções internacionais tornados equivalentes às emendas constitucionais, o ordenamento jurídico, no seu patamar hierárquico-constitucional, ainda restaria desprovido de uma definição normativa, das mais relevantes para a temática dos portadores de necessidades especiais, que é justamente a sua qualificação jurídica.

3.4. NORMAS PROGRAMÁTICAS DE POLÍTICAS PÚBLICAS:

As normas programáticas de políticas públicas inseridas em Constituições prolixas, como é a hipótese da Carta de 1988, veiculam em sede constitucional o cerne destas políticas voltadas à concretização dos direitos fundamentais preponderantemente sociais.

Ao fixarem os seus principais elementos; instrumentos; objetivos; e metas – o que significa, na realidade, a pré-constituição do embrião das políticas públicas estatais – as normas constitucionais orientadoras destas políticas informam e induzem a atuação do legislador e do administrador público em determinado sentido já definido pela Constituição.

A abrangência do objeto da norma inserida no §3º do art. 5º da Constituição, pela EC nº 45/04, igualmente dotou de equivalência constitucional as normas programáticas de políticas públicas integrantes dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos assim admitidos.

A previsão contida no art. 214 da Constituição de 1988 sobre o “*plano nacional de educação*”, direcionado à concretização do direito social à educação, figura como valioso exemplo de previsão para a realização de uma política pública já pré-estruturada em nível constitucional:

Art. 214. A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam a:

- I - erradicação do analfabetismo;
- II - universalização do atendimento escolar;
- III - melhoria da qualidade do ensino;
- IV - formação para o trabalho;
- V - promoção humanística, científica e tecnológica do País.
- VI - estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto.

Da leitura do dispositivo resta passível de verificação que a Constituição foi enxuta ao descrever sinteticamente no caput os elementos estruturantes; a periodicidade; e, em termos gerais, os instrumentos da política nacional de educação. Entretanto, o que se destaca, inclusive no próprio caput, é a fixação constitucional dos principais objetivos, que também se estendem pelos cinco primeiros incisos, excetuando-se apenas o VI, que por se tratar de mais um elemento estruturante inserido por emenda, encontra-se deslocado em meio aos objetivos fundamentais.

Com a incorporação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a política de conscientização veiculada em seu Artigo 8 passou também a ser dotada de eficácia constitucional, à exemplo da norma programática estruturante da política pública orientada para a concretização do direito fundamental à educação:

Artigo 8

Conscientização

1.Os Estados Partes se comprometem a adotar medidas imediatas, efetivas e apropriadas para:

- a) Conscientizar toda a sociedade, inclusive as famílias, sobre as condições das pessoas com deficiência e fomentar o respeito pelos direitos e pela dignidade das pessoas com deficiência;
- b) Combater estereótipos, preconceitos e práticas nocivas em relação a pessoas com deficiência, inclusive aqueles relacionados a sexo e idade, em todas as áreas da vida;
- c) Promover a conscientização sobre as capacidades e contribuições das pessoas com deficiência.

2.As medidas para esse fim incluem:

- a) Lançar e dar continuidade a efetivas campanhas de conscientização públicas, destinadas a:
 - i) Favorecer atitude receptiva em relação aos direitos das pessoas com deficiência;
 - ii) Promover percepção positiva e maior consciência social em relação às pessoas com deficiência;
 - iii) Promover o reconhecimento das habilidades, dos méritos e das capacidades das pessoas com deficiência e de sua contribuição ao local de trabalho e ao mercado laboral;
- b) Fomentar em todos os níveis do sistema educacional, incluindo neles todas as crianças desde tenra idade, uma atitude de respeito para com os direitos das pessoas com deficiência;
- c) Incentivar todos os órgãos da mídia a retratar as pessoas com deficiência de maneira compatível com o propósito da presente Convenção;
- d) Promover programas de formação sobre sensibilização a respeito das pessoas com deficiência e sobre os direitos das pessoas com deficiência.

Nos moldes do art. 214 da Constituição, o inciso ‘1’ do Artigo 8 da Convenção traça os objetivos fundamentais das políticas públicas de conscientização, que abrangem a consciência sobre as condições e o fomento do respeito à dignidade das pessoas portadoras de necessidades especiais; o combate a estereótipos, preconceitos e práticas nocivas a elas direcionadas; e conhecimento de suas capacidades e da potencialidade de suas contribuições.

Mas em razão do nível de detalhamento de seus instrumentos (‘*medidas*’ previstas no inciso ‘2’), com a norma do Artigo 8 da Convenção, mais que a incorporação em nível constitucional de novas normas programáticas de políticas públicas, o que na realidade ocorre é a constitucionalização de uma política pública já praticamente definida – e não somente dos seus elementos estruturantes e objetivos fundamentais, como o fez o art. 214 da CF/88.

Isto porque, quanto à temática das políticas de conscientização em relação aos direitos das pessoas portadoras de necessidades especiais, só havia previsão normativa

em legislação infraconstitucional: o art. 24 da Lei 10.098/00, ao impor o dever do Poder Público de realizar “*campanhas informativas e educacionais*”, limitou-se à fixação do objetivo de conscientização e sensibilização da população “*quanto à acessibilidade e à integração social da pessoa portadora de deficiência*”.

Com isso, a norma da Convenção, então dotada de eficácia normativa constitucional, chega a ser muitíssimo mais detalhada e completa que aquela de nível legal, em uma situação jurídica absolutamente *sui generis*, com as margens de liberdade do legislador e de discricionariedade do administrador demasiadamente cerceadas.

Quando suas principais medidas já estão traçadas em nível constitucional, não cabendo mais falar na formulação propriamente da política pelos Poderes Públicos, mas somente no seu desenvolvimento e execução, tem-se uma efetiva *política pública constitucionalizada*, o que é substancialmente distinto da hipótese mais comum de *previsão constitucional para a realização (infraconstitucional) de uma política pública* (como no exemplo do art. 214 da CF/88).

Mas independente das considerações sobre a densidade e a dimensão da norma veiculada pelo Artigo 8 da Convenção – se a de uma norma programática de política pública ou se veiculadora da própria política em si, é certo que se o §3º do art. 5º da Constituição focasse só em direitos, a política de conscientização da Convenção não teria sido admitida como norma programática de eficácia constitucional.

Com efeito, a partir de então, a formulação legislativa e executiva de uma política pública de conscientização da população em geral a respeito das condições e dos direitos dos portadores de necessidades especiais, antes aberta à ampla discricionariedade executiva por conta do art. 24 da Lei 10.098/00, em razão do objeto amplo da norma do §3º do art. 5º, atualmente se encontra constitucionalmente jungida aos instrumentos determinados no Artigo 8, 2, da Convenção.

4. NORMAS DOS DIPLOMAS DE DIREITOS HUMANOS DE APLICAÇÃO EXCLUSIVAMENTE INTERNACIONAL:

Se até o presente momento foi explorado o que de significativo decorre da soberana opção do Poder Constituinte pela amplitude do objeto do §3º do art. 5º da Constituição, é chegada a ocasião de se enfrentar as dificuldades resultantes do alargamento da base normativa equivalente às emendas constitucionais.

Partindo-se do primado empírico da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, tem-se abundante material para perplexidades, de modo que sequer é necessário repetir as normas já citadas nas considerações introdutórias, tendo em vista várias outras que também demonstram inaptidão para figurarem dotadas de eficácia constitucional.

Além dos dispositivos já citados, dentre os quais aquele que estabelece as línguas em que estão redigidos os textos da Convenção considerados autênticos (Artigo 50); e o que aponta o Secretário-Geral das Nações Unidas como depositário do diploma normativo; a seguir serão compilados outros de mesma natureza, que tratam de temas como o da Conferência dos Estados Partes e do Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Começando-se pelo primeiro:

Artigo 40

Conferência dos Estados Partes

1.Os Estados Partes reunir-se-ão regularmente em Conferência dos Estados Partes a fim de considerar matérias relativas à implementação da presente Convenção.

2.O Secretário-Geral das Nações Unidas convocará, dentro do período de seis meses após a entrada em vigor da presente Convenção, a Conferência dos Estados Partes. As reuniões subsequentes serão convocadas pelo Secretário-Geral das Nações Unidas a cada dois anos ou conforme a decisão da Conferência dos Estados Partes.

Cumpre indagar o que de interesse há para o ordenamento jurídico interno a agregação deste dispositivo como equivalente às emendas constitucionais? Qual a maior relevância para o cotidiano jurídico interno a concessão de efeitos constitucionais para a

regra que prevê reuniões regulares dos Estados Partes da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência? E que tais encontros serão convocados pelo Secretário-Geral das Nações Unidas; e a periodicidade com que ocorrerão?

O mesmo vale para a regra que institui o Comitê e a remuneração de seus membros:

Artigo 34

Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

12.Com a aprovação da Assembleia Geral, os membros do Comitê estabelecido sob a presente Convenção receberão emolumentos dos recursos das Nações Unidas, sob termos e condições que a Assembleia possa decidir, tendo em vista a importância das responsabilidades do Comitê.

Que pertinência tem à ordem constitucional interna a regra que institui aos membros do Comitê emolumentos provenientes dos recursos das Nações Unidas, nos termos e condições decididos pela Assembleia Geral, tendo em conta a importância de suas funções?

Convém esclarecer, entretanto, que com tais questionamentos não se está a refutar radicalmente a valia e a conexão de tais regras aos direitos humanos e às demais normas de maior relevo admitidas como equivalentes às emendas constitucionais.

À Conferência dos Estados Partes foi destacado um papel importantíssimo, diretamente vinculado à concretização de direitos, tratando-se do fórum onde os membros irão se reunir “*a fim de considerar matérias relativas à implementação*” dos direitos humanos previstos na Convenção, o que está em estreita sintonia com a norma do Artigo 32³²⁶, que prevê a cooperação internacional.

³²⁶ Artigo 32

Cooperação internacional

1.Os Estados Partes reconhecem a importância da cooperação internacional e de sua promoção, em apoio aos esforços nacionais para a consecução do propósito e dos objetivos da presente Convenção e, sob este aspecto, adotarão medidas apropriadas e efetivas entre os Estados e, de maneira adequada, em parceria com organizações internacionais e regionais relevantes e com a sociedade civil e, em particular, com organizações de pessoas com deficiência. Estas medidas poderão incluir, entre outras:

a) Assegurar que a cooperação internacional, incluindo os programas internacionais de desenvolvimento, sejam inclusivos e acessíveis para pessoas com deficiência;

De não menos relevância é a competência do Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Dentre suas funções encontra-se a de considerar os relatórios dos Estados Partes, fazendo as “*as sugestões e recomendações gerais que julgar pertinentes*”³²⁷; orquestrar a cooperação internacional³²⁸, inclusive interagindo com “*agências especializadas e outros órgãos das Nações Unidas*” bem como “*outros órgãos pertinentes instituídos ao amparo de tratados internacionais de direitos humanos*”³²⁹; e, a cada dois anos, submeter à Assembleia Geral e ao Conselho Econômico e Social um relatório de suas atividades, podendo fazer sugestões³³⁰.

Igualmente é certo que a remuneração dos membros do Comitê, à qual o inciso 12 do Artigo 34 fez menção expressa, consiste em requisito concreto indispensável para a atratividade do cargo e a garantia de competência técnica, profissionalismo e isenção no desempenho das tarefas por aqueles que venham a exercê-lo.

À evidência, resta clara a coerência das respectivas regras dentro da Convenção, justamente por se encontrarem em sintonia com os direitos dos portadores de necessidades especiais, estando voltadas instrumentalmente para lhes dar concretude. A questão aqui é sobre a justificativa para a sua vigência no Brasil com status normativo de equivalência às emendas constitucionais; e a respeito de qual função lhes restaria cumprir internamente, ao normatizarem eventos destinados a ter ocorrência restrita ao âmbito internacional.

Então qual seria a situação destas normas dos tratados e convenções internacionais que não consistam em direitos humanos; princípios, regras e definições pertinentes ao seu regime jurídico; ou normas programáticas de políticas públicas com adequação para operar internamente dentro do ordenamento jurídico constitucional?

b) Facilitar e apoiar a capacitação, inclusive por meio do intercâmbio e compartilhamento de informações, experiências, programas de treinamento e melhores práticas;

c) Facilitar a cooperação em pesquisa e o acesso a conhecimentos científicos e técnicos;

d) Propiciar, de maneira apropriada, assistência técnica e financeira, inclusive mediante facilitação do acesso a tecnologias assistivas e acessíveis e seu compartilhamento, bem como por meio de transferência de tecnologias.

³²⁷ Artigo 36, 1, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

³²⁸ Artigo 37 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

³²⁹ Artigo 38, ‘a’ e ‘b’ da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

³³⁰ Artigo 39 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Tendo sido dotado de equivalência às emendas constitucionais mais do que exclusivamente os direitos humanos dos tratados e convenções internacionais; e desvendada a equivalência como a produção de efeitos normativos idênticos ao das normas inseridas na própria Constituição; não é possível se admitir esta condição às normas contidas nestes diplomas normativos que não tenham pertinência para produzir efeitos internamente, porque do contrário cai-se em contradição com o arcabouço jurídico da soberania estatal.

É inafastável a evidência de que tais normas não são equivalentes às emendas constitucionais como o são todas as outras do regime jurídico dos diplomas normativos internacionais que são dotadas de maior coerência para a produção de efeitos internos, simples e tão somente porque a ideia de Constituição não lhes comporta como integrantes deste diploma normativo fundamental do Estado. E esta razão é mais do que suficiente para impedir o intérprete de também abarcá-las, sob pena de um desvirtuamento da teoria do Estado e da Constituição.³³¹

Por outro lado, também se trataria de grave equívoco teórico a tentativa de se engendrar retoricamente uma justificativa artificial para se abranger as normas dos diplomas internacionais que somente possuem pertinência (coerência; lógica; plausibilidade; etc.) no âmbito internacional e não demonstram aptidão para integrar o patamar hierárquico normativo constitucional em nosso ordenamento jurídico interno, não obstante a redação do §3º do art. 5º da Constituição tenha se referido a “*tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos*” ao conferir o predicado da equivalência às Emendas.

Para a solução da perplexidade gerada por esta insólita situação jurídica resta afastada a possibilidade de lhes reconhecer equivalência às emendas constitucionais, por não possuir validade teórica a tentativa de se obter a fórceps uma justificativa artificiosa para legitimá-las frente à evidência pragmática de sua inaplicabilidade e

³³¹ Isto já havia sido alertado: “Cabe, por fim, uma advertência: nem tudo o que consta em tratados internacionais que versem sobre direitos humanos tem necessariamente conteúdo de direitos subjetivos públicos indispensáveis à natureza humana ou à convivência social, o que nos leva a lembrar que a recepção de atos normativos não deve ser obrigatoriamente feita pela totalidade das regras dos diplomas normativos (ou seja, é preciso verificar os temas que efetivamente têm natureza material de direitos humanos para pensarmos em recepcioná-los como norma constitucional).” FRANCISCO, José Carlos. Bloco de constitucionalidade e a recepção dos tratados internacionais. In: *Reforma do Judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005, p. 105.

ausência de sentido interno, que igualmente se encontra respaldada na concepção do Estado Soberano de Direito e na limitação do Poder Constituinte Derivado.

Assim, normas com a natureza daquelas veiculadas pelos Artigos 34, inciso 12, e Artigo 40 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ao terem sido incorporadas dentro do mesmo compêndio normativo, passaram a ter sua existência reconhecida pelo sistema jurídico interno; são dotadas de validade; mas, dada a sua evidente inadequação para operar efeitos no âmbito normativo interno, a não ser para orientar e reger as relações internacionais, não encontram viabilidade para sua execução no Brasil como equivalentes às emendas constitucionais, por se tratarem de “*corpos estranhos*”³³² à Constituição.

Desafiando a lógica sistêmica, em razão de se encontrarem desprovidas de pertinência e coerência com a ordem constitucional interna, tais normas demonstram-se ineptas para figurar fora do âmbito internacional. Isto porque inexiste razoabilidade para que o seu respectivo teor goze de status constitucional. Trata-se de matéria que somente tem aplicabilidade, que só pode ser executável concretamente, quando circunscrita ao âmbito normativo do direito internacional.

Visto que os postulados lógicos encontram-se subjacentes ao sistema jurídico³³³, sendo-lhe intrínseca a exigência de racionalidade teórica, implica em ilogicidade, acarretando o que Canaris chama de “*quebra no sistema*”³³⁴, conceber a regra

³³² “A problemática das normas *estranhas* ao sistema está estreitamente aparentada à das quebras do sistema. Mas enquanto nestas e, em especial, nas normas contrárias ao sistema, é violada a regra da adequação valorativa, existe, naquela, uma observância do postulado da unidade interior: trata-se de proposições jurídicas que não estão numa contradição de valor com outras determinações ou com os princípios fundamentais da ordem jurídica, mas que, por outro lado, também não se deixam reconduzir aos princípios jurídicos gerais, permanecendo, por isso, *valorativamente isoladas* dentro da ordem jurídica global; elas também não formam simplesmente uma *modificação* no sistema, porque (e na medida em que) a sua ratio não possui convivência suficiente para poder valer como enriquecimento consequente dos valores fundamentais do âmbito jurídico em causa.” [...] Mas em qualquer caso ter-se-á de restringir tais ‘corpos estranhos’ ao mais curto espaço possível dentro da ordem jurídica, de tal modo que se possa apresentar como máxima interpretativa fundamental *uma regra de interpretação restritiva ou, pelo menos, uma proibição de interpretação extensiva*. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 235-236; 238.

³³³ “Os princípios estruturais da razão e dirigentes do conhecimento são **verdades evidentes por si mesmas, a priori, necessárias, absolutamente primeiras e indemonstráveis, de alcance universal, que são a condição de qualquer verdade e até de qualquer afirmação.**” ALVES, Alaôr Caffé. *Lógica – Pensamento Formal e Argumentação: Elementos para o Discurso Jurídico*. Bauru, SP: Edipro, 2000, p. 150.

³³⁴ “No que respeita, em primeiro lugar às quebras no sistema, colocaram-se elas a propósito da fundamentação do conceito de sistema acima apresentado *como contradição de valores e princípios*; pois

de que o Secretário das Nações Unidas será o depositário da Convenção com a mesma pretensão de aplicabilidade e acolhimento na ordem jurídica interna que possui a regra que autoriza a realização de políticas afirmativas para as pessoas com necessidades especiais.

Mas aqui se trata da peculiar lógica jurídica, que sai da zona de intersecção com a fria lógica formal e matemática, para formar o que Recaséns Siches denominou de “*la lógica de lo humano, la lógica de lo razonable*”³³⁵. Portanto, tais normas não podem entrar com equivalência constitucional pelo mesmo fundamento racional que Siches descreve no exemplo em que um passageiro tenta ingressar em uma estação ferroviária com um urso, sob a alegação de que a placa diz somente que “*é proibida a entrada de cães*”! Do mesmo modo que a ratio normativa transcende o termo *cães*, no que concerne à norma do §3º do art. 5º da Constituição não é todo o teor dos diplomas normativos internacionais que ingressa como equivalente às emendas constitucionais.

Não obstante, há de se reconhecer que a plausibilidade da dúvida sobre a extensão de equivalência constitucional também a todas estas normas tem ensejo por decorrer de uma dificuldade inerente ao objeto mais abrangente do §3º do art. 5º da Constituição, que adotou termos mais amplos, como o são “*tratados e convenções internacionais*”, aos quais é o próprio Siches que também apregoa “*el estricto deber de obediencia al orden jurídico positivo*”³³⁶.

se o sistema mais não é do que a forma exterior da unidade valorativa e da adequação da ordem jurídica, então uma quebra no sistema tem de reportar-se a uma perturbação dessas unidade e adequação e, com isso, a uma inconsequência valorativa.” CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 200-201.

³³⁵ “Ahora bien, el proceso de interpretación de una norma general respecto de los casos singulares, la individualización de los consecuencias de esa norma para tales casos, y las variaciones que la interpretación y la individualización deban ir experimentando, todo eso, debe caer bajo el dominio del *logos de lo humano*, del logos de la acción humana. No es algo fortuito, ni tampoco algo que pueda ser decidido arbitrariamente. Es algo que debe ser resuelto *razonablemente*. Pero para eso no sirven las razones de tipo matemático. La lógica tradicional, la de la razón pura, no sirve para tratar ni resolver tales problemas. Necesitamos otro tipo de lógica, la cual es también lógica, pero diferente de la lógica tradicional: necesitamos de la lógica de lo humano, la lógica de lo *razonable*, a diferencia de la lógica de lo racional.” SICHES, Luis Recaséns. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*. México: Editorial Porrúa, 1973, p. 143.

³³⁶ “Entiéndase bien que cuanto he dicho hasta aquí, y lo que manifestaré en las páginas sucesivas, de ninguna manera intenta quebrantar ni debilitar el estricto deber de obediencia al orden jurídico positivo, deber que liga necesariamente a los juristas prácticos, a los abogados, a los jueces y a los funcionarios administrativos. El logos de lo humano, la lógica de lo razonable, no aconseja ni aconsejará nunca al juez que salte por encima del orden jurídico establecido, que desconozca las normas formalmente válidas y que sean aplicables al caso planteado. De ninguna manera. Nada de eso en absoluto.” SICHES, Luis Recaséns. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*. México: Editorial Porrúa, 1973, p. 177.

Mas se assim não fosse, como poderia o Poder Constituinte Derivado de Equivalência às Emendas Constitucionais, no que concerne às regras, que são a hipótese mais latente (mas não exclusiva) das normas de pertinência exclusivamente internacional, discerni-las, *a priori*, dentre todas aquelas contidas no diploma normativo internacional, sem que de legislador se transfigurasse indevidamente em hermeneuta?

Se a meticulosidade rigorosa tivesse sido a intenção constituinte, não haveria razão para que fosse introduzida no art. 5º da Constituição uma norma de objeto alargado como aquela veiculada através do seu novo §3º. Se este tivesse sido o seu escopo, mais adequada e zelosa da segurança jurídica teria sido a opção de incorporação das normas internacionais através do método tradicional de emenda constitucional, com a introdução exclusivamente do texto normativo que já tivesse sido *a priori* selecionado.

Logo, a interpretação razoável consiste em uma necessidade intransponível para o que dispõe a norma do §3º do art. 5º. Mesmo que o Poder Constituinte tivesse consignado expressamente que apenas seria concedida equivalência com as emendas constitucionais às normas que tenham pertinência lógica para vigorar internamente, em nada mudaria a indispensável intervenção hermenêutica para a referida triagem. Tal expressão normativa acabaria, portanto, tendo pouco efeito prático, já que o postulado da lógica subjaz ao sistema jurídico, impondo ao intérprete o dever teórico intransponível de obter os resultados mais plausíveis.

Assim, ao lado das normas equivalentes às emendas constitucionais, têm-se aquelas que, embora integrantes dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados como equivalentes às emendas constitucionais, em razão de aspectos como pertinência temática; coerência sistêmica; e implicação lógica, não encontram espaço para sua aplicação/execução com tais efeitos dentro do ordenamento interno, porque dizem respeito exclusivamente às obrigações do Estado no âmbito internacional.

Tratando-se a ausência de equivalência constitucional destas normas uma evidência pragmática que se encontra fundada na concepção do Estado Soberano de Direito e na limitação do Poder Constituinte Derivado, impõem-se plenamente os postulados da lógica e os princípios da unidade e coerência interna da Constituição, a permitir sua especificação como normas que, embora integrantes dos diplomas internacionais sobre direitos humanos aprovados como equivalentes às emendas constitucionais, não são dotadas de tais efeitos.

CONCLUSÕES:

In.1- A teoria do Poder Constituinte Derivado de Equivalência às Emendas Constitucionais, guardando a máxima conformidade com a Constituição de 1988 e com os conceitos e fundamentos do Poder Constituinte e dos Direitos Fundamentais, pretende abarcar por completo o fenômeno jurídico da aprovação de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos como equivalentes às emendas constitucionais, ao enfrentar a problemática advinda com a EC nº 45/04 através da proposição de soluções coerentes e consistentemente respaldadas em um arcabouço teórico comum. Atualmente, nenhum estudo sobre direitos fundamentais no Brasil poderá se arvorar completo, sem que obrigatoriamente passe por estas questões.

In.2- A inserção do §3º no art. 5º da Constituição de 1988 operou-se sob o vetor axiológico e teleológico da intensificação do compromisso constitucional com a amplificação e o reforço da eficácia dos direitos humanos. Isto implica em um corte epistemológico que desde já afasta quaisquer proposições incidentais que, ao se desviarem desta direção hermenêutica, provoquem o embaraço da incorporação pelo Brasil de tratados e convenções internacionais de direitos humanos, ao imporem para tanto condições mais gravosas que as presentes no momento anterior ao advento da Emenda Constitucional nº45/04.

In.3- É histórica e reiterada omissão dos constituintes brasileiros na definição do status normativo e na especificação dos pormenores do procedimento legislativos para a incorporação de tratados internacionais. Isso deu azo às disputas no campo doutrinário e, de modo ainda mais destacado, no âmbito da jurisprudência constitucional, porque no Supremo Tribunal Federal também surgiram e continuam surgindo posições inovadoras, e não raro as maiorias jurisprudenciais rejeitaram posições majoritárias da doutrina, como se viu recentemente na controvérsia em torno da norma do

§2º do art. 5º da Constituição de 1988 e a posição hierárquica do Pacto de San José da Costa Rica e, por consequência, dos demais tratados de direitos humanos incorporados pelo Brasil.

A Constituição de 1988 não admite a redução de sua interpretação à intenção de apenas um dos participantes na propositura de seus dispositivos. A imposição de tal ótica, além de não revelar a realidade dialética das intenções que redundaram no texto da Constituição de 1988, cai terminantemente em profunda contradição com o próprio processo deliberativo democrático que permitiu o afluxo de sua manifestação ao âmbito da Assembleia Constituinte. Sem a abertura do processo de obtenção do significado da Constituição, não haverá espaço para a manifestação da diversidade do pensamento e a proposição de novas e diferentes hipóteses interpretativas da realidade jurídica, que são tão peculiares ao pluralismo, erigido desde logo no art. 1º da Constituição como pilar da construção da República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito.

A tese fundada no §2º do art. 5º da Constituição, de que os direitos humanos dos tratados e convenções internacionais incorporados pelo Brasil são automaticamente elevados ao status de direitos constitucionais fundamentais é desprovida de coerência sistêmica, frente à disparidade de rigidez procedimental para a admissão dos diplomas normativos internacionais, à oposição do que se passa com as emendas para alteração do texto constitucional, e o fato de que é a própria Constituição que prevê o controle de constitucionalidade destes diplomas normativos (art. 102, III, b, da CF/88). Embora não ventilada nos acórdãos do STF, a isto converge uma característica peculiar das declarações de direitos humanos, que se desenvolveu como uma praxe legislativa internacional, no sentido da conveniência da adoção de uma *cláusula de salvaguarda (ou de não exclusão)*, com a finalidade de se deixar absolutamente fora de dúvida que o rol das declarações internacionais de direitos humanos consistirá sempre em um *minimum*, jamais voltado à exclusão de outros direitos mais favoráveis (princípio da primazia da norma mais favorável ao indivíduo), não importa de qual hierarquia normativa, eventualmente já adotados no âmbito interno de cada Ente da Ordem Jurídica Internacional.

Ao prever que 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”, o §2º do art. 5º se revela como uma cláusula metanormativa hermenêutica (direitos implícitos), nos mesmos

termos da Constituição anterior e, concomitantemente, como uma *cláusula de não exclusão (de salvaguarda)* do ordenamento jurídico de direitos eventualmente mais favoráveis previstos nos tratados, em consonância com as cláusulas da maioria das declarações internacionais de direitos humanos.

Após a vigência da EC nº 45/04, artífices da doutrina da interpretação abrangente do §2º do art. 5º da Constituição, postulantes de uma inerente hierarquia constitucional dos diplomas normativos de direitos humanos, persistiram em manter a posição anteriormente adotada, defendendo que a novel norma do §3º do art. 5º simplesmente reforça o entendimento anterior ao invés de contrariá-lo, já que com ele seria plenamente compatível, de modo que além de já materialmente constitucionais, se aprovados pelo rito qualificado do §3º, os direitos neles previstos passariam a ser também formalmente constitucionais. Com isso, esta tese interpretativa, ao desconsiderar e menoscar dos efeitos jurídico-positivos do texto da EC nº 45/04, reduz o alcance do novo §3º do art. 5º à produção de efeitos formais meramente secundários, tornando-se então irrefutável (desprovida de cientificidade jurídica), por se colocar como absolutamente imune ao advento da EC nº 45/04.

Da relutância contra o primado do texto normativo e a manifestação legítima e soberana do Poder Constituinte, desvela-se a presença subjacente de uma ideologia favorável a uma insuflação progressiva do elenco constitucional de direitos humanos, calcada mais em critérios quantitativos que qualitativos. Mas este alargamento demasiado do rol de direitos humanos, os quais por natureza atritam entre si, em nada se poderá considerar inofensivo, porque aumentará a probabilidade da ocorrência de conflitos inconciliáveis, que impõem a recorrência de soluções judiciais mais intensamente criativas e arbitrariamente seletivas, a serem obtidas através do método da ponderação, tornando progressivamente o STF de guardião, em mediador do significado da Constituição, como postulou Alf Ross na sua proposta metodológica sobre o direito.

A supralegalidade consiste em uma nova categoria normativa desprovida de expressa previsão na Constituição, fruto de uma deliberação jurisprudencial engendrada durante o julgamento da constitucionalidade da prisão do depositário infiel, à qual dava azo os contratos de alienação fiduciária em garantia, notadamente de veículos financiados por instituições financeiras.

A amplificação do caso do depositário infiel para a introdução, por construção jurisprudencial e em termos abstratos, gerais e prospectivos, de uma nova categoria normativa (supralegal), dá-se em detrimento da segurança jurídica e sem a suficientemente testada aplicabilidade prática. Ademais, a antinomia entre a norma do Pacto de San José da Costa Rica e a norma interna posterior (novo Código Civil) poderia ser resolvida pela prevalência da Constituição, com a aplicação das normas civilísticas (descaracterizando-se a existência de depósito no contrato de alienação fiduciária, por exemplo) e sem o recurso a tal artifício, já que não se necessitava adentrar na controvérsia sobre o status hierárquico dos tratados de direitos humanos.

Independentemente da posição de supralegalidade apontada nos votos dos Ministros, o que é notório de relevo é que a tese dos materialistas sobre o §2º do art. 5º da Constituição foi rechaçada pelo STF e pelo Poder Constituinte Derivado, que produziu a Emenda Constitucional nº 45/04. Portanto, somente os tratados de direitos humanos que passarem pelo rito do novo §3º do art. 5º da Constituição serão considerados pelo direito positivo e pela jurisprudência hodierna como de estatuto normativa equivalente à das emendas constitucionais.

In.4- Durante a incorporação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, estava-se “*de fato navegando por mares nunca dantes navegados*”, como na expressão do então Presidente da Câmara dos Deputados. É por esta razão que o processo legislativo *in concreto* representa um marco empírico fundamental para o exame da temática concernente à aprovação de equivalência constitucional aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos. De acordo com o procedimento efetivamente adotado, a aprovação qualificada do Congresso Nacional serviu apenas como referendo para que o próprio Presidente da República realizasse a ratificação perante as Nações Unidas e, posteriormente, perfizesse a sua incorporação ao nosso direito através da expedição do Decreto de sua promulgação, somente a partir do qual os respectivos diplomas passaram a produzir efeitos.

I.1- As normas *equivalentes às emendas constitucionais* são normas de direito internacional, inseridas em tratados e convenções internacionais de direitos

humanos que tenham sido aprovados pelo Congresso Nacional através do rito qualificado de aprovação previsto pelo §3º do art. 5º da CF/88, passando a produzir efeitos internamente com a mesma hierarquia normativa das emendas constitucionais.

I.2- A maior rigidez do procedimento legislativo de reforma constitucional é para Carl Schmitt a marca propriamente distintiva da Constituição. As ideias de Poder Constituinte Originário e Derivado, conformadas na configuração do modelo político-institucional da Constituição de 1988, representam uma premissa inarredável ao enfrentamento da problemática concernente à incorporação de tratados de direitos humanos após a EC nº 45/04, por se encontrarem as normas equivalentes às emendas constitucionais umbilicalmente relacionadas com as Emendas e, por decorrência, diretamente imbricadas nesta matriz teórica de fundo, responsável pelo respaldo científico-jurídico das vicissitudes pragmáticas a serem enfrentadas.

I.3- Se o novo procedimento do §3º do art. 5º da Constituição permite a produção de normas equivalentes às emendas constitucionais – embora tão somente quanto à matéria de direitos humanos; reproduz o mesmo rito de aprovação no Congresso Nacional, com quorum e turnos de votação de idêntica rigidez àquele previsto para as emendas; e as normas sobre direitos humanos deste modo incorporadas passam a ter o mesmo valor hierárquico, a mesma eficácia normativa e o mesmo peso axiológico dos direitos fundamentais inseridos na própria Constituição, disto não decorre outra conclusão plausível senão a de que se está igualmente perante a uma manifestação do Poder Constituinte Derivado.

I.4- Do cotejo conjugado do novel §3º do art. 5º com o modelo institucional previsto pelas disposições do art. 59, I e art. 60 para a reforma da Constituição de 1988, se quanto à natureza e aos efeitos conclui-se que a norma do § 3º também representa uma forma de manifestação do Poder Constituinte Derivado, o status normativo de equivalência à emenda constitucional (admissão nas normas internacionais com efeitos de norma constitucional); a limitação do âmbito material (aos diplomas internacionais e, dentre estes, somente os que versem sobre direitos humanos); e a forma do procedimento

adotado concretamente para a incorporação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (conjugação do procedimento de incorporação de tratados com o rito deliberativo das emendas constitucionais); consistem em fortes elementos reveladores de que o modelo institucional do novo §3º para a manifestação do Poder Constituinte Derivado não é aquele mesmo previsto pelas disposições originárias para a realização de emendas à Constituição.

I.5- A nova modalidade de manifestação do Poder Constituinte Derivado é compatível com a Constituição de 1988 porque: i) não restou alterado o procedimento de emenda de seu texto, o que significa dizer que não foi afetado o Poder Constituinte Derivado instituído originariamente; ii) a novel modalidade é inepta para se converter em um expediente de transposição dos limites materiais (cláusulas pétreas) e formais à alteração das disposições constitucionais, tendo em conta a drástica redução do seu âmbito material (diplomas internacionais sobre direitos humanos) e a peculiar característica não supressiva dos direitos humanos quando opostos entre si; iii) para a concessão de equivalência constitucional às normas internacionais sobre direitos humanos foi exigido o mesmo nível de consenso necessário à produção das Emendas, com a previsão de idêntico rito deliberativo; iv) e a EC nº 45/04, dentro de um contexto de reforço do compromisso constitucional com os direitos humanos, encontra-se concomitantemente em harmonia com o conjunto dos demais princípios constitucionais fundamentais, tendo sido legitimada por sua assimilação tranquila.

I.6- Uma nova forma de expressão do Poder Constituinte Derivado voltada à produção de normas equivalentes às emendas constitucionais – categoria normativa não prevista originariamente na Constituição de 1988 – pôde ser validamente inserida em nossa Constituição rígida pelo próprio Poder Derivado, sem que este rompesse o limite da delegação originária (Sieyès) e a identidade da Constituição (Carl Schmitt), ou se envolvesse com a problemática lógico-jurídica de auto referência circular paradoxal (Alf Ross). Apesar de no fundo haver certo nível de auto referência, ao se estar diante do Poder Constituinte Derivado especificando a si próprio, aqui ela foi diminutamente parcial e não alterou propriamente, tampouco subverteu o Poder Constituinte Derivado, restando intacto o regramento do processo legislativo de emenda constitucional, já que a nova modalidade

do §3º é inepta para servir de expediente camuflado para a distorção dos limites procedimentais e materiais de modificação do âmbito constitucional.

I.7- O Presidente da República, antes limitado meramente à propositura de emendas à Constituição, sequer um elemento imprescindível do processo legislativo, frente à autossuficiência do Congresso Nacional, viu crescer a importância de seu papel no processo constituinte derivado com o advento da EC nº 45/04. Após a aprovação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo pelo Parlamento, através do rito do novo §3º do art. 5º da Constituição, para a sua incorporação definitiva ao nosso ordenamento jurídico, ou seja, para o início de sua vigência com efeitos equivalentes aos das emendas constitucionais, passou-se a depender ainda de um ato decisivo do Presidente da República, notadamente a ratificação internacional e, principalmente, sua promulgação e publicação interna. E mesmo que outro viesse a ser o *iter* procedimental para a admissão destes ou dos futuros pactos, a intensificação do papel do Presidente da República permaneceria igualmente válida, já que sem a sua participação, no mínimo remota, não seria possível a introdução de diplomas internacionais na ordem jurídica interna.

I.8- Após a inserção do §3º no art. 5º da Constituição pela EC nº 45/04, o Poder Constituinte Derivado atualmente pode ser classificado como um gênero do qual derivam duas modalidades ativas distintas: a) a do tradicional Poder Constituinte Derivado de Emenda à Constituição, notoriamente destinado à reforma constitucional através da elaboração de emendas ao seu texto; b) e a do novo Poder Constituinte Derivado de Equivalência às Emendas Constitucionais, voltado à incorporação de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos com o status normativo equivalente ao das Emendas. Este se caracteriza pela presença dos seguintes elementos distintivos: i) é destinado à produção da nova categoria de normas equivalentes às das emendas constitucionais, que ao lado destas pairam com a mesma hierarquia e efeitos, mas são inidôneas para a modificação textual da própria Constituição; ii) limita-se à matéria dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos; iii) encontra-se alijado de disposição sobre o texto do diploma normativo, cuja formulação é obra de terceiros (Sujeitos de Direito Internacional) na ordem jurídica externa; iv) e para sua manifestação é necessária a

atuação conjugada de dois órgãos internos: o Congresso Nacional e o Presidente da República (ainda que remota) – rompendo-se com isso a exclusividade e autossuficiência do primeiro.

I.9- O Poder Constituinte Derivado de Equivalência às Emendas Constitucionais, configurando-se então como uma modalidade mais rígida nos limites materiais e procedimentais, não ultrapassa o alcance e os limites do Poder Constituinte Derivado de Emenda à Constituição (PCDEEC < PCDEC). Logo, não faz o mínimo sentido lógico e ofende o histórico brocardo jurídico (pré-constitucional) de que “*quem pode o mais, pode o menos*”, permitir-se, em uma situação de limite circunstancial e formal, a aprovação de equivalência constitucional dos direitos humanos previstos em tratados internacionais e proibir-se que os mesmos direitos sejam inseridos no nível normativo constitucional através de emenda à própria Constituição. Ademais, reforça este entendimento a experiência da Revisão Constitucional de 1994 quando, a partir de um procedimento muito mais flexível, ainda assim, aplicaram-se todos os demais limites constitucionais.

I.10- Para a identificação dos agentes legitimados pela nova modalidade, a hermenêutica jurídica recomenda, à míngua de disposições expressas, a adoção do método analógico, a partir do exame da pertinência da legitimação dos mesmos agentes autorizados a propor as emendas à Constituição, tendo em vista que o Poder de Equivalência compartilha idêntica natureza de Poder Constituinte Derivado. Deste modo, os três legitimados para a apresentação da proposta de emenda constitucional o são igualmente para a propositura de equivalência aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, com a ponderação de que quando o diploma normativo internacional vier a ser incorporado concomitantemente com este status, terá lugar a legitimação do Congresso Nacional, e não a de suas duas Casas isoladamente.

I.11- A revelação da complexidade do fenômeno jurídico abarcado pelo §3º do art. 5º é crucial para a elucidação das questões nevrálgicas que envolvem a aprovação de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos com

equivalência às emendas constitucionais. A correção da tese interpretativa voltada à definição do preciso significado da norma do §3º do art. 5º deverá, em princípio, partir do próprio dispositivo para então se espalhar na ordem constitucional, e não o inverso, por uma pretensa intersetorização do sistema jurídico em sua individualidade. Tal inversão acarretaria uma indevida ingerência, castradora da novidade e vitalidade da norma, ao operar sua conformação, *ab initio*, através de conceitos do paradigma anterior. À luz de tais parâmetros, é certo que não restou alterada pela EC nº 45/04 a forma como os tratados internacionais são introduzidos no ordenamento jurídico. Ocorreu que quando a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência lhe foi submetida para aprovação, o Congresso assumiu uma posição hermenêutica que exerceu uma contribuição persuasivamente indutora de confusão quanto ao significado do novo §3º do art. 5º da Constituição. Já com a antevisão de incorporá-la como equivalente às Emendas, o Parlamento concentrou os procedimentos de admissão do tratado e concessão de eficácia constitucional em uma etapa única; e isto foi viável porque o modelo deliberativo mais rígido do novo §3º permitiu o englobamento do escrutínio de admissão (maioria simples) do diploma normativo internacional. Somente partindo desta distinção é possível ver com nitidez que a norma veiculada pelo §3º trata simples e exclusivamente do modelo deliberativo para a concessão, dentro da ordem jurídica nacional, de equivalência normativa de emenda constitucional aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, em outras palavras, refere-se tão somente ao Poder Constituinte Derivado de Equivalências às Emendas Constitucionais.

II.1.1- A posição no sentido da necessária e exclusiva adoção do procedimento do §3º do art. 5º para a incorporação de futuros tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos implicaria na sua indevida transformação em óbice à inclusão de novos direitos, pela imposição de um procedimento mais dificultoso. A partir da Emenda Constitucional nº 45/04, sob pena de se contrariar por completo o seu escopo de reforço dos direitos humanos dentro do ordenamento, abrem-se duas vias para a incorporação de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos ao nosso sistema jurídico: i) a via tradicional, pela qual os direitos previstos nestes tratados não gozarão de estatuto constitucional – em consonância, inclusive, com a jurisprudência atual

do STF; ii) e o procedimento do §3º do art. 5º da Constituição, através do qual as normas do tratado incorporado serão equivalentes às emendas constitucionais.

II.1.2- Como a EC nº 45/04 configurou um quadro de amplitude, de receptividade, e não de restrição quanto aos direitos humanos, a elevação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos ao *status* de equivalência às emendas constitucionais poderá ocorrer: i) como de fato se deu com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, concomitantemente, no momento de sua incorporação ao ordenamento; ii) mesmo após o pacto internacional ter sido incorporado pelo modo tradicional, já na vigência da Emenda Constitucional nº 45/04, sob pena de vigorarem condições mais gravosas que as do cenário pré-Emenda; iii) e com a submissão à posterior aprovação pelo rito qualificado do §3º do art. 5º daqueles tratados que tenham sido incorporados ao nosso ordenamento jurídico anteriormente à Emenda nº 45/04, para que assim não sejam defenestrados do patamar hierárquico constitucional nada menos do que os principais diplomas de direitos humanos vigentes no âmbito das Nações Unidas e já ratificados pelo Brasil.

II.1.3- Como as alterações promovidas pela EC nº 45/04 não retiraram a exclusividade da representação do Brasil no exterior por parte do Chefe do Poder Executivo da União, aflorando no âmbito do Congresso Nacional a intenção de inserir em nossa ordem constitucional direitos humanos veiculados por pactos internacionais ainda não celebrados pelo Presidente da República, sua realização deverá se dar necessariamente por emenda constitucional. Porém, neste caso as consequências não serão as mesmas, já que o texto do pacto internacional, como um todo, deixará de fazer parte do Bloco de Constitucionalidade, repercutindo na redução da margem hermenêutica para a identificação das normas a serem dele extraídas.

II.2.1- O Congresso Nacional não pode alterar ou aprovar a equivalência constitucional de apenas uma parte do texto do tratado ou da convenção internacional sobre direitos humanos porque o texto assim alterado ou suprimido não consistirá mais no mesmo pacto celebrado pelo país na ordem internacional, mas sim num outro instrumento

normativo de natureza interna. Como o Poder Legislativo não exerce a Soberania em âmbito internacional, ele carece, portanto, da prerrogativa para a negociação e consequente ressalva de itens dos pactos internacionais. Por outro lado, o texto do §3º do art. 5º da Constituição não contém o termo “*discussão*”, como na co-respectiva hipótese das emendas constitucionais, nem se refere à aprovação “*dos direitos humanos previstos nos tratados e convenções internacionais*”, mas à aprovação destes diplomas como um todo (“*tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos*”).

II.2.2- Na hipótese de concentração dos atos de incorporação do diploma normativo internacional e atribuição do *status* normativo de equivalência às emendas constitucionais em uma mesma etapa, o Presidente da República figura como protagonista do processo legislativo, mantendo-se investido de discricionariedade para posteriormente deixar de efetivar a ratificação. Em relação aos tratados já definitivamente incorporados pelo procedimento tradicional, seja antes ou depois da vigência da EC nº 45/04, como o texto do §3º do art. 5º não faz menção ao Presidente da República, a hermenêutica jurídica recomenda uma interpretação estrita e em consonância com as normas concernentes ao Poder de Emenda, o que conduz à suficiência da aprovação do Congresso Nacional pelo rito mais rígido para que o diploma normativo seja dotado de equivalência constitucional, remanescendo o Presidente na mesma posição coadjuvante de legitimado à formulação da proposta.

II.2.3- A vigência interna dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos cujo processo de introdução no sistema jurídico seja concomitante à concessão do *status* de equivalência às emendas constitucionais inicia-se com a publicação do Decreto do Presidente da República, que divulga a promulgação do pacto internacional e acarreta a sua definitiva incorporação ao sistema jurídico interno. Mas em relação àqueles já incorporados, ou admitidos após a EC nº 45/04 somente com força de lei, e que só posteriormente venham a ser aprovados pelo rito do §3º do art. 5º, como a deliberação do Congresso Nacional exaure o processo legislativo, a vigência interna inicia-se nesta hipótese com a promulgação de equivalência, a ser veiculada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, de modo análogo às emendas constitucionais.

II.2.4- Concentrando-se as etapas de incorporação e aprovação de equivalência constitucional, se o tratado ou a convenção internacional não obtém o quorum de aprovação de 3/5 dos membros de cada Casa, mas chega ao mínimo da maioria simples exigida para a aprovação ordinária de qualquer outro diploma internacional, resulta que o Congresso Nacional recusou a qualificação normativa, mas aprovou sua incorporação. Somente é possível concluir pela recusa da incorporação se sequer a votação tenha atingido a maioria simples, por ser esta a solução que mais se coaduna com o reforço da valorização dos direitos humanos no ordenamento jurídico, já que do contrário eles enfrentariam óbices não opostos às demais matérias, resultando em uma disparidade constitucionalmente inadmissível.

II.3.1- Não é possível que um tratado ou convenção internacional, mesmo quando aprovado como equivalente às emendas constitucionais, passe a vigorar internamente no Brasil antes de sua vigência internacional. Do contrário, rompido completamente o vínculo originário, eles se transmudariam em ato normativo interno, perdendo sua natureza de ato internacional introduzido internamente, o que é absolutamente distinto. Não obstante, o Poder de Equivalência tornou mais complexa a temática da vigência dos pactos internacionais de direitos humanos, ao dar azo à possibilidade de uma segunda vigência interna, agora com o efeito de equivalência às emendas constitucionais, na hipótese em que a concessão deste status normativo for posterior à sua incorporação pelo modelo tradicional. O termo inicial desta nova vigência interna fica por conta do que deliberar o Congresso Nacional, em analogia com o que ocorre em relação às emendas à Constituição.

II.3.2- Os pactos de direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais podem ser denunciados porque apresentam uma dualidade funcional indelével, atuando seja como norma de hierarquia constitucional para aplicação interna, seja como norma obrigacional de direito público internacional. Muito embora os direitos humanos inseridos no ordenamento jurídico dificilmente possam dar causa a prejuízos internos, mas no máximo provocar um acréscimo de antinomias, já no âmbito obrigacional

externo a situação é diferente, podendo suceder que o tratado se torne prejudicial aos interesses do país. É por esta razão que a controvérsia relativa à possibilidade de supressão de direitos fundamentais, tendo sido gestada em um contexto cerrado, que contemplava uma única ordem jurídica confinada no bojo da Constituição, não vem a se adequar completamente no novo panorama jurídico. A viabilidade da denúncia não subverte a lógica do exercício da Soberania Nacional, preservando harmonia e convergência com as bases fundamentais do sistema jurídico; e ao mesmo tempo não conflita com o reforço dos direitos humanos em nossa ordem constitucional porque não proscree definitivamente os direitos previstos nos tratados, os quais, se favoráveis, podem retornar através de emenda à Constituição. Com o exercício do Poder Constituinte Derivado tradicional é reduzida a complexidade do processo legislativo, que passa a independer da sorte das relações internacionais; há um ganho de segurança jurídica frente à drástica redução do texto normativo de nível constitucional; e o país pode se desvencilhar de normas obrigacionais internacionais que se revelem prejudiciais aos interesses nacionais, sem abrir mão da constitucionalização de direitos humanos.

II.3.3- A denúncia deverá obedecer às regras intrínsecas ao diploma normativo internacional, à exemplo dos eventuais prazos de carência ou de eficácia da desvinculação. Assim como a aprovação de equivalência às emendas constitucionais não é condição suficiente *per se* para permitir a vigência interna do pacto internacional que ainda não tenha entrado em vigor externamente, se a denúncia tiver sua eficácia submetida a termo inicial diferido, ela somente implicará a exclusão do diploma normativo internacional do ordenamento jurídico nacional na mesma data em que produzir efeitos a desvinculação internacional. Mas se a prorrogação do termo final da vigência interna eventualmente vier a ser de tal maneira prejudicial aos interesses nacionais, ao ponto em que a urgência não recomendasse o aguardo da natural comunicação entre as ordens jurídicas, a suspensão imediata dos efeitos normativos do diploma internacional dentro do ordenamento jurídico do país poderá ser realizada por uma emenda à Constituição, a ser inserida no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – sendo este o espaço mais adequado para tanto.

II.3.4- Resta absolutamente vedado pelo sistema constitucional o ingresso de qualquer norma dotada de equivalência às emendas constitucionais que não tenha sido necessariamente aprovada por três quintos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação. As cláusulas de agregação automática de emendas produzidas pelos órgãos previstos no próprio diploma internacional, à exemplo do Artigo 47, 3, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, são em geral válidas quando incorporadas por tratados dotados da tradicional força de lei, porque nesta hipótese são impotentes para subverter a ordem normativa constitucional. Entretanto, quando inseridas em tratados qualificados com equivalência constitucional, como é o caso da Convenção, continuam passíveis de serem admitidas no ordenamento jurídico, mas limitadas ao status normativo meramente legal.

III.1- O advento da EC nº 45/04 trouxe uma ampliação do espectro constitucional dos direitos fundamentais, já que enquanto o §2º abarca apenas os *‘direitos e garantias’*, o §3º dota de equivalência constitucional mais normas do que exclusivamente os *‘direitos humanos’* que integram os *‘tratados e convenções internacionais’* sobre esta temática. A maior conformidade com a legítima manifestação constituinte veiculada pela Emenda respeita a formulação abrangente do dispositivo, representativa de uma opção pela admissão de uma maior extensão normativa com o status de emenda constitucional, não obstante sua irrefreável repercussão sistêmica, uma vez que não serão somente os direitos humanos do diploma normativo internacional o objeto considerado como equivalente às emendas constitucionais.

III.2- A extensão do texto da Convenção e de seu Protocolo Facultativo, que se apresenta no mesmo padrão formal de redação dos demais diplomas de direitos humanos, oferece um amplo suporte empírico para a derivação da maior parte das especulações possíveis a respeito dos aspectos materiais da incorporação dos pactos internacionais com equivalência às Emendas. A solução das questões materiais mais pujantes não se encerra na especificidade da Convenção, podendo ser aplicada aos demais tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos. Deste modo, o recurso à Convenção para a abordagem desta problemática, se por um lado finca as formulações teóricas na realidade presente, por outro transcende o seu universo material, servindo de

instrumental empírico às proposições teórico-abstratas mais abrangentes sobre a temática do Poder Constituinte Derivado de Equivalência às Emendas Constitucionais.

III.3- A ampliação do objeto da norma do §3º do art. 5º da Constituição, com sua extensão para mais que tão somente os direitos humanos, teve o escopo de explorar o total potencial normativo dos tratados e das convenções internacionais, através da incorporação de todo o seu regime jurídico, o que inclui também os princípios; os programas; as definições; e outras regras relevantes, mas não enunciadoras de direitos humanos. Como resultado da atuação constituinte, o regime jurídico dos tratados e convenções aprovados, além de servir à interpretação e à delimitação dos exatos contornos dos direitos humanos neles veiculados, passa a se agregar ao regime jurídico maior da Constituição, conferindo autonomia às demais espécies normativas que, ao se amalgamarem às suas normas, transcendem o âmbito dos diplomas de onde se originam para espraiar efeitos constitucionais dentro do universo maior do ordenamento jurídico.

III.3.1- Ao prever a incorporação dos *“tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos”*, o §3º deliberadamente abriu o espaço constitucional para muito mais que exclusivamente os direitos humanos e suas desinências, ao permitir o credenciamento com igual equivalência constitucional de todos os princípios do regime jurídico dos pactos internacionais e não só, e ainda assim eventualmente, daqueles obtidos a partir do elenco dos direitos humanos. Tais princípios, que do contrário teriam uma função exclusivamente hermenêutica, orientadora do sentido dos direitos humanos previstos no respectivo pacto internacional, passam também a espraiar efeitos internamente, atuando como vetores constitucionais do ordenamento jurídico e servindo como parâmetro de validade da legislação infraconstitucional. Dentre os possíveis princípios previstos nos diplomas internacionais, encontram-se aqueles: (i) veiculados através de enunciação explícita e diretamente relacionados a direitos humanos – *acessibilidade*; (ii) veiculados através de enunciação explícita e indiretamente relacionados aos direitos humanos – *cooperação internacional*; (iii) implícitos, que decorrem diretamente dos direitos humanos – *plena e efetiva participação e inclusão na sociedade*; (iv) implícitos, que não necessariamente são obtidos de alguma norma de direitos

humanos, mas também ostentam relevância ao se depreenderem do conjunto normativo expresso - *formação e capacitação de talentos*.

III. 3.2- Se não fossem igualmente incorporadas outras regras dos tratados e convenções internacionais, que não exclusivamente os direitos humanos, teriam sido deixadas de fora duas regras da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência que, ao lado de sua importância nevrálgica para o sistema de direitos do respectivo diploma normativo, são também as que acarretam maior repercussão em nossa ordem constitucional. A primeira delas é a expressa autorização genérica para a formulação de políticas afirmativas voltadas à concretização da efetiva igualdade material entre as pessoas portadoras de necessidades especiais e as demais pessoas, estabelecida através do inciso 4 do Artigo 5 da Convenção. A outra é a regra de observância da *reserva do possível* durante a implementação de um amplo rol de direitos fundamentais de natureza social, econômica e cultural, que pela primeira vez passou a ter expressa previsão no âmbito constitucional, com o Artigo 4, 2, da Convenção. É intrínseca à Convenção a consciência expressa de que grande parte dos direitos nela previstos dependem de implementação gradual, razão pela qual atrelou o dever de concretização dos diversos direitos humanos econômicos; sociais; e culturais nela previstos às condições materiais da realidade vivenciada pelos países membros, condicionando-a expressamente a “*tanto quanto permitirem os recursos disponíveis*”. A regra da reserva do possível não significa meramente um expediente de escusa, mas sim integra o próprio dever estatal, que é o dever de envidar o máximo de esforços no sentido da concretização destes direitos, e o máximo somente encontrará limites em “*tanto quanto permitirem os recursos disponíveis*”, isso tudo “*a fim de assegurar progressivamente o pleno exercício desses direitos*”, restando afastas as concepções utópicas imediatistas e impraticáveis e, ao mesmo tempo, a inércia de uma feição meramente programática. Por outro lado, a regra do Artigo 4, 2, da Convenção suplanta o contexto dos direitos dos portadores de necessidades especiais – sob a condição de se tornar discriminatória se válida apenas a estes – estendendo-se a todos os direitos fundamentais que demandem prestações positivas para a sua realização e para os quais a regra da reserva do possível é não só absolutamente pertinente, como imprescindível.

III.3.3- A veiculação de definições; conceitos; e de interpretação autêntica, ao facilitar a aplicação da Lei, afastando divergências doutrinárias e jurisprudenciais evitáveis, crescentemente deixou de ser considerada uma ingerência indevida ou até uma excentricidade por parte do legislador, para se impor como uma necessidade incontornável às legislações contemporâneas, editadas em um Mundo cada vez mais complexo e que assiste a uma crescente especialização técnica. A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, consistindo em um diploma normativo engendrado já no século XXI, que trata em boa parte da normatização de objetos técnicos especializados, valeu-se de definições, como as do seu Artigo 2, que convencionou o conceito, dentre outros, de ‘desenho universal’ e ‘adaptação razoável, normas estas que igualmente foram dotadas de equivalência às emendas constitucionais. A definição mais importante da Convenção foi veiculada por seu Artigo 1, que fixou o conceito de pessoa portadora de necessidades especiais, superando não só em hierarquia, mas em qualidade, a definição legal até então vigente em nosso ordenamento jurídico.

III.3.4- A abrangência do objeto da norma inserida no §3º do art. 5º da Constituição, pela EC nº 45/04, igualmente dotou de equivalência constitucional as normas programáticas de políticas públicas integrantes dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos assim admitidos. A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, em razão do nível de detalhamento dos instrumentos das políticas de conscientização (Artigo 8, 2), mais do que simplesmente a projeção, realizou a constitucionalização de uma política pública já praticamente definida – e não somente a previsão de seus elementos estruturantes e objetivos fundamentais, como o fez o art. 214 da CF/88, ao tratar do *plano nacional de educação*, dando azo a uma situação jurídica absolutamente *sui generis*. A partir de então, é possível abstrair o conceito de que uma *política pública é constitucionalizada* quando suas principais medidas já estão traçadas em nível constitucional, não cabendo mais a formulação propriamente dita pelos Poderes Públicos (as margens de liberdade do legislador e discricionariedade do administrador foram demasiadamente cerceadas), mas somente no seu desenvolvimento e execução – o que é substancialmente distinto da hipótese mais comum de *previsão constitucional para a realização (infraconstitucional) de uma política pública*.

III.4- Dentre as normas dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados como equivalentes às emendas constitucionais, existem aquelas que, em razão de aspectos como a ausência de pertinência temática; coerência sistêmica; e implicação lógica; não encontram espaço para sua execução com tais efeitos dentro do ordenamento interno, porque dizem respeito exclusivamente às obrigações do Estado no âmbito internacional. A inexistência de relevância para o cotidiano jurídico nacional da agregação, com efeitos constitucionais, de normas como a que estabelece as línguas em que estão redigidos os textos da Convenção considerados autênticos (Artigo 50); a que aponta o Secretário-Geral das Nações Unidas como depositário do diploma normativo; e as que tratam de temas como o da Conferência dos Estados Partes e do Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, é uma evidência pragmática que se encontra também fundada nas concepções de Soberania e de limitação do Poder Constituinte Derivado. A interpretação seletiva consiste em uma necessidade intransponível decorrente da dificuldade inerente ao objeto mais abrangente do §3º do art. 5º da Constituição, que adotou um termo mais amplo, como é o de “*tratados e convenções internacionais*”. Mesmo que o Poder Constituinte tivesse consignado expressamente que apenas poderiam adquirir equivalência com as emendas constitucionais as normas que tenham pertinência lógica para vigorar internamente, em nada mudaria a indispensável intervenção hermenêutica para a referida triagem porque, no que concerne às regras, que são a hipótese mais latente (mas não exclusiva) das normas de pertinência exclusivamente internacional, não seria possível discerni-las, a priori, dentre todas aquelas contidas no diploma normativo internacional, sem que o legislador se transfigurasse indevidamente em hermeneuta. Tal expressão normativa acabaria, portanto, tendo pouco efeito prático e, por outro lado, como o postulado da lógica subjaz ao sistema jurídico, já se impõe ao intérprete o dever teórico intransponível de obter os resultados mais plausíveis.

BIBLIOGRAFIA:

AGUADO, Juventino de Castro. *Os Tratados Internacionais e o Processo Jurídico-Constitucional*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 65, p. 311 e ss., out/2008.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Constituição, Relações Internacionais e Prevalência dos Direitos Humanos*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, v. 14, n. 57, p. 310-332, out-dez. 2006.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALVES, Alaôr Caffé. *Lógica – Pensamento Formal e Argumentação: Elementos para o Discurso Jurídico*. Bauru, SP: Edipro, 2000.

AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra. O Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra. *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo, Quartier Latin: 2009.

AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. *Tratados internacionais sobre direitos humanos: como ficam após a reforma do poder judiciário*. Consulex - Revista Jurídica, ano IX, n. 197, p. 38-39, 31 de mar. de 2005.

_____. *Tratados internacionais e bloco de constitucionalidade*. Consulex - Revista Jurídica - ano IX, n. 273, p. 58-59, 31 de maio de 2008.

_____. *Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos e o Pensamento de Celso Lafer*. São Paulo: no prelo.

ANDREOLA, Susana Cordenonsi. *Tratados Internacionais no Direito brasileiro e argentino*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 17, n. 67, p. 279-318, abr./ jun. 2009.

ARAÚJO, José Carlos Evangelista de; LEHFELD, Lucas de Souza. *Os tratados internacionais de direitos humanos no âmbito da Emenda Constitucional 45/2004*. Revista dos Tribunais, ano 95, v. 846, p. 97-116, abr. de 2006.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *O Federalismo Brasileiro, seus Característicos e a Vedação Material Contida no Art. 60, §4.º, I*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 18, p. 145 e ss., jan/1997.

ATALIBA, Geraldo. *Revisão Constitucional*. In: Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, v. 1, p. 877, maio/2011.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p. 10-30, out/dez. 2008.

BALSAN, Francys Layne. *A normatividade dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro*. Intertemas: Revista da Toledo - ano 10, v. 12, novembro de 2007.

BAQUER, Martin-Retortillo Lorenzo. *El debate sobre la constitucionalización de los derechos fundamentales de la Unión Europea*. Revista de Direito do Estado - v. 2, n. 8, p. 3-18, out./dez. 2007.

BARRETO, Paulo Ayres. *Emenda Constitucional*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 21, p. 160 e ss., out/1997.

BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades de Constituição brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____; BARCELLOS, Ana Paula. *O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*. Interesse Público, Porto Alegre, ano 5, n. 19, p. 51-80, mai./ jun. 2003.

BAZÁN, Victor. La Corte Suprema de Justicia Argentina y su rol en la articulación del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno. In: *Coletânea de estudos jurídicos*. Brasília: TSM, 2008.

BEZERRA, Hudson Luis Viana. *Classificação dos tratados e convenções no ordenamento jurídico brasileiro após a Emenda Constitucional nº 45/2004*. IOB Repertório de Jurisprudência Tributário, Constitucional e Administrativo - v. 1, n. 9, 1ª quinzena de maio de 2006.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BÖHM-BAWERK, Eugen von. *Teoria Positiva do Capital*. v. I. São Paulo: Nova Cultural, 1986.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2.182-6-MC/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento: 31-05-2000, DJ: 19-03-2004.

_____. HC nº 72.131-1/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. para o Acórdão Min. Moreira Alves, julgamento: 23/11/1995, DJ: 01-08-2003.

_____. HC nº 87.585-8/TO, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento: 03-12-2008, DJ: 26-06-2009.

_____. MS nº 21.689/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento: 16-12-93, DJ: 07-04-95.

_____. MS nº 24.041-5/DF, Rel. Min. Nelson Jobim, julgamento: 29/08/2001, DJ: 11/04/2003.

_____. RE nº 466.343-1/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento: 03-12-2008, DJ: 05-06-2009.

_____. RE nº 597.285-2-RG/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento: 17-09-2009, DJ: 08-10-2009.

BURDEAU, Georges; HAMON, Francis; TROPER, Michel. *Direito Constitucional*. Trad. 27ª ed. São Paulo: Manole, 2005.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *A Impossibilidade de Denúncia de Tratados Internacionais por Ato Privativo do Presidente da República (Uma Análise Crítica dos Argumentos Dominantes sobre o Assunto)*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 46, p. 339 e ss., jan/2004.

_____. *Tratados Internacionais Tributários, Emendas Constitucionais e Leis Complementares após a EC 45/2004. Mudou alguma coisa?* Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 59, p. 269 e ss., abr/2007.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcos Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha; *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARLOS, Vera Lúcia. *Discriminação nas relações de trabalho*. São Paulo: Editora Método, 2004.

CARPIZO, Jorge. La Reforma Constitucional de 1999 a los Organismos Protectores de los Derechos Humanos. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da (Org.). *Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.

CARVALHO, Weliton. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos Anteriores à Emenda Constitucional 45: O Problema do Status Normativo*. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, n. 8, p. 339-364, 2010.

CARVALHO RAMOS, André de. O Diálogo das Cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Orgs.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal - Balanço e Crítica*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011.

_____. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CALETTI, Leandro. *A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no cenário da Emenda à Constituição nº 45/2004: notas acerca da compulsoriedade do novo regime e da denúncia dos Tratados*. Revista da AGU, ano VI, n. 13, p. 153-176, ago/2007.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: *Arquivos de Direitos Humanos I*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *La Emancipación de la Persona Humana en la Reconstrucción del Jus Gentium*. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n. 47, p. 55-74, jul/dez. 2005.

_____; PEYTRIGNET, Gérard; RUIZ DE SANTIAGO, Jaime. *As Três Vertentes da Proteção Internacional dos Direitos da Pessoa Humana: Direitos Humanos, Direito Humanitário, Direito dos Refugiados*. San José, Costa Rica/Brasília: IIDH, 1996, p. 29-30.

CINTRA JÚNIOR, Dirceu Aguiar Dias. *A Prisão Civil do Depositário Infiel em face da Constituição Federal e dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 779, p. 135 e ss., set/2000.

COELHO, Bernardo Leôncio de Moura. *O bloco de constitucionalidade e a proteção à criança*. Revista de Informação Legislativa, ano 31, n. 123, p. 259-265, jul/set de 1994.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Os limites da Revisão Constitucional*. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, São Paulo, v.1, p. 915 e ss., maio/2011.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Emenda e Revisão na Constituição de 1988*. In: Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, v. 1, p. 861, maio/2011.

COPI, Irving M. *Introdução à lógica*. 2ª ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978.

COSTA, Aldo de Campos. *O debate legislativo a respeito do tratamento a ser dispensado aos tratados de direitos humanos anteriores à Emenda Constitucional nº 45, de 2004*. Boletim IBCCrim - ano 18, n. 211, junho de 2010.

COSTA, José Augusto Fontoura; GOMES, Ana Virgínia Moreira. *O §3.º do Art. 5.º da CF/88 e a Internalização da Convenção 87 da OIT*. Revista de Direito do Trabalho, São Paulo, v. 125, p. 115 e ss., jan/2007.

COUTINHO, Sérgio. *A proteção à pessoa com deficiência*. Revista Jurídica Consulex - v. 13, n. 310, dezembro de 2009.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência Doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) Comentada artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O futuro do Estado*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DESCARTES, René. *Discurso do Método*. Lisboa: Edições 70, 1993.

DIAS, Caio Gracco Pinheiro. *Da omissão à confusão: os problemas da Emenda Constitucional nº 45 no tocante ao processo de incorporação de tratados ao ordenamento jurídico brasileiro*. Boletim IBCCrim, ano 13, n. 152, p. 2-3, jul/2005.

ESTEVES, João Luiz M. *Direitos fundamentais sociais no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Editora Método, 2007.

FARIA, José Eduardo. *Sociologia Jurídica: direito e conjuntura*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Critérios Científicos para a Solução dos Conflitos Aparentes entre Tratados Internacionais e a Constituição Federal*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 855, p. 30 e ss., jan/2007.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Mutação, Reforma e Revisão das Normas Constitucionais*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 5, p. 5 e ss., out/1993.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Deficiente na Perspectiva da Antropologia Filosófica*. São Paulo, Revista do Advogado - AASP, v. 27, n. 95, p. 140-153, dez. 2007.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Significação e Alcance das “Cláusulas Pétreas”*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 13, p. 5 e ss., out/1995.

FIX-ZAMUDIO, Hector. *Proteccion juridico constitucional de los derechos humanos de fuente internacional en los ordenamientos de latino-america*. Revista da Faculdade de Direito da UFMG - n. 47, julho a dezembro de 2005.

FRANCISCO, José Carlos. Bloco de constitucionalidade e a recepção dos tratados internacionais. In: *Reforma do Judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Reforma Constitucional e o Problema da Superioridade Hierárquica dos Tratados frente às Leis Internas*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 27, p. 143 e ss., abr/1999.

GARCIA, Maria. *A Constituição e os Tratados: a integração constitucional dos direitos humanos*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 37, p. 38 e ss., out/2001.

_____. *Tratados Internacionais. Denúncia. Necessidade da Participação do Poder Legislativo. O Princípio Constitucional da Tripartição dos Poderes*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 21, p. 92 e ss., out/1997.

GICQUEL, Jean; HAURIOU, Andre. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 10ª ed. Paris: Montchrestien, 1989.

GOMES, Eduardo Biacchi. *Tratados Internacionais: um ensaio sobre alguns aspectos relevantes nos ordenamentos jurídicos brasileiro e norte-americano*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 46, p. 317 e ss., jan/2004.

GUIMARÃES, Ulysses. Discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988, publicado no DANC de 5 de outubro de 1988, p. 14380-14382.

HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. *Hermenêutica constitucional*. 2ª impr. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

_____. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

HORTA, Raul Machado. *Permanência e Mudança na Constituição*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 1, p. 1121 e ss., out/1992.

IKAWA, Daniela Ribeiro. Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (1999). In: *Código de direito internacional dos direitos humanos anotado*. São Paulo: DPJ Editora, 2008.

INACARATO, Márcio A.. *Limitações ao Poder Constituinte de Revisão – Princípios Doutrinários*. In: *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, São Paulo, v.1, p. 1013 e ss., maio/2011.

JOSINO NETO, Miguel. *O bloco de constitucionalidade como fator determinante para a expansão dos direitos fundamentais da pessoa humana*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 61, janeiro de 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3619/o-bloco-de-constitucionalidade-como-fator-determinante-para-a-expansao-dos-direitos-fundamentais-da-pessoa-humana>>. Acesso em: 11/out/2012.

JUBILUT, Liliana Lyra. *A aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos pelo STF*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 72, p. 78 e ss., out/2009.

KAUSS, Laís Fraga. *A incorporação de tratados de direitos humanos*. Revista IOB Trabalhista e Previdenciária - v. 21, n. 252, p. 207-211, jun./ 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LAFER, Celso. *A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações internacionais*. Barueri, SP: Manole, 2005.

LEAL, Roger Stiefelmann. Pluralismo, políticas públicas e a Constituição de 1988: considerações sobre a práxis constitucional brasileira 20 anos depois. In: *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009.

LIMA, Éric Alexandre Lavoura. *A incorporação de tratados de direitos humanos em face da EC 45/2004: o caso da prisão de depositário infiel*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 15, n. 69, p. 200-236, nov./dez. de 2007.

LOJO, Mário Vitor Suarez. Novo bloco de constitucionalidade: plenitude da Justiça do Trabalho. In: *Reforma do Judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.

LOPES, Glaucia Gomes Vergara. *A Inserção do Portador de Deficiência no Mercado de Trabalho: A Efetividade das Leis Brasileiras*. São Paulo: Editora LTr, 2005.

LOPES, Lais Vanessa C. de Figueiredo. *Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência - nova ferramenta de inclusão*. Revista do Advogado – AASP, v. 27, n. 95, p. 56-64, dez. de 2007.

LUPI, André Lipp Pinto Basto. *A aplicação dos tratados de direitos humanos no Brasil a partir da EC 45/2004*. Revista dos Tribunais, ano 95, v. 847, p. 11-24, maio de 2006.

MAGALHÃES, José Carlos. *O STF e as Relações entre Direito Interno e Internacional*. In: Doutrinas Essenciais de Direito Internacional, São Paulo, v. 1, p. 1077 e ss., fev/2012.

MAIOR, Isabel de Loureiro. *Pessoas com deficiência e direitos constitucionais*. Revista Jurídica Consulex - v. 14, n. 326, agosto 2010.

MARINHO, Josaphat. *Constituição e Poder Constituinte*. In: Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, São Paulo, v. 1, p. 481 e ss., maio/2011.

MARQUES, Claudia Lima; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Consumidor-Depositário Infiel, os Tratados de Direitos Humanos e o Necessário Diálogo das Fontes Nacionais e Internacionais: a Primazia da Norma Mais Favorável ao Consumidor*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 70, p. 93 e ss., abr/2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Espectro e Limitações das Normas Inalteráveis da Constituição*. In: Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, São Paulo, v. 1, p. 925 e ss., maio/2011.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O novo §3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia*. Revista de Informação Legislativa: Brasília, a. 42, n. 167, p. 93-114, jul./set. 2005.

_____. *O Poder Legislativo e os Tratados Internacionais: O Treaty-Making Power na Constituição de 1988*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 38, p. 9 e ss., jan/2002.

_____. *Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro*. Revista dos Tribunais, v. 889, p. 105 e ss., nov/2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Os Limites da Revisão Constitucional*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 21, p. 69 e ss., out/1997.

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

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *A internacionalização do Direito Constitucional*. In: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; PETERSEN, Zilah Maria Callado Fadul (Coord.). *Coletânea de estudos jurídicos*. Brasília: TSM, 2008.

MIGUEL, Alexandre. *A Constituição Brasileira e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 3, p. 25 e ss., fev/2006.

MIRANDA, Jorge. *Poder Constituinte*. In: Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, São Paulo, v. 1, p. 435 e ss., maio/2011.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Anais do XIII Encontro Nacional de Direito Constitucional – Direitos Humanos Fundamentais: Associação Brasileira dos Constitucionalistas – Instituto Pimenta Bueno*. São Paulo: Escola Superior de Direito S/C Ltda., 2005.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Direitos Humanos e Constituição. O “novo” da EC 45/04*. Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, v. 29, n. 62, p. 53-87, jul./dez. 2005.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da constituição*. São Paulo: Editora Método, 2008.

NAVARRETE, Antonio Maria Lorca. *La influencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español*. Revista de Informação Legislativa - v. 27, n. 107, p. 315-334, jul. / set. 1990.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2007.

_____. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2009.

OLIVEIRA, Diogo Pignataro. *Os tratados de direitos humanos na contemporaneidade e sua aplicabilidade dentro da nova concepção constitucional brasileira: uma análise crítica a teor do §3.º do art. 5.º da CF/88*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, ano 16, n. 64, p. 297-323, jul.-set. de 2008.

PALADINO, Carolina de Freitas. *A recepção dos tratados de direitos humanos, uma velha discussão com uma nova roupagem após a reforma do Judiciário advinda com a Emenda Constitucional nº 45, de 2004 - Parte I*. IOB Repertório de Jurisprudência Tributário, Constitucional e Administrativo, v. 1, n. 22, p. 933-927, 2ª quinzena de nov./2008.

_____. *A recepção dos tratados de direitos humanos, uma velha discussão com uma nova roupagem após a reforma do Judiciário advinda com a Emenda Constitucional nº 45, de 2004 - Parte II*. IOB Repertório de Jurisprudência Tributário, Constitucional e Administrativo, v. 1, n. 23, p. 977-972, 1ª quinzena de dez./2008.

PFAFFENSELLER, Michelli. *A (In)eficácia do §3.º do Art. 5.º da CF/88 como Norma de Integração dos Direitos Humanos Provenientes de Tratados Internacionais*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 58, p. 335 e ss., jan/2007.

PIOVESAN, Flávia. *A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos*. In: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; PETERSEN, Zilah Maria Callado Fadul (Coord.). *Coletânea de estudos jurídicos*. Brasília: TSM, 2008.

_____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Direitos humanos e justiça internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da (Org.). *Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Federalização dos Crimes contra os Direitos Humanos*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 54, p.169 e ss., maio/2005.

_____. *Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a Constituição Federal de 1988*. Boletim IBCCrim - ano 13, n. 153, p. 8-9, agosto de 2005.

POPPER, KARL. *Sociedade Aberta Universo Aberto*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1995.

PRELOT, Marcel; BOULOUIS, Jean. *Institutions politiques et droit constitutionnel*. 11ª ed. Paris: Précis Dalloz, 1990.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Os tratados sobre direitos humanos no direito constitucional brasileiro pós-emenda constitucional*. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Orgs.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

REDIN, Giuliana. *Crítica ao §3º do Art. 5º da CF/1988 à Luz da Internacionalização dos Direitos Humanos*. Revista de Direito Constitucional e internacional, São Paulo, v. 59, p. 345 e ss., abr/2007.

REZEK, Francisco. *Direito internacional público*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro após o advento da Emenda Constitucional 45/2004. In: *Os 20 anos da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009.

RODAS, João Grandino. *A Constituinte e os Tratados Internacionais*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 624, p. 43 e ss., out/1987.

ROSS, Alf. *On Self Reference and a Puzzle in Constitutional Law*. In: Mind, New Series, Vol. 78. No. 309 (Jan., 1969), p. 1-24. Oxford University Press on behalf the Mind Association.

_____. Direito e Justiça. Bauru: Edipro, 2003.

ROZNAI, Yaniv; YOLCU, Serkan. *An unconstitutional constitutional amendment—The Turkish perspective: A comment on the Turkish Constitutional Court's headscarf decision*. International Journal of Constitutional Law, 2012, Vol. 10(1), p.175-207.

SAÏDJ, Luc. *Le Parlement et Les Traités: La loi relative à la ratification ou à l'approbation des engagements internationaux*. Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1979.

SAMPAIO, Nelson de Souza. *O Poder de Reforma Constitucional*. Salvador, Livraria Progresso, 1954.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional brasileiro*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 14, n. 57, p. 06-48, out.-dez. 2006.

_____. *Direitos Fundamentais e Tratados Internacionais em Matéria de Direitos Humanos: Revisitando a Discussão em Torno dos Parágrafos 2º e 3º do Art. 5º da Constituição Federal de 1988*. In: NEVES, Marcelo (Cord.). *Transnacionalidade do Direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SCHIAVI, Mauro. *Comentários às Questões Polêmicas e Atuais dos Concursos: Magistratura e Ministério Público do Trabalho*. Vol. I. São Paulo: Editora LTr, 2008.

SCHIER, Paulo Ricardo. Hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos e a EC 45: aspectos problemáticos. In: *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SCHMITT, Carl. *Dottrina della costituzione*. Milano: Giuffrè Editore, 1984.

_____. *Teoría de La Constitución*. Madrid: Editoria Revista de Derecho Privado, 1934.

SEGADO, Francisco Fernandez. *El Juez Nacional como Juez Comunitario Europeo de Derecho Comun. Las Transformaciones Constitucionales Dimanantes de Ello*. Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, v. 29, n. 62, p. 9-37, jul./dez. 2005.

_____. *La teoria juridica de los derechos fundamentales en la Constitucion Espanola de 1978 y en su interpretacion por el Tribunal Constitucional*. Revista de Informação Legislativa - v. 31, n. 121, p. 69-102, jan. / mar. 1994.

SEITENFUS, Ricardo; VENTURA, Deisy. *Introdução ao direito internacional público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SICHES, Luis Recaséns. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*. México: Editorial Porrúa, 1973.

SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Luiz Alberto. *A Impossibilidade de Prisão do Depositário Infiel, o Pacto de São José e a Decisão do Supremo Tribunal Federal*. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 4, p. 121 e ss., out/2000.

SILVA, Virgílio Afonso da. Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e ordem internacional. In: NEVES, Marcelo (Cord.). *Transnacionalidade do Direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SIEYÈS, Emmanuel. *Qu'est-ce que le tiers État*. Genève: Librairie Droz, 1970.

TAVARES, André Ramos. *A Categoria dos Preceitos Fundamentais na Constituição Brasileira*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 34, p. 105 e ss., jan/2001.

_____. *Reflexões sobre a Legitimidade e as Limitações do Poder Constituinte, Da Assembleia Constituinte e da Competência Constitucional Reformadora*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 21, p. 221 e ss., out/1997.

VERDÚ, Pablo Lucas. Los Derechos Humanos como “Religión Civil”. Derechos Humanos Y Concepción del Mundo y de la Vida. Sus Desafíos Presentes. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003.

VIGO, Rodolfo. Presente de los derechos humanos y algunos desafíos - con motivo de la reforma de la Constitución Nacional de 1994. In: *Jurisdição e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; AJURIS, 2005.

VITTA, Heraldo Garcia. *Tratados internacionais de direitos humanos: visão crítica*. BDA - Boletim de Direito Administrativo, v. 26, n. 6, p. 661-676, jun. de 2010.

ZISMAN, Célia Rosenthal. *Os direitos fundamentais e os direitos humanos: a fundamentalidade formal e a fundamentalidade material*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 17, n. 67, p. 32-51, abr./ jun. 2009.