

**CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**A FORÇA NORMATIVA DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS
EQUIVALENTES ÀS EMENDAS CONSTITUCIONAIS**

Carlos Eduardo Sindona de Oliveira

Presidente Prudente/SP

2017

**CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**A FORÇA NORMATIVA DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS
EQUIVALENTES ÀS EMENDAS CONSTITUCIONAIS**

Carlos Eduardo Sindona de Oliveira

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito sob orientação do Prof. Doutorando Caíque Tomaz Leite da Silva.

Presidente Prudente/SP

2017

**A FORÇA NORMATIVA DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS
EQUIVALENTES ÀS EMENDAS CONSTITUCIONAIS**

Monografia aprovada como requisito
parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

Prof. Doutorando Caíque Tomaz Leite da Silva

Orientador e Presidente da Mesa

Prof. Doutor Sérgio Tibiriçá Amaral

Examinador

Prof. Mestre Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues

Examinador

Dedico o presente trabalho ao tripé que é o esteio de minha vida: minha família que tanto tem fé em mim; minha esperança de ver um dia triunfar o Direito e a Justiça sobre as mazelas que afligem a humanidade; e o meu Deus tão amado que me ama mais do que tudo.

"Espera no Senhor e faze o bem: assim permanecerás na terra e terás segurança. Põe no Senhor tuas delícias e ele te dará o que teu coração pede. Entrega ao Senhor o teu futuro, espera nele, que ele vai agir. Fará brilhar como luz tua justiça e o teu direito como o meio-dia". Salmo 36 (37), 3-6.

"Tenhamos fé em que o direito faz a força; e, com essa fé, ousemos cumprir até ao fim o nosso dever, assim como entendemos que ele seja". Abraham Lincoln. (A mensagem de Lincoln - seleção de discursos, cartas e outros escritos do grande líder democrático. 1964. Notas de T. Harry Williams. Tradução de Raul de Polillo. Biblioteca Clássicos da Democracia. N° 16. P. 130. Discurso no Instituto Cooper em Nova York, 27 de fevereiro de 1860. São Paulo: IBRASA).

"Ora, de dois modos, algo vem a ser justo. 1º Pela própria natureza da coisa. 2º Por uma certa convenção estabelecida entre os homens, o que se denomina direito positivo [...]. As leis se escrevem para declarar um e outro direito". Santo Tomás de Aquino (Suma Teológica II-II, q. 60, a. 5, resp.).

AGRADECIMENTOS

Agradeço, antes de tudo, a Deus e à Virgem Santíssima pelo amor imerecido que sempre me deram.

Congratulo também o Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo por ter me permitido ter acesso ao extraordinário universo do Direito.

Especialmente, agradeço ao meu orientador, Prof. Doutorando Caíque Tomaz pelo desenvolvimento intelectual que tanto lhe devo, e ao Prof. Mestre Daniel Colnago, meu amigo e espelho de profissional.

Como não poderia ser diferente, agradeço muito ao nosso coordenador, Prof. Doutor Sérgio Tibiriçá que lá estava no primeiro dia, e que tenho certeza estará no último da faculdade e em todos os demais de minha vida.

Por fim, agradeço a meus queridos pais, José Carlos e Ana Maria, pelos dons supremos da vida, do caráter e do amor, e aos meus irmãos Ana Carolina e João Gabriel, pela união que sempre tivemos e teremos.

RESUMO

O escopo fundamental da presente monografia é tentar responder a seguinte questão: do ponto de vista hermenêutico, qual é a importância de se conferir aos tratados e convenções de direitos humanos, a equivalência de emenda constitucional prevista no art. 5º, § 3º da Carta Magna? Ou melhor dizendo: quais são as particularidades que a aprovação do tratado sob a regência do rito especial acarreta? Nascido para tentar equalizar o grande embate entre o constitucionalismo e o Direito Internacional, o § 3º do art. 5º foi inserido na Carta Política através da Emenda Constitucional nº 45 de 8.10.2004, para dar paridade entre os mais relevantes pactos que a nação assina e a própria Constituição. Como isso se deu? O que desejou o constituinte derivado ao estatuir o dispositivo? (In)felizmente, até hoje, apenas três tratados foram internalizados pelo Congresso Nacional através do procedimento de emenda, o que dificulta a sua aplicabilidade prática. No entanto, acima de qualquer dúvida, a importância desse procedimento diferenciado de internalização das convenções de direitos humanos, não pode ser comparada à internalização dos outros tratados, o que reforça a necessidade de poder classificar diferenciadamente os efeitos de um e outro procedimento.

Palavras-chave: Direito Internacional. Direito Constitucional. Poder Constituinte Internacional. Equivalência de Emenda Constitucional. Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos.

ABSTRACT

The goal of this monograph is to try to answer the following question: by an hermenutical point of view, what is the importance of to give to the treaties and human rights conventions, the equivalence of a constitutional aemendment, such as states the 5th article, § 3° of Brazilan's Constitution? Or in other words: which are the particularities that the approval of the treatie by the special process takes? Born to try equalize the great fight between the constitutionalism and International Law, the § 3° of article 5th was introduced to the Constitution by the Fourty-five Amendment of October the eight, 2004, to give parity among the most relevant agreements that the nation signs and the Constitution itself. How did this happen? What was wished by the framers to create the device? (Un)fortunately, until today, only three treaties have been internalized by Congress through the amendment procedure, which makes dificult its practical applicability. However, beyond any doubt, the importance of this special procedure of internalization of human rights conventions, can not be compared to the internalisation of other treaties, which reinforces the need to rate differently the effects of either procedure.

Keywords: International Law. Constitutional Law. International Constitutional Power. Constitutional amendment equivalence. International treaties of human rights.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. O DIREITO CONSTITUCIONAL	11
2.1. Constituição e constitucionalismo	11
2.2. Poder constituinte	16
2.3. O desejo de supremacia e a rigidez constitucional	19
2.4. O controle de constitucionalidade	22
3. O DIREITO INTERNACIONAL	31
3.1. Conceito, desenvolvimento, e objetivo	31
3.2. O <i>pacta sunt servanda</i> - o Direito interno e o Direito Internacional	37
3.3. A constitucionalização do Direito Internacional	42
3.4. O controle de convencionalidade	46
3.5. Conclusões e críticas	54
4. A CONSTITUIÇÃO E OS TRATADOS NO DIREITO BRASILEIRO	58
4.1. Gênese e correntes doutrinárias do art. 5º, § 2º	58
4.1.1. Constitucionalista – hierarquia legal	60
4.1.2. Internacionalista – hierarquia constitucional	62
4.2. Introdução dos §§ 3º e 4º pela EC/45	66
4.2.1. História do texto da Câmara	66
4.2.2. História do texto do Senado	70
4.3. Corrente supralegalista – posição atual do STF	73
4.4. Críticas às três correntes - interpretação conjunta dos §§ 2º, 3º e 4º	77
4.4.1. Normas de repetição	84
4.4.2. Anomias	85
4.4.3. Antinomias	86
4.5. A força normativa dos tratados equivalentes às emendas constitucionais	88
4.6. Alterações na Constituição por Tratados	96
4.6.1. Antinomias entre a Lei Maior e o Estatuto do TPI	96
4.6.2. Antinomias entre a Lei Maior e os DLs 186/2008 e 261/2015	100
5. CONCLUSÃO	108
BIBLIOGRAFIA	112

1. INTRODUÇÃO

A presente monografia teve por escopo fundamental consolidar as reflexões colhidas durante os quatro anos em que o autor integrou o grupo de pesquisa do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo, sob a sempre atenta orientação do professor Doutorando Caíque Tomaz Leite da Silva.

Desde o início do curso, nos idos de 2013, quando o autor ainda engatinhava em conceitos tão abstratos como “Constituição”, “supremacia da Constituição”, “Direitos humanos”, “*pacta sunt servanda*” e “Direito Internacional”, foi-lhe apresentando uma magnífica e extremamente polêmica controvérsia não resolvida pela doutrina e jurisprudência envolvendo os §§ 2º a 4º do art. 5º da Carta Magna, qual seja: a importância normativa dos tratados de direitos humanos no ordenamento brasileiro.

Rezam os citados dispositivos da Lei Suprema:

Art. 5º [...]

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

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

O mistério hermenêutico contido nessas oitenta e três palavras do texto constitucional já proporcionou a edição de rios de tinta envolvendo estudiosos de ambos os ramos do Direito Público, sem nunca conseguir estabilizar um entendimento que supere as vaidades unissubjetivamente definidas dos seus autores (OLIVEIRA; SILVA, 2015, 187), o que acaba por emascular o debate e tornar quase nula a realização judicativa da matéria.

Já se antecipa que nada menos do que três correntes se prontificaram a tentar equalizar uma interpretação para os dispositivos citados: a corrente constitucionalista; a corrente internacionalista, e a corrente supralegalista, mas todas as três encontram objeções seríssimas que não são respondidas a contento.

Diante de um quadro tão rico de divergências, não poderia este autor saciar sua curiosidade de outra forma que não fosse através da imersão total no estudo das três correntes, no intuito de ao final ponderar uma visão própria, leia-se, original, que talvez venha corresponder melhor ao dever de equilíbrio entre a Constituição e os Tratados de Direitos Humanos, o qual parece ser a derradeira bússola a ser seguida em meio a esta tempestade.

Mas por que foi dito no início desta introdução que esta monografia “consolidou” as observações do autor sobre este conhecido, para não dizer já “clássico”, imbróglgio envolvendo o Direito Constitucional dos Direitos Fundamentais e o Direito Internacional dos Direitos Humanos?

A resposta para essa questão é bem simples: é que em pesquisas anteriores já publicadas¹, e em outras duas que ainda aguardam publicação², o escriba dessas linhas pôde tecer suas observações na querela de forma fatiada, sendo do seu desejo que nesta monografia, todas essas considerações esparsas possam ser consolidadas, leia-se unidas, em um único texto corrido de conclusão do curso.

Desde já pede-se paciência ao leitor e vênia às posições divergentes, vez que este autor reconhece a delicadeza do debate, e não deseja em absoluto esvaziar a matéria. Não obstante, pugna-se também por um pouco de respeitosa indolência crítica, pois de outra forma seria impossível a proposição de novas e salutares interpretações para as controvérsias que sempre surgirão em uma ciência da razão prática como é o Direito.

Vale sublinhar ainda que foi adotada a metodologia clássica da investigação científica, a qual conjuga como tripé essencial da busca pela cognição

¹ Elaboradas conjuntamente com o professor orientador, foram realizadas diversas pesquisas durante o transcurso dos quatro anos em que este autor integrou o grupo de pesquisa. O primeiro deles foi publicado originalmente na Revista dos Tribunais (OLIVEIRA, Carlos Eduardo Sindona de; SILVA, Caíque Tomaz Leite da. O décimo aniversário da Emenda 45 e a posição hierárquica dos tratados de direitos humanos. 2015. *In*: Revista dos Tribunais. Ano 104. Vol. 952. Fevereiro. São Paulo: RT) e republicado na Revista de Direito Público da Universidade Estadual de Londrina (SILVA, Caíque Tomaz Leite da Silva. OLIVEIRA, Carlos Eduardo Sindona de. O Décimo Aniversário da Emenda 45 e a Posição Hierárquica dos Tratados de Direitos Humanos. Revista do Direito Público. Londrina, v.11, n.1, p.137-162, jan/abr.2016. DOI: 10.5433/1980-511X.2016 v11n1p137. ISSN: 1980-511X).

² Intituladas de “A proteção interconstitucional do não nascido” e “Aproximação histórico-dialética da consolidação federativa e o Direito Internacional”, estas duas pesquisas que estão no prelo com o professor orientador e aguardando publicação, tocam perpendicularmente no imbróglgio específico envolvendo a soberania do Direito Constitucional e o primado do Direito Internacional, mas elas serão também “consolidadas” nesta monografia.

da verdade a abrangência das fontes, o conhecimento do *status questionis*, e a variedade de perspectivas.

Por “abrangência das fontes” deve-se entender a interdisciplinaridade do conteúdo aqui discutido, a qual abrange tanto as perspectivas, os anseios e desejos do Direito Constitucional quanto do Direito Internacional dos Direitos Humanos, sem discriminar ou rechaçar *ad limine* nenhuma das vozes divergentes.

A inteligência do “*status questionis*”, por sua vez, separa a real erudição do mero palpite (CARVALHO, 2006), ao exigir que o estudioso tenha conhecimento da evolução dos debates desde o início em que eles foram propostos até hoje.

Por fim, a “variedade de perspectivas” se relaciona umbilicalmente com as outras duas obrigações aventadas acima, pois ela demanda que o investigador una os conhecimentos adquiridos pela vasta bibliografia consultada juntamente com a habilidade de ver o problema como os grandes autores o viram, contrastando e comparando as posições de forma a rejeitar aquelas que não se sustentarem, e acolher as que se mantiverem.

Sendo assim, e em decorrência do dever que se impõe de iniciar o raciocínio de algum lugar, partir-se-á do estudo do Direito Constitucional, passando posteriormente para a investigação do Direito das Gentes.

2. O DIREITO CONSTITUCIONAL

2.1 Constituição e constitucionalismo

Antes de qualquer outra observação, forçoso começar esta exposição questionando a legitimidade intrínseca do Direito Constitucional materializada pela pergunta-base: o que é uma Constituição?

Na realidade, o termo “Constituição” é polifônico (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2013, pp. 31-32; VERGOTTINI, 1999, pp. 143-144), reproduzindo uma série de diferentes significados dependendo do enfoque funcional no qual a palavra é utilizada.

Na lição de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, a definição atual de Constituição deriva da ideia de norma fundamental, a qual foi o centro gravitacional da obra de Hans Kelsen³, e que pode ser descrita como aquela norma que “numa determinada comunidade política, *unifica*, e confere *validade* às suas [demais] normas jurídicas, as quais, em razão e a partir dela, se organizam e/ou se estruturam em *sistema*” (2010, p. 45, grifado pelos autores)⁴.

A denominação dessa “comunidade política” é o Estado, “*la massima forma organizzata del potere politico, [...] un ente, indipiente a fini generali che comprende necessariamente la popolazione che è stabilita su un certo territorio*” (VERGOTTINI, 1999, pp. 79-80)⁵.

Assim, em linhas mestras, indissociáveis os conceitos de “Constituição” e de “Estado”, sendo que para José Afonso da Silva:

³ Conforme a clássica definição do mestre austríaco: “Através das múltiplas transformações por que passou, a noção de Constituição conservou um núcleo permanente: a ideia de um princípio supremo determinando a ordem estatal inteira e a essência da comunidade constituída por essa ordem. Como quer que se defina Constituição, ela é sempre o fundamento do Estado, a base da ordem jurídica [...]” (KELSEN, 2003, p. 130)

⁴ Da mesma forma, Sahid Maluf (2011, p. 211, grifo original) leciona que: “na Ciência do Estado essa palavra tem dupla acepção: *lato sensu*, é o conjunto dos elementos estruturais do Estado, sua composição geográfica, política, social, econômica e administrativa; e *stricto sensu*, é a lei fundamental do Estado”.

⁵ “[...] a máxima forma organizada do poder político [...] um ente que, independentemente do fim geral, compreende necessariamente a população que se estabiliza em um certo território” (tradução nossa). Por sua vez, Toru Yamamoto (2000, p. 126) adota o conceito de Santi Romano, para quem a definição de “Estado”, seria simplesmente “toda ordenação jurídica territorial soberana, isto é, originária”.

A constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais; um sistema de norma jurídicas escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos e os limites de sua ação. (SILVA, 2013, pp. 39-40, grifo original).

No entanto, para Ferdinand Lassalle, definir “Constituição” pela sua função (regular o Estado), e não exatamente pela sua essência (o que ela é), não responde de forma satisfativa à pergunta inicial mencionada no início, razão pela qual para ele, no fundo, os problemas constitucionais não são problemas de “Direito” e sim de “Poder”, pois existe uma cristalina diferença entre as Constituições reais e as meramente escritas, sendo as primeiras as que efetivamente estabelecem a distribuição do poder no Estado e as segundas aquelas que perdem o seu poder normativo ao ficarem à mercê dos institutos políticos que regem o Estado (LASSALLE, 2002, pp. 37-38 e 71-75).

Nesse contexto, na visão daquele jurista, esse “Poder” do Estado, o qual está de alguma forma acima da própria Constituição, precisa ser em si mesmo uma força legítima, capaz de representar, sem qualquer contestação (LIMA, 1996, p. 15), o direito que o próprio Estado tem de se construir, no exercício legítimo de sua soberania e liberdade⁶.

Todavia, a mera constatação de que deve existir um poder legítimo que venha a construir o Estado, *não torna qualquer estrutura estatal legítima*, pois como bem lecionou John Locke, como os homens não são confiáveis no governo, para o bem de todos é melhor que um Poder controle outro Poder (apud MARTINS, 2016, p. 28)⁷.

⁶ Nesse sentido: “Na sua expressão inicial e mais elevada de poder de auto-ordenação, o poder constituinte material entremostra-se de exercício raro, ainda que permaneça latente em toda a existência do Estado, pronto a emergir e a atualizar-se em qualquer instante. [...] Poder constituinte equivale à capacidade de escolher entre um ou outro rumo [...]. E nele consiste o conteúdo essencial da soberania (na ordem interna), porquanto soberania significa faculdade originária de livre regência da comunidade política mediante a instrução de um poder e a definição do seu estatuto jurídico. [...] O nascimento do Estado coincide com a sua primeira Constituição” (MIRANDA, 2011, pp. 212-213).

⁷ Não é por outro motivo que, conforme se demonstrará, o movimento constitucionalista foi fundamental para estabelecer os dois requisitos indispensáveis que conferem à organização estatal, uma legitimidade intrínseca, a saber: a separação de poderes e a declaração de direitos. Nesse sentido, ressalta-se a importância do art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem de 1789, o qual estabelece que: “*Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution*”, ou seja: “A sociedade em que não

Nesse diapasão, para que não apenas se reconhecesse a existência do direito que o Estado tem de se construir, mas também para que se garantisse que ele seria construído de uma forma intrinsecamente legítima, aos poucos foi-se formando um movimento que futuramente se espalhou pelo globo, o qual estabeleceu o conteúdo mínimo que toda e qualquer comunidade organizada deve abraçar para que possa ser reconhecida por todos como legítima: o constitucionalismo.

A origem constitucionalismo remonta ao direito comum inglês⁸, e à conquista do juramento da Magna Carta de 1215 pelo rei João Lackland (Sem Terra), por meio do qual os nobres e a Igreja reivindicaram o poder de influenciar o futuro do Estado através de eleições. Ao lado desse fato, a Magna Carta reconheceu a existência de direitos irrevogáveis dos súditos, especialmente os direitos ao processo devido, à liberdade e propriedade, e de não serem obrigados a pagar com novos tributos que não fossem previstos no ano anterior (MARTINS, 2016, p. 24).

Sendo assim, o conceito original que irradia do movimento constitucionalista é o impulso de autolimitação interna do poder do soberano através de dois grandes pilares: os freios e contrapesos estabelecidos pelos representantes eleitos e o reconhecimento de direitos aos cidadãos que não podem ser tolhidos sequer pelo detentor supremo da autoridade estatal:

O constitucionalismo baseia-se em duas ideias fundamentais que convergem para a limitação do poder soberano: a) através da edição de uma “*bill of rights*” procura-se limitar o estado externamente, ou seja, nas relações em que o ente que exerce o poder de “*imperium*” instaura com aqueles que são sujeitos ao poder. O objetivo, aqui, é fazer com que a concessão de direitos aos súditos tenha por efeito restringir o âmbito de discricionariedade do poder supremo dentro do estado, especialmente no tocante a previsibilidade do comportamento do soberano e segurança jurídica quanto ao comportamento dos súditos; b) através da separação de poderes, almeja-se o estabelecimento de uma limitação interna ao estado,

esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição” (SILVA, 2014, p. 140).

⁸ Sahid Maluf (2012, pp. 211-212) recorda que houve uma série de outros acontecimentos anteriores ao *common law* anglicano que antecederam o constitucionalismo moderno. Segundo diz, desde a Antiguidade com as leis de Creta editadas por Minos, passando pelo regime ateniense com Sólon e Clístenes até chegar no Foral de Leão na Ibéria medieval, pode-se notar os primórdios do desejo de limitação do poder político. Entretanto, recorda o saudoso jurista, como a Grã Bretanha já possuía uma tradição liberal calcada no direito público costumeiro, com regras não escritas, a Magna Carta fechou o que ele chama de “primeiro capítulo” do constitucionalismo, o qual depois tornou-se atemporal através da abertura de um segundo momento no último quartel dos oitocentos com as Constituições escritas dos Estados liberais.

ou seja, o estado, enquanto organização formal que reúne inúmeras atribuições, precisa ser organizado de maneira relativamente harmônica, para que suas funções sejam exercidas de maneira satisfatória (SILVA, 2014, pp. 139-140, grifos no original).

Nesse passo, existe um enlace entre duas realidades que jamais podem se divorciar e que são o ponto de partida de toda organização política aceitável. De um lado, reconhece-se o direito da comunidade existir autonomamente dos indivíduos que a compõe, mas de outro se exige que para que esse direito seja legitimamente exercido, ele *deverá*, e não apenas *poderá*, assegurar que todos os membros da comunidade tenham seus direitos inalienáveis respeitados, além de estabelecer um mecanismo de revisão de suas próprias decisões através do postulado de que a humanidade deve ser governada por leis que são votadas, executadas e aplicadas por órgãos separados e igualmente soberanos.

Entretanto, como garantir que isso aconteça? Ou, como bem indaga Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1999, p. 22): “Mas, se existe esse poder [o de fundar o Estado], a quem ele pertence? Qual é o titular desse poder? Quem pode estabelecer a Constituição? Que é que pode estabelecer a organização política fundamental de um Estado?”.

Em verdade, a única forma de permitir que esses postulados básicos do constitucionalismo sejam respeitados é estabelecendo que o titular do Poder soberano do Estado a se construir esteja consciente que ele deve obedecer aos dois pilares no qual o constitucionalismo se erigiu.

Para tanto, dentro do movimento constitucionalista, levantaram-se duas hipóteses de “sujeitos conscientes” que pudessem ser os titulares do Poder soberano⁹: a hipótese da “Teoria da Soberania Popular”, a qual aduzia que em sendo a organização do Estado um contrato social, cada povo só obedece a si mesmo, sendo ele o direto detentor do poder (PIMENTEL JUNIOR, 2016 p. 31); e a corrente da “Teoria da Soberania Nacional” do Abade de Chartres, Emmanuel

⁹ Omitiu-se propositalmente as demais correntes da soberania absoluta do monarca, do negativismo, do realismo, e do direito divino, vez que todas elas não se correlacionam com a história do movimento constitucionalista. Ademais, estas se reportam mais à Teoria do Estado do que propriamente ao Direito Constitucional, de modo que a exposição de cada uma fugiria do intento desta pesquisa. Para um resumo muito competente de cada uma das demais escolas, vide MALUF, 2011, pp. 31-37.

Joseph de Sièyes, para quem o detentor do poder legítimo do Estado é a nação (MOREIRA, 2012, p. 24).

A primeira concepção foi a que triunfou durante a Independência dos Estados Unidos e a segunda a que prosperou na Revolução Francesa.

Para os pais do constitucionalismo estadunidense, também chamados de *framers* ou *founding fathers*, cabia ao “povo”, aqui entendido como as “pessoas de um determinado espaço físico”, estabelecer o futuro de seu destino, inclusive, se necessário, com o sagrado e inalienável direito de separação da comunidade original¹⁰.

Em outra perspectiva, para os revolucionários franceses, a “nação”, ou seja, a identidade mesma da macro comunidade política de um determinado território, é que realmente é a fonte da estruturação do Estado, sendo ela a origem legítima do poder.

A diferença essencial entre as duas teorias é que segundo a visão imperante na América, deveria ser o componente humano do grupo, e não o grupo mesmo, o sujeito-titular do poder supremo de formar o Estado, ao passo que para o próprio Sièyes: “A nação existe antes de tudo, é a origem de tudo. Sua vontade é sempre legal, é a lei mesma” (apud LIMA, 1996, p. 15).

Não obstante, em sendo o ponto de referência maior o “Estado-nação” ou o “Povo”, o fato é que ambas as teorias professam a existência de um “Poder” superior à Constituição, o qual é legítimo em si mesmo, e que por conseguinte é o início de toda a ordem no Estado: “*En consecuencia, este Poder [...] es la fuente del derecho constitucional en cuanto emana de la voluntad colectiva del pueblo de ordenar jurídicamente su convivencia política*” (RICCI, 2004, p. 319)¹¹.

Com efeito, o leitor atento já compreendeu que neste primeiro tópico, buscou-se desenhar as definições iniciais desta exposição, enfocando, especialmente, a correlação entre “Constituição”, “Estado”, “Povo” e “Nação”, no

¹⁰ Isso se deu porque, em seu fundo, a “Revolução” Americana não significou exatamente uma ruptura com o Direito Comum inglês, pois os estadunidenses não tinham pretensões de radicalmente mudar a sociedade através da concentração de poder, como proposto pelos franceses em 1789 (CARVALHO, 2009).

¹¹ “Por consequência, este Poder [...] é a fonte do direito constitucional desde que emane a vontade coletiva do povo que ordena juridicamente sua convivência política” (tradução nossa).

intuito de correlacionar tais conceitos com a definição do “Poder” de dar início à toda sistematização jurídica.

Passa-se agora para um estudo mais aprofundado sobre esse “Poder”, o qual pode ser chamado de “Poder Constituinte”.

2.2 Poder Constituinte

Na esteira do preconizado acima, o Poder Constituinte, “tema central do Direito Constitucional” (PIMENTEL JÚNIOR, 2016, p. 11), pode ser definido como a capacidade que o Estado tem de dar início à sua própria existência, criando todo o complexo de normas jurídicas que regulam seu governo, órgãos, instituições e limites, estando, de alguma forma, acima da norma fundamental que se denomina de “Constituição”¹².

Nessa toada, como se pode facilmente perceber, a “missão” do Poder Constituinte é deveras muito difícil, pois “criar” um Estado de modo a satisfazer à “Nação” ou ao “Povo” é algo evidentemente complexo¹³, quiçá praticamente impossível, por exigir a revisitação de todas as instituições jurídicas que já existiam em um determinado território.

Em verdade, as Constituições modernas são posteriores às primeiras instituições jurídicas (família, contratos, penas, crimes, etc.), estando assim de alguma forma vinculadas às antigas definições que precisam ser respeitadas de modo a não colapsar a unidade da Nação, sob pena de em um futuro não muito distante, a própria Lei Fundamental tornar-se uma “folha de papel” (LASSALLE, 2005, p. 75), tornando-se mero documento escrito, e não a organização mesma do Poder do Estado¹⁴.

¹² Para todos os efeitos, a clássica definição de Antonio Negri (2002, p. 8): “O que é, na perspectiva da ciência jurídica, o poder constituinte? É a fonte de produção das normas constitucionais, ou seja, o poder de fazer uma constituição e assim ditar as normas fundamentais que organizam os poderes do Estado. Em outros termos, é o poder de instaurar um novo ordenamento jurídico e, com isto, regular as relações jurídicas no seio de uma nova comunidade”.

¹³ Diz Antonio Negri que: “O espírito constituinte é, acima de tudo, radical. Tenham sido religiosas ou sociais as suas origens, a revolução é o motor do poder constituinte. Nele, as questões políticas e sociais, religiosas e jurídicas imbricam-se para produzir uma inovação total. Todas as relações são postas em discussão, tudo é profundamente abalado” (2002, p. 219).

¹⁴ Konrad Hesse desafia a concepção lassalliana ao aduzir que a aceitação de sua tese de Constituição como joguete do poder político importaria na “negação do direito constitucional” e na “negação do seu valor enquanto ciência jurídica” (HESSE, 1996, p. 11). Para ele, a Constituição

Nessa linha, a manifesta dificuldade de dar o início ao Estado, permitiu aos estudiosos da Teoria da Constituição, distinguir entre diferentes aspectos do Poder Constituinte, disciplinando que o poder primário de formar o Estado e de criar a Constituição deveria ser um Poder deveras muitíssimo vasto, até mesmo absoluto, ou semi-absoluto¹⁵; e que, ao lado deste, o Poder de meramente alterar a Constituição, não poderia se igualar ao primeiro em todos os aspectos, podendo muito bem ser nomeado como um “Poder Constituído” (ARAUJO; NUNES JUNIOR, 2013, p. 43), e por isso secundário, limitado e restrito.

Nessa esteira, o Poder Constituinte Instituído, também chamado de “Derivado”, traz em seu conceito um grande paradoxo: se por um lado ele é naturalmente um poder secundário, hipoteticamente eventual, parcimonioso, com uma série de limitações de toda a ordem, exatamente como desejou o Poder Constituinte Originário, por outro lado, é ele o instrumento capaz de transformar o Estado, modificando as regras e princípios que o Poder Originário disciplinou anteriormente, tendo assim, nessa perspectiva, um Poder ainda mais vasto do que o Poder Originário.

Não é por outro motivo que José Afonso da Silva é da opinião que quando o Poder Secundário atua respeitando e representando o Poder Inicial, “o agente, ou o sujeito da reforma, é o *poder constituinte originário*, que por esse método, atua em segundo grau, de modo indireto, pela outorga de competência a um órgão constituído para, em seu lugar, proceder às modificações na Constituição” (SILVA, 2013, p. 67, grifo do autor).

Com efeito, ao proceder à reforma da Constituição, o órgão instituído para tal detém a sua legitimidade justamente no órgão instituinte, e vice-versa, equilibrando o sistema de estruturação formal do Estado para que as normas-base

precisa conter sim, embora de forma limitada, uma força própria, autônoma da ciência política, capaz de desafiar o alvedrio do “Poder” sobre a “Norma Fundamental”. Essa “emancipação” da Constituição seria sua “força normativa”. Eduardo Ribeiro Moreira (2012, p. 25), por sua vez, seguindo os passos de Carl Schmitt leciona que é preciso transcender as visões lassalliana e hesseniana, vez que política, direito e moral são conceitos simbióticos, e que por isso a saída não seria negar a Política para dar voz à Constituição ou vice-versa. Em verdade, o caminho correto seria unir as duas pontas e ver na Lei Máxima a consubstanciação da juspolítica.

¹⁵ Na realidade, nem mesmo a teoria original francesa dizia que o Poder Originário deveria ser ilimitado, pois Emmanuel de Sièyes era um jusnaturalista e antevia os problemas de conferir poderes totais à nação quando ela organiza o Estado (LIMA, 1996, p. 15). Nessa toada, com razão, Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Junior (2013, p. 43) apontam como limites do Poder Constituinte inaugural o Direito Natural.

da comunidade política não se esvaziassem quando a realidade exigisse uma mudança pontual em alguma delas.

Nesse passo, na dimensão intrínseca do Poder Derivado, há duas formas de expressar a mudança na Constituição. A primeira é a “Reforma Constitucional”, a qual se apresenta quando o Estado não estabelece uma ruptura entre o *status quo ante* com o Poder Originário, mas apenas decide alterar uma parcela da Lei Fundamental dentro dos limites estabelecidos por ele:

Quando si parla di modifiche si intende implicitamente riconoscere la permanenza del nucleo essenziale della costituzione modificata, cioè di quella parte che alcuni definiscono come ‘supercostituzione’. Di conseguenza, quando le modifiche investono larga parte degli istituti fondamentali, anche se formalmente si riscontra il ricorso alla revisione, nella, sostanza può avverarsi una modifica radicale della costituzione” (VERGOTTINI, 1999, p. 206, grifo original)¹⁶.

Por sua vez, a segunda forma de expressar o Poder Instituído seria uma “Transubstanciação Constitucional”, quer dizer, um processo de ruptura que efetivamente conclama uma nova República (MOREIRA, 2012, p. 25). Ambas são formas de expressar a mudança constitucional formal, mas a primeira se dá no contexto pensado pelo Poder Originário, e a segunda acaba por conclamar o Poder Inicial pelo Secundário para refundar o Estado.

Por isso, a ideia mesma de Poder Constituinte está intimamente ligada ao direito de organizar e reorganizar a sistematicidade da sociedade política, desde que se respeite o eixo fundamental do constitucionalismo, quer dizer, a autolimitação do Estado pelos direitos fundamentais e pela separação de poderes: “*La noción de Poder Constituyente está íntimamente vinculada a la cuestión de la creación y recreación de una Constitución. Es una idea operativa que sirve para explicar y justificar el alumbramiento democrático de un documento constitucional*”. (RICCI, 2004, p. 85, grifado pelo autor)¹⁷.

¹⁶ “Quando se fala de mudança, se entende, implicitamente, de reconhecer a permanência do núcleo essencial da constituição modificada, isto é, daquela parte que alguns denominam de ‘superconstituição’. Por conseguinte, quando a modificação investe-se em larga parte dos institutos fundamentais, ainda que formalmente, encontra-se o recurso para a revisão através de uma emenda constitucional radical” (tradução nossa).

¹⁷ “A noção de Poder Constituinte está intimamente ligada à questão da criação e recreação de uma Constituição. É uma ideia operativa que serve para explicar e justificar o aspecto democrático de um documento constitucional” (tradução nossa).

Até este instante, o presente ensaio se debruçou sobre o estudo da Constituição e do Poder Constituinte em suas perspectivas intrínsecas e extrínsecas, discorrendo sobre a correlação que a Norma Fundamental e o Estado.

Todavia, nada foi dito até agora sobre a relação da Lei Suprema com as Leis inferiores, bem como não se viu como essas legislações “guardam relações particulares entre si” (BOBBIO, 2011, p. 35), criando assim o chamado “Ordenamento Jurídico” do Estado.

Na verdade, esse “ordenamento”, para que pudesse estabelecer coesão e validade às diversas normas jurídicas estampadas nas incontáveis Leis do Estado, encontrou na Constituição um ponto gravitacional capaz de objetivamente valorar a legislação ordinária, através da chamada “supremacia constitucional”, a qual será analisada abaixo.

2. 3 O desejo de supremacia e a rigidez constitucional

Pelo que foi visto até aqui, a “Constituição” do Estado é uma criação e representação da sua capacidade legítima de auto-organização formal, sendo ela o fruto inquestionável do detentor original de todo o Poder.

Ora, se a Constituição é por excelência a Lei que organiza o Estado, para que se possa manter a coerência da ordem jurídica sistematizada (BOBBIO, 2011, p. 79), caso uma lei ou ato normativo posterior venha a ser editado em descompasso com aquela determinação organizadora do Poder Originário ou Originado, é indispensável que a Constituição detenha poderes para invalidar a norma com ela conflitante, pois a Lei Maior é a própria estrutura na qual está fundado o Estado, coisa que outras leis não são¹⁸.

Entretanto, a questão não é assim tão simples, pois se poderia argumentar que com a Lei nova inconstitucional, o Estado teria mudado a sua forma

¹⁸ É deste raciocínio que nasceu a intangibilidade das Constituições, ou seja, o dogma da “supremacia constitucional”. A “supremacia” significa que a Constituição está “acima” das Leis ordinárias, assim como a própria Constituição está “abaixo” do Poder Constituinte: “O conflito de leis com a Constituição encontrará solução na prevalência desta, justamente por ser a Carta Magna produto do poder constituinte originário, ela própria elevando-se à condição de obra suprema, que inicia o ordenamento jurídico, impondo-se, por isso, ao diploma inferior com ela inconciliável. De acordo com a doutrina clássica, por isso mesmo, o ato contrário à Constituição sofre de nulidade absoluta”. (MENDES; COELHO, BRANCO, 2010, p. 279).

inicial de organização, pois no fundo, todas as legislações são manifestações de vontade do Estado, o que levaria à conclusão de que com a edição da nova norma ordinária, a própria Constituição estaria sendo modificada.

Afinal, ninguém pode negar que a Constituição é, de forma genérica, também uma lei como qualquer outra, embora também seja claro que ela não é apenas isso:

Em que se distinguem uma *Constituição* e uma lei? Ambas, a lei e a Constituição, tem, evidentemente, uma essência genérica comum. Uma Constituição, para reger, necessita da promulgação legislativa, ou seja, tem que ser *também lei*. Mas não é uma lei como outra qualquer, uma *simplex* lei: é *algo mais*. Entre os dois conceitos não existe apenas afinidade; há também dessemelhança. Esta dessemelhança faz com que a Constituição seja algo mais do que uma simples lei. (LASSALE, 2002, p. 39, grifos do autor).

Isto posto, a pergunta que subsiste é *como* diferenciar de forma objetiva que tal lei nova seja, ou não, manifestação de vontade do Poder Constituinte Derivado, vez que se houver algum meio que permita estabelecer essa oposição de coisas, o argumento acima delineado cairia por terra.

Nesse passo, a saída encontrada para esse dilema foi a instituição da chamada *rigidez constitucional*, a qual torna o processo de derivação da norma fundamental mais dificultoso do que a derivação das demais leis que se encontram abaixo da Carta Suprema. Isso se dá no escopo de impedir que a Lei Fundamental seja “flexível”, quer dizer, facilmente alterável pelo poder político. Assim, a supremacia constitucional *pressupõe* a existência de rigidez no processo de avocação do Poder Secundário¹⁹.

Nessa ordem de ideias, conceitua Sergio Miguel Dias Ricci:

La Reforma Constitucional supone: un texto constitucional “escrito” que contiene un procedimiento especial (rigidez) para alterar sus propias disposiciones constitucionales (las que, además, no pueden ser modificadas por el procedimiento legislativo ordinario); y un imperativo de cambio constitucional que, por razones de validez, pone en movimiento un mecanismo de ajuste normativo. En consecuencia, la noción de Reforma

¹⁹ Leciona Paulo Hamilton Siqueira Júnior (2001, p. 16) que para diferenciar as leis ordinárias das leis constitucionais, é imprescindível que se compare os processos de elaboração das normas. Se estes fossem idênticos, tratar-se-iam de normas de mesmo valor, ao passo que, caso sejam diversos, verificar-se-ia a existência de normas de valores diferentes. Nesse sentido, não parece ser possível considerar as chamadas “Constituições flexíveis” como verdadeiras Constituições.

Constitucional incorpora un factor formal a los cambios institucionales” (2004, pp. 301-302)²⁰.

Mas o que substancialmente seria rigidez constitucional?

A resposta para essa pergunta foi encontrada pelos pais fundadores da América ao estabelecer que para a modificação da Constituição acontecesse, se requisitasse não apenas uma eventual maioria parlamentar, mas sim que essa maioria fosse grande o suficiente para que as minorias tivessem que consentir com a reforma, no intuito de que “algumas medidas injustas ou precipitadas [pudessem] achar maiores obstáculos” (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 358).

Eduardo Ribeiro Moreira comenta o artigo V da Constituição Estadunidense que trata do procedimento de emenda da seguinte forma:

A propositura pode ser conjuntamente por dois terços dos membros das duas casas do Congresso Nacional, ou por dois terços dos Estados-membros que se manifestem no sentido de convocar uma Convenção, órgão *ad hoc* (*Convention Proposing Amendment*) encarregado de propor emendas. [...] A fase de aprovação pode ser realizada ou pelo legislativos dos Estados ou pelas convenções, desde que alcançado o total de três quartos deles. [...] Como as hipóteses se multiplicam, temos quatro situações: 1) Emenda proposta pelo Congresso e ratificada e aprovada pelo legislativos de três quartos dos Estados-membros [...]; 2) Emenda proposta por uma Convenção dos Estados e ratificada e aprovada pelos Legislativos dos Estados [...]; 3) Emenda proposta por uma Convenção dos Estados e ratificada e aprovada por Convenção Federal [...]; 4) Emenda proposta pelo Congresso e ratificada e aprovada pelas Convenções [...] (2012, pp. 134-136, grifos do autor)²¹.

Com efeito, para os americanos, a defesa da sua Constituição (VERGORTTINI, 1999, p. 209) passa necessariamente pelo estabelecimento de uma indispensável “supermaioria” (supermajority) para derivar a Carta Magna, tornando-a capaz de ser diferenciada de toda a legislação extravagante. Nessa toada, o que os *framers* constataram é que a facilidade de mudança na Constituição cria uma instabilidade no governo, gerando a “fraqueza constitucional”, capaz de

²⁰ “A Reforma Constitucional supõe: um texto constitucional ‘escrito’ que contenha um procedimento especial (rigidez) para alterar suas próprias disposições constitucionais (as que, ademais, não podem ser modificadas pelo procedimento legislativo ordinário); e um imperativo de mudança constitucional que, por razões de validade, põe em movimento um mecanismo de ajuste normativo. Em consequência, a noção de Reforma Constitucional incorpora um fator formal às mudanças institucionais” (tradução nossa).

²¹ No mesmo passo, confira-se o escólio de Paulo Hamilton Siqueira Júnior: “A existência de um processo mais dificultoso para a elaboração de leis constitucionais configura a mesma [, isto é, a Constituição,] como norma de hierarquia superior” (2011, p. 17).

colapsar o sistema que inicialmente tinha unido os Estados em Federação (MOREIRA, 2012, p. 136).

Destarte, é esse procedimento de revisão constitucional, paralelo ao procedimento legislativo comum (FERREIRA FILHO, 1999, p. 124), aquilo que garante a autoridade da Constituição sobre as Leis ordinárias, vez que o órgão instituído para positivizar a norma precisa não só pronunciar a sua vontade, mas sim *qualificar* esse pronunciamento por meio da supermaioria competente.

Lançadas essas premissas, pode-se agora passar para a análise específica do controle de constitucionalidade, visto que a objeção descrita no início deste tópico não é procedente pela existência da rigidez constitucional.

2. 4 O controle de constitucionalidade

No passo esboçado nos tópicos precedentes, a Lei Fundamental de um Estado, ou seja, sua “Constituição”, difere ontologicamente da legislação extra constitucional, vez que intrinsecamente, a “norma-origem” (AGRA, 2000, p. 53) da sociedade organizada estrutura a forma de disposição do poder estatal.

Sendo assim, não é nenhum exagero aduzir com Maurice Hauriou (1916), citado por Walber Agra (2000, p. 54), de que a Constituição, diferentemente de todas as demais leis, recebeu autoridade superior pela “soberania estatal”, um dos conceitos mais clássicos e caros da Teoria do Estado²² e da formação do Direito Constitucional.

Nessa linha, como a soberania do Estado está consubstanciada na Constituição de forma absolutamente sublime seja porque ela foi promulgada pelo senhor original do poder, seja porque se estabeleceu um processo dificultoso de reforma pela maioria qualificada obrigatória, não se deve espantar que todas as vezes que uma legislação não constitucional (também chamada de “ordinária” ou “comum”), a qual não requisita as balizas estreitas do Poder Reformador, venha a

²² Na concepção clássica, os elementos constitutivos da sociedade organizada, leia-se, do Estado, são uma população homogênea, um território incontestado e impassível de secessão, além de um governo autônomo. Sem a presença destes três elementos concomitantes, o Estado não se aperfeiçoaria (MALUF, 2011, p. 23), pois seria a soma destes elementos que criaria o fenômeno da “soberania” estatal. A soberania, por sua vez, seria “uma autoridade superior que não pode ser limitada por nenhum outro poder” (MALUF, 2011, p. 29).

tentar afrontar qualquer disposição da Lei Maior, ela poderá e *deverá* ser invalidada por um órgão que seja legitimado para fazer este controle²³, no intuito de resguardar a autoridade da Constituição.

É nesse sentido que pode-se falar, então, de “constitucionalidade” e de “inconstitucionalidade” de uma legislação ordinária, ou seja, valorar a relação entre a Constituição e um comportamento legislativo em sentido amplo (MENDES, COELHO, BRANCO, 2010, p. 1155). Em outras linhas:

A supremacia da Constituição, pois, situa-se no vértice do sistema jurídico, a ela se subordinando e se conformando todas as demais leis e atos normativos, porque é nela que se acha as normas fundamentais do Estado. Qualquer desconformidade de lei ou ato normativo com o Texto Constitucional implica necessária inconstitucionalidade. [...] A inconstitucionalidade ocorre, portanto, quando determinada lei ou ato normativo não obedece aos preceitos da Constituição, não possuindo, assim, *validade* no mundo jurídico. (FIGUEIREDO, 2000, pp. 15-16, grifado pela autora).

Nesse contexto, falar de controle da legislação não constitucional pela Lei Fundamental é valorar a própria existência da lei, sendo por isso, imprescindível que a Constituição seja, conforme a classificação tradicional, “rígida”, contraposta as chamadas Constituições “flexíveis”, as quais podem ser alteradas sem a exigência da citada supermaioria.

Sendo assim o poder-dever de preservar a autoridade da Lei Fundamental é um imperativo categórico da ordem jurídica, razão pela qual, no Direito Comparado, uma série de sistemas de controle de constitucionalidade se desenvolveram, sendo que, conforme a classificação de José Afonso da Silva (2013, p. 51), subsistem o controle político²⁴, (feito pelos órgãos de natureza política), o

²³ No que toca especificamente ao poder judicial de controlar a constitucionalidade das leis, conforme se verá infra, pode-se antecipar que há várias formas do Estado estruturar o mecanismo de pôr freios à legiferação comum (CAPPELLETTI, 1992, pp. 23-24), sendo que, basicamente, dois mecanismos diferentes se sedimentaram: o mecanismo difuso e o mecanismo concentrado. O mecanismo difuso estabelece a possibilidade de todos os juízes e tribunais do Estado controlarem a constitucionalidade de uma lei, ao passo que o mecanismo concentrado reserva a apenas certos magistrados o poder-dever de interpretar a Norma Fundamental e declarar a validade ou invalidade de uma legislação ordinária.

²⁴ Foge ao escopo deste ensaio deter-se longamente sobre os mecanismos políticos de controle de constitucionalidade, como, *e. g.*, o controle parlamentar preventivo, o veto presidencial, os sistemas francês ou espanhol de 1976 de Conselho Constitucional (SILVA, 1992, p. 35), ou até mesmo o julgamento de mandado de segurança que garante direito-função, pois todos esses instrumentos merecem análises individualizadas, indo muito além do intento aqui esboçado de traçar um paralelo

meramente jurisdicional (feito exclusivamente pelo Poder Judiciário), e os sistemas mistos, os quais mesclam as formas de controle.

No entanto, o que não se põe em dúvida é que a ideia do processo qualificado de reforma está intimamente ligada à gênese do controle de constitucionalidade, sendo que não se deve estranhar que foi justamente no primeiro Estado em que isso se estabeleceu, qual seja, os Estados Unidos, o primeiro país²⁵ a implantar o sistema de controle de constitucionalidade pela via judicial (*judicial review of the constitutionality of legislation*) no famoso caso *Marbury v. Madison* (5 U.S. 137 – 1803), no qual a Suprema Corte Americana invalidou o “*Judiciary Act of 1802*”, o qual ripristinou a Seção 13 do “*Judiciary Act of 1789*”, revogando o “*Judiciary Act of 1801*” que tinha sido aprovado no apagar das luzes do governo do presidente não reeleito, John Adams, do Partido Federalista, o qual perdera as eleições para Thomas Jefferson do Partido Republicano.

Este caso é unanimemente reconhecido como o marco inicial do controle repressivo de constitucionalidade, sendo que uma análise do seu ensinamento não pode ser desprezada:

Quando se fala em constitucionalismo norte-americano, pensa-se, com toda justiça, em John Marshall. O caso *Marbury v. Madison*, julgado em 1803, correu e corre mundo. É um marco do constitucionalismo universal, pois fixou as bases da *judicial review*, ou seja, de o Judiciário poder rever as leis ou os atos da administração pública. (MACIEL, 2006, p. 38, grifos autorais).

Sendo assim, que se detenha um pouco a exposição para que se analise o precedente.

O Ato Judiciário de 1801 – um lei ordinária aprovada pelo Congresso Americano – criou novas circunscrições judiciárias e permitiu ao presidente nomear dezesseis novos juízes federais e quarenta e dois juízes de paz, no intuito de frustrar

entre a edificação das normas constitucionais e a formação do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

²⁵ “Verdadeiro é, de fato, que antes de ter sido posto em prática o sistema norte-americano de *judicial review* [...], nos outros Estados – e refiro-me, em particular, aos Estados da Europa – nada de semelhante tinha sido criado. A razão disto é, de resto, facilmente compreensível se se pensa que, precisamente, com a Constituição norte-americana, teve verdadeiramente início a época do ‘constitucionalismo’, com a concepção da *supremacy of the Constitution* em relação às leis ordinárias” (CAPPELLETTI, 1992, p. 46, grifos autorais).

o poder do sucessor de indicar novos nomes mais alinhados ao seu partido para aqueles cargos.

A Lei de 1801 também previa, dentre outras coisas, a revogação da cláusula aberta da Seção 13 da Lei anterior de 1789, a qual dispunha que:

Sec. 13. [...] The Supreme Court shall also have appellate jurisdiction from the circuit courts and courts of the several states, in the cases herein after specially provided for, and shall have power to issue writs of prohibition to the district courts, when proceeding as courts of admiralty and maritime jurisdiction, and writ of mandamus in cases warranted by the principles and usages of law, to any courts appointed, or persons holding office, under the authority of the United States.²⁶

Muito embora a indicação dos juízes tenha se dado ainda no mandato de Adams, e estes tivessem sido confirmados pelo Senado (Seção 2 do Artigo 2 da Constituição), os magistrados não poderiam tomar posse até que o Presidente, através do Secretário de Estado, dispensasse a cada um suas comissões, ou seja, *os nomeassem para os cargos* (Seção 3 do Artigo 2 da Carta de 1789). Em face disso, ao tomar posse, Jefferson ordenou ao Secretário de Estado, Levi Lincoln, o qual substituíra interinamente James Madison, que considerasse as nomeações como nulas, não entregando as comissões aos nomeados, vez que todo o processo não fora concluído a tempo pelo antecessor.

Além disso, o novo governo manobrou para que o Congresso revogasse o Ato Judiciário de 1801 através do Ato Judiciário de 1802, recuperando a legislação anterior de 1789, tudo no intuito de retirar a possibilidade dos indicados não comissionados de tomar posse.

Não obstante, como a Lei de 1802 reincorporou a competência originária da Suprema Corte para julgar “casos justificados”, um dos indicados por Adams para o cargo de juiz de paz, William Marbury, impetrou um mandado de segurança (*writ of mandamus*) contra o ato do Secretário de Estado, alegando

²⁶ “Seção 13. A Suprema Corte terá também jurisdição para julgar as apelações dos tribunais federais, e dos tribunais dos vários estados, nos casos aqui previstos expressamente previstos, e terá poder para emitir mandados de proibição aos tribunais distritais, quando procedendo como tribunais de almirantado e de jurisdição marítima, e mandados de segurança, em casos justificados, pelos princípios e usos da lei, a quaisquer tribunais nomeados ou pessoas que exerçam cargos sob a autoridade dos Estados Unidos” (tradução nossa).

violação ao direito adquirido e adequação na via eleita através dessa “ação direta” no tribunal supremo.

Do ponto de vista político, a decisão da Corte não seria simples, pois com a eleição do partido de Jefferson para o governo e para a maioria das cadeiras em ambas as Casas do Congresso, simplesmente conceder a ordem pedida por Marbury significaria colocar o Judiciário contra os outros dois poderes, colocando em risco a segurança jurídica do jovem país. Aliás, segundo Adhemar Maciel (2006, p. 40), os juízes do tribunal sofriram, inclusive, risco de *impeachment* caso votassem em favor de Marbury.

Em face disso, os magistrados da Suprema Corte pensaram em uma alternativa que pudesse agradar o governo e ao mesmo tempo abrisse a porta para que o impetrante pudesse ter acesso ao direito reconhecido.

Nessa linha de pensamento, o *Chief Justice* (Presidente do Tribunal) John Marshall, autor da opinião da Corte, encontrou uma saída de cunho processual para a lide: muito embora o autor tivesse razão no mérito, a via eleita não era adequada, pois a Lei nova de 1802, a qual reprimiu a Lei antiga de 1789, deveria ser “dispensada” (*discharged*)²⁷, pois o Artigo 3, Seção 2, § 2º da Lei Suprema Federal de 1787²⁸, estabelecia (e ainda estabelece) competência originária da Suprema Corte *apenas* para os casos envolvendo embaixadores, ou que envolvessem algum dos Estados-membros, ou Ministros ou Conselheiros de outros países, não podendo este rol taxativo ser estendido por lei ordinária:

The Constitution vests the whole judicial power of the United States in one Supreme Court, and such inferior courts as Congress shall, from time to

²⁷ É importante, todavia, fazer uma distinção: o conceito de que o poder Judiciário teria atribuição de declarar nulos certos atos dos demais poderes, não era algo vanguardista em si mesmo, pois já na Espanha medieval se instituíram juízes com poder de controlar as leis do reino (MACIEL, 2006, pp. 38-39). Na verdade, o ineditismo de Marshall consubstanciou-se ao carrear na Constituição o parâmetro objetivo para todas as leis. Foi ali que pela primeira vez, em um caso concreto, o conceito de supremacia constitucional foi levado à cabo.

²⁸ *Article III, Section 2, (3): “In all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls, and those in which a State shall be Party, the supreme Court shall have original Jurisdiction. In all the other Cases before mentioned, the supreme Court shall have appellate Jurisdiction, both as to Law and Fact, with such Exceptions, and under such Regulations as the Congress shall make”*. Tradução nossa: Artigo III, Seção 2, § 3º: “Em todos os casos envolvendo Embaixadores, outros Ministros e Cônsules públicos, e aqueles em que um Estado seja Parte, a suprema Corte terá Jurisdição original. Em todos os outros Casos mencionados anteriormente, a suprema Corte terá Jurisdição de apelação, tanto de Direito quanto de Fato, com suas Exceções, e sob tantos Regulamentos que o Congresso fará”.

time, ordain and establish. This power is expressly extended to all cases arising under the laws of the United States; and consequently, in some form, may be exercised over the present case, because the right claimed is given by a law of the United States. In the distribution of this power. [...] Affirmative words are often, in their operation, negative of other objects than those affirmed, and, in this case, a negative or exclusive sense must be given to them or they have no operation at all. It cannot be presumed that any clause in the Constitution is intended to be without effect, and therefore such construction is inadmissible unless the words require it.[...] It is also not entirely unworthy of observation that, in declaring what shall be the supreme law of the land, the Constitution itself is first mentioned, and not the laws of the United States generally, but those only which shall be made in pursuance of the Constitution, have that rank. [...] The rule must be discharged. (ESTADOS UNIDOS, 1802)²⁹.

Frise-se que em nada a posição de Marshall se afastou do intento dos fundadores, pois como disseram Alexander Hamilton, James Madison e John Jay (2003, p. 459):

[...] todo o ato do corpo legislativo, contrário à Constituição, não pode ter validade. Negar isso seria o mesmo que dizer que o delegado é superior ao constituinte, o criado ao amo, os representantes do povo ao povo que representam; ou que aqueles que obram em virtude de poderes delegados, tanta autoridade têm para o que esses poderes autorizam, como para o que eles proíbem.

Com esse entendimento, Marshall mudou a forma ocidental de enxergar o ordenamento jurídico e a Constituição, e sua posição fez eco em todos os quatro cantos do mundo, estabelecendo a máxima de que qualquer juiz ou tribunal que se depare com uma legislação incompatível com a “*supreme rule of the land*” (lei suprema do território) (MACIEL, 2008, p. 7), possa, pela via da mera interpretação, invalidar o ato normativo, e fazer cumprir a Lei Magna.

²⁹ “A Constituição veste todo o poder judiciário dos Estados Unidos em uma Suprema Corte e nas cortes inferiores, quando Congresso entender, de tempos em tempos, assim ordenar e estabelecer. Este poder é expressamente estendido a todos os casos que se encontrem sob as leis dos Estados; e conseqüentemente, de alguma forma, pode ser exercida no presente caso, porque o direito reivindicado é dado por uma lei dos Estados Unidos na distribuição desse poder. [...] As palavras afirmativas são muitas vezes, em seu funcionamento, negativas de outros objetos além dos afirmados, e, neste caso, um sentido negativo ou exclusivo deve ser dado a eles ou não terão qualquer efeito. Não se pode presumir que qualquer cláusula da Constituição se destine a ser sem efeito e, portanto, tal construção é inadmissível a não ser que as palavras o exijam. [...] Também não é inteiramente indigno de observação que, ao declarar o que será o a lei suprema do território, a própria Constituição é mencionada pela primeira vez, e não as leis dos Estados Unidos em geral, mas as únicas que devem ser feitas em conformidade com a Constituição, têm essa classificação. [...] A lei deve ser dispensada” (tradução nossa).

Nesse contexto³⁰, foi criado o *controle repressivo difuso* de constitucionalidade, também denominado de mecanismo de exceção (defesa) do particular contra a lei inconstitucional. No fundo, a declaração de inconstitucionalidade em si mesma não é realmente importante, pois a parte deseja outro direito, uma prestação concreta no mundo dos fatos, a qual está sendo prejudicada pela norma incompatível com a Lei Fundamental:

Nesta forma de controle, discute-se o caso concreto. Deve haver uma situação concreta onde o interessado peça a prestação jurisdicional para escapar da incidência da norma. Os efeitos dessa decisão operam-se apenas entre as partes. [...] O interessado que pede a prestação jurisdicional não precisa estar no polo passivo da lide, podendo ser o autor da ação. Por tal razão, a expressão “via de defesa” significa que o interessado está defendendo-se dos efeitos de uma norma inconstitucional e não, obrigatoriamente ocupando o polo passivo da ação. (ARAUJO; NUNES JUNIOR, 2013, pp. 64-65).

Porém, a questão não parou aí, pois com o passar do tempo, viu-se que o modelo americano de revisão judicial estava umbilicalmente ligado ao sistema do direito anglo-saxão de “direito comum” (*common law*), não se aplicando de forma adequada aos Estados que se formaram pela tradição jurídica romanística do “direito civil” (*civil law*), vez que esses careciam do *princípio da vinculação dos precedentes* (*stare decisis*) que impera no primeiro.

Esse princípio estabelece que as sentenças dos órgãos judiciários superiores de uma determinada jurisdição que impugnam a constitucionalidade de uma lei ou de um ato normativo, acabam, indiretamente, não apenas determinando uma não aplicabilidade da norma incompatível ao caso concreto, mas acabam por torna-la uma *dead law* (lei morta), incapaz de ser reaplicada em outros casos. (DUTRA, 2012, p. 67).

Ocorre, porém, que nos países de origem latina, pela tradição romana dos jurisconsultos, preservou-se a tradição de edificar o Direito não sobre as decisões do bom e do justo pelos magistrados, mas sim pela autoridade da lei civil

³⁰ De forma acertada, Carlos Roberto de Alckmin Dutra (2012, p. 64), ensina que o sistema estadunidense pode ser denominado como o sistema da “supremacia dos juízes”, pois ao atar a ideia inglesa do controle do direito comum pelos magistrados à autoridade da Constituição escrita, os magistrados tornaram-se muito mais do que os guardiães da Lei Fundamental, mas sim os senhores que dizem o que a Constituição substancialmente é. É por este motivo que a jurisdição constitucional é tão importante, pois através dela a segurança jurídica do ordenamento do Estado é mantida.

que funcionava como escudo contra eventuais ilícitos ou arbitrariedades. Assim, para o Direito Romano, o jus não era uma *práxis* como na realidade anglo-saxã, mas sim uma *ciência*, um produto dos sábios que assessoravam os dirigentes públicos.

Com efeito, não se deve espantar que para os juristas de tradição romana, existem inúmeros inconvenientes no modelo de controle incidental (difuso) estadunidense, pois os diferentes graus de cultura e de opiniões entre os juízes criam a possibilidade de decisões antagônicas sobre a constitucionalidade de uma lei, o que acabaria por criar insegurança jurídica e dificultar a defesa da Constituição (SILVA, 1992, p. 26).

Diga-se também que por sua própria natureza, a via de exceção transforma o debate sobre a validade ou não de uma norma, em um debate meramente secundário, pois na realidade o que deseja a parte que alega a contrariedade do ato normativo com a Constituição é tão somente o direito material afetado pela norma inconstitucional, e não propriamente proteger a Lei Fundamental da violência da legislação ordinária.

Destarte, consciente dessa situação, Hans Kelsen teorizou o mecanismo *concentrado* de revisão judicial, também chamado de via de ação ou jurisdição constitucional estrita (DUTRA, 2012, p. 35), na qual não se discute um direito particular que é afetado pela declaração de inconstitucionalidade, mas tão somente a validade abstrata da lei frente à Constituição.

Para tanto, o mestre austríaco criticou severamente a hipótese de delegar o controle de constitucionalidade seja ao Legislativo³¹, pelo denominado controle preventivo, seja ao Judiciário comum³²:

Com vistas a tornar o controle de constitucionalidade palatável à história e realidade europeias, Hans Kelsen formulou um sistema de proteção da Constituição diferenciado do americano [...]. No sistema conhecido por austríaco, em virtude de ter sido adotado pioneiramente pela Constituição

³¹ Em verdade, para Kelsen, creditar ao Parlamento o poder de preventivamente controlar a constitucionalidade de seus próprios atos seria impraticável (KELSEN, 2003, p. 150), pois o órgão legislativo não anularia uma lei votada por ele mesmo, nem se revestiria da autoridade constitucional para aplicar a legislação, vez que tal mister é reservado unicamente ao órgão julgante.

³² Esta preocupação de Kelsen se justifica ao se compreender que uma vez aberta a porta do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, ele logo se tornaria o “mais importante instrumento de proteção dos Direitos Fundamentais” (PINHEIRO, 2001, p. 43), porquanto seria este mecanismo o único capaz de tornar inquestionável a autoridade normativa da Lei Fundamental, e por conseguinte da própria rigidez constitucional.

da Áustria de 1920, o controle de constitucionalidade é exercido de forma concentrada pela Corte Constitucional. [...]. Consubstanciava-se em um controle por via principal – e não incidental como o modelo americano – no qual os juízes, à exceção da Corte Constitucional, não tinham o poder de controlar a constitucionalidade das leis e tampouco deixar de aplica-las se as reputassem inconstitucionais. (DUTRA, 2012, p. 68).

Entretanto, seja qual for o mecanismo de controle que se adote, o que se pode extrair da exposição até aqui formulada, é que o Direito Constitucional, enquanto ciência jurídica autônoma, lançou as bases de toda a sistematização contemporânea dos Estados, ao elaborar o conceito de Lei Fundamental.

Nesse sentido, a norma-origem do Estado, a qual é proveniente do senhor legítimo do poder, foi guarnecida por alguns mecanismos de defesa, especialmente através do procedimento dificultoso de reforma, dando aos poderes instituídos, faculdades e limites que se organizam sob o princípio da supremacia constitucional.

Ato seguinte, a conexão desses elementos possibilitou a estruturação do controle de constitucionalidade, o qual é o mecanismo que materializa o princípio da supremacia da lei fundamental.

Feitas essas primeiras considerações, que se passe agora para o estudo específico da formação do Direito Internacional, para que se possa mais à frente, comparar a evolução das duas ciências que desafiam a inteligência do conflito hermenêutico exposto no início destas linhas.

3. O DIREITO INTERNACIONAL

3.1 Conceito, desenvolvimento, objetivo

Como visto, a necessidade de organização suprapessoal das diversas sociedades humanas possibilitou a geração dos “Estados”, já definidos no início desta exposição como os entes que agregam a titularidade do poder político de uma determinada comunidade em determinado território³³.

No entanto, nada foi dito sobre as relações que os Estados inevitavelmente partilham uns com os outros para a consecução dos mais diversos fins como a manutenção da paz, segurança, prosperidade e felicidade de suas populações.

Em verdade, a mera existência de uma pluralidade de comunidades políticas, gera a necessidade de convivência entre elas, acarretando a criação de relações intersubjetivas que quando evoluem para normas genuinamente jurídicas, transformam-se no chamado *Jus Gentium*, ou, Direito Internacional (MAZZUOLI, 2015, pp. 61-62).

Nesse passo, conforme o conceito clássico de Hildebrando Accioly, G.E. do Nascimento e Silva e Paulo Borba Casella (2016, p. 26), o Direito Internacional é o:

[C]onjunto de normas jurídicas que rege a comunidade internacional, determina direitos e obrigações dos sujeitos, especialmente nas relações mútuas dos estados, e subsidiariamente, das demais pessoas internacionais como determinadas organizações bem como dos indivíduos³⁴.

³³ No dizer de Jorge Miranda (2011, p. 67): “A unidade jurídica que o Estado constitui pode exprimir-se com recurso à noção de pessoa coletiva, distinta de cada uma das pessoas físicas que compõem a comunidade e dos próprios governantes e suscetível de entrar em relações jurídicas com outras entidades, tanto no domínio do Direito interno como no do Direito internacional”.

³⁴ Valério Mazzuoli (2015, pp. 63-65) discorda de que já exista uma “comunidade internacional” no sentido sociológico do termo, preferindo a expressão “sociedade internacional” para o quadro atual, pois na esteira do pensamento de Ferdinand Tönnies, o autor entende que “comunidade” seria a união que se baseia unicamente no afeto entre os indivíduos, ao passo que “sociedade” seria a união expressada pela vontade racional dos associados. Sendo assim, como os Estados vivem mais em situação de “suportabilidade” do que verdadeiramente “fraternidade”, o termo mais correto seria “sociedade internacional”.

Dito desta forma, pode parecer, em uma análise perfunctória, que o Direito Internacional sempre existiu, sendo uma realidade indissociável do simples fato de que as comunidades políticas sempre foram descentralizadas.

Entretanto, de uma forma geral³⁵, a doutrina diz que só se pôde falar genuinamente que as relações intercomunitárias foram revestidas de força jurídica, na transição do medievo para a Idade Moderna com os Tratados de Münster e Osabrück, na Vestifália (região da atual Alemanha) em 24 de outubro de 1648, marcando o fim da Guerra dos Trinta Anos³⁶ (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2016, p. 81).

O desfecho daquela Guerra teve como consequência o denominado “modelo clássico” do Direito Internacional, estabelecendo para sempre a paridade soberana entre os Estados componentes do pacto vestifaliano, e condenando as demais agremiações comunitárias que ali pudessem existir nos territórios não mais contestados, a alcunha de *insurrectos*, ou seja, de agremiações sem reconhecimento internacional.

No dizer de Wagner Menezes (2005, pp. 36 e 38, grifo do autor):

A partir de 1648 o Direito Internacional passa a fazer arte da agenda internacional como instrumento para regular todo o tipo de negociação no plano internacional e a ser objeto de estudos de forma mais sistematizada, recebendo *status* de ciência jurídica. [...] Por Direito Internacional Clássico deve-se entender o sistema jurídico assentado sobre a soberania absoluta e indivisível dos Estados que se consubstancia na sua vontade de contrair ou não, livremente, obrigações no plano internacional, não reconhecendo nenhuma autoridade superior à sua, imprimindo, em razão disso, uma relação de coordenação horizontal com outras soberanias.

E na área pena de Caíque Tomaz Leite da Silva (2014, p. 138):

Em 24 de Outubro de 1648, foram celebrados os tratados de paz de “Westphalia” (Tratado de Osnabrück e Tratado de Münster), que colocaram

³⁵ Hodiernamente, talvez a clássica afirmação doutrinária deva ser repensada, pois, na realidade, antes da Paz Vestifaliana, houve, pelo menos, três momentos bem distintos na macropolítica ocidental: a Pré-Civilização que vai desde os tempos imemoriais até o Imperador Augusto, a qual é seguida pela Paz Romana que dura até a fragmentação do Império, e o período da “República Cristã” (VELASCO, 1999, pp. 58-59) que vai desde o fim de Roma até a Guerra dos Trinta Anos.

³⁶ A Guerra dos Trinta Anos foi um conflito envolvendo a Suécia protestante e a França católica (MAZZUOLI, 2015, p. 71), cujo desfecho mudaria a história ocidental para sempre. É que este conflito marcou o fim da Cristandade medieval enquanto estrutura social europeia, vez que a centralização dos poderes políticos nas pessoas dos reis absolutos seria agora a regra que asseguraria a paz e a segurança internacionais, afastando a religião da base de sustentação da política.

fim a Guerra dos Trinta Anos e erigiram a soberania a condição de pedra fundamental das relações internacionais. A coexistência de múltiplos estados somente seria possível se cada um deles fosse titular de um direito de idêntica dimensão: cada um é soberano em seu território, igual ao outro, e livre de qualquer interferência externa.

Ademais, os Estados foram soerguidos à dignidade de únicos sujeitos de Direito Internacional, não sendo limitados pela soberania uns dos outros. Cada um era a partir dali, uma “comunidade perfeita”, e por conseguinte, o Direito Internacional era, no fundo, princípio da autonomia da vontade subjetiva dos Estados (ALMEIDA, 2003, p. 32), consubstanciadas no costume e nos tratados bilaterais.

O grande problema do modelo inicial desenhado pela Paz Vestifaliana é que se os Estados são tão igualmente soberanos que cada um tem total autonomia para fazer o que bem entender, então é praticamente impossível que se cominem sanções materiais e jurídicas às comunidades que de alguma forma perturbam e descumprem com as normas assumidas perante os outros Estados, restando, assim, unicamente a animosidade e a guerra como solução para forçar o cumprimento dessas normas³⁷.

Com efeito, a “paz” imposta durante a Idade Moderna era substancialmente uma paz armada de caráter perpetuamente vigilante, sem um mecanismo jurídico substancial que permitisse conferir executividade plena às normas supranacionais.

Desta feita, o paradoxo se põe: se o Direito Internacional tem por escopo básico a regulação das comunidades políticas para que elas possam conviver umas com as outras, a ameaça contínua da livre beligerância pelo modelo vestifaliano, ao invés de garantir a paz, torná-la-ia impossível.

Não obstante, o sistema inaugurado pelo modelo clássico foi mantido até o fim da Revolução Francesa e das Guerras Napoleônicas, quando, então, fora convocado o Congresso de Viena de 1815, através da qual uma nova fase multilateral de relações entre os Estados se desenvolveu.

³⁷ Em outras linhas, durante a vigência do modelo vestifaliano, “a comunidade internacional vinculava-se aos princípios da igualdade soberana e não ingerência em assuntos internos, como os estados não se sujeitavam a outro poder, em razão do caráter absoluto de sua soberania, ilimitada e incondicionada, bem como da ausência de um poder coercitivo internacional independente, a guerra passou a ser a forma ‘natural’ de atuar nas relações internacionais” (SILVA, 2014, p. 138).

O modelo vienense não se caracteriza, exatamente, como uma ruptura com o modelo vestifaliano, mas não há dúvidas de que por meio dele se estabeleceu uma nova forma de cultivar o Direito Internacional, proclamando-se a liberdade irrestrita de navegação pelos rios internacionais, positivando-se, pela primeira vez, o Direito Diplomático, reestabelecendo as antigas fronteiras entres os países e proibindo definitivamente o tráfico de negros, etc. (MAZZUOLI, 2015, p. 73)³⁸.

Sobre a era que se seguiu ao Congresso, confira-se o escólio da melhor doutrina:

O aparecimento do Concerto europeu, após o Congresso de Viena (1815), representou a tentativa de organizar a ordem internacional, partindo da ideia de que toda mudança deveria se processar através do *consenso*: ordem vista por todos os participantes como parcialmente satisfatória e parcialmente insatisfatória, em que a paz poderia ser mantida por meio da acomodação de interesses. [...] A Europa surgida do Congresso de Viena repousa sobre três elementos: - as monarquias unidas [...]; - equilíbrio relativo de poder existente então entre as cinco grandes monarquias: Grã-Bretanha, França, Áustria, Prússia e Rússia [...]; - mecanismos de concertação (sobretudo congressos e conferências) asseguram o ajustamento dos pontos de vista. (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2016, pp. 99 e 101, grifos dos autores).

No entanto, o Congresso de Viena adotou soluções artificiais para os recentes problemas do nacionalismo marcante dos oitocentos, desvinculando alguns Estados de suas Nações, o que permitiu a criação de comunidades políticas não nacionais ou a supressão de antigas coletividades que foram sufragadas por soberanias alheias.

Foi o que aconteceu, *v. g.*, respectivamente, com o Império Austro-Húngaro, o qual foi uma construção artificial das potências europeias para compensar a Casa de Habsburgo que havia perdido o controle do antigo Sacro Império Romano-Germânico destruído por Napoleão; e com a Polônia, a qual foi anexada pela Rússia do Czar Alexandre I, para que a potência eurásica tivesse acesso fronteiriço à Europa central.

³⁸ Muito acertadamente, Thiago Carvalho Borges leciona que as normas adotadas pelo Congresso de Viena, tornaram-se imperativos da ordem internacional, sendo as primeiras a consubstanciarem o princípio da vedação do retrocesso, “de forma que nenhuma nova norma pode afastá-las” (2011, p. 20). Em seu fundo, porém, como dito, o modelo vienense não se afasta exatamente do modelo vestifaliano, pois a crença na imposição da paz sem uma autoridade central soberana permaneceria intocada. Apenas com o fracasso do *modus operandi* iniciado no século XVII com a Primeira Guerra Mundial que começa-se a se pensar em uma ordem global centralizada.

Sendo assim, inevitavelmente, o modelo clássico aperfeiçoado pelos delegados de Viena, não iria prosperar, e as Grandes Guerras vieram, mudando para sempre a estrutura e o objetivo do Direito das Gentes, pois o fratricídio havido nas primeiras cinco décadas do século XX revelou que se a humanidade continuasse a rejeitar o imperativo de suportabilidade entre os países, o qual só poderia ser realizado pelas normas de Direito Internacional, toda a espécie humana iria, inevitavelmente, se destruir³⁹: “a comunidade internacional entendeu, a duras penas, que não haveria estado, que não haveria constituição, que não haveria soberano, se uma terceira guerra dizimasse a humanidade.” (SILVA, 2014, p. 141).

Nessa esteira, do período que vai desde o fim do segundo conflito global até hoje, fala-se de um modelo “contemporâneo” do Direito Internacional, marcado pelo desejo de “subordinação” das soberanias estatais às normas de direito comum da sociedade internacional, especialmente através da diminuição da importância das bilateralidades, do aumento do valor dos tratados multilaterais⁴⁰, e do fortalecimento da ONU. Ademais, começa-se a dar voz às comunidades não estadualizadas e às organizações internacionais, as quais se irradiam como “verdadeiros centros autónomos de imputação de direitos e deveres, com correlativos poderes de decisão” (ALMEIDA, 2003, p. 39).

Além disso, parcelas do globo desenham as primeiras normas de conteúdo comunitário, buscando a integração regional dos Estados que vivem nos mesmos continentes.

O processo de *integração internacional* diferencia-se flagrantemente da mera *cooperação entre as nações* que desde o início do modelo vestifaliano se

³⁹ Não se olvidou a existência da antiga Sociedade das Nações e do Tratado de Versalhes que antecederam e propiciaram a Segunda Guerra logo depois da Primeira, mas resolveu-se pouco discorrer sobre essas duas questões. Basta dizer que a Sociedade das Nações foi o primeiro órgão que começou a aspirar pretensões realmente globais, mas cujo fracasso retumbante se deveu à inexistência de poderes de sanção contra os Estados, nem meios materiais de ação que garantissem o cumprimento das normas do Direito das Gentes (BOSON, 2000, p. 42). Ademais, a Liga das Nações não levou em conta o profundo nacionalismo que continuava arraigado nos povos europeus, e muito menos soube lidar com surgimento das ideologias totalitárias irmãs do nazismo e do comunismo. Em decorrência disso, com a deflagração da Segunda Guerra, a Sociedade das Nações foi refundada e substituída pela atual Organização das Nações Unidas, órgão este que está disposto, a qualquer custo, a triunfar onde a Liga fracassou.

⁴⁰ “As convenções internacionais, por outro lado, cessam de ser apenas bilaterais. Na verdade, o recurso aos tratados multilaterais – ou seja, celebrados entre mais do que duas partes – torna-se cada vez mais frequente nesta fase de desenvolvimento do Direito Internacional”. (ALMEIDA, 2003, pp. 45-46).

iniciou, pois a primeira tem claramente o intuito de suprimir certas diferenças que existiam previamente entre os Estados-membros do bloco integrador e a segunda postula unicamente arrefecer essas discriminações (BORGES, 2011, p. 299).

Ademais, o homem passa a receber um *status* antes só reconhecido aos Estados, o de verdadeiro sujeito de Direito Internacional, vez que com a codificação pioneira da *International Bill of Rights* (Carta de Direitos Internacionais), por meio da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e dos Pactos Internacionais de Direitos Cívicos e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966, (ALMEIDA, 2003, p. 338), começa-se a falar de *Direito Internacional dos Direitos Humanos*⁴¹, marcado pelo intuito de positivar na dimensão supranacional aquilo que era antes, unicamente, missão do constitucionalismo:

A primeira premissa da qual se tem que partir ao estudar os *direitos* das pessoas é a de que tais direitos têm dupla proteção atualmente: uma proteção *interna* (afeta ao Direito Constitucional) e uma proteção *internacional* (objeto de estudo do Direito Internacional Público). À base normativa que disciplina e rege tal proteção internacional de direitos dá-se o nome de *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. [...] A premissa de que os direitos humanos são inerentes a qualquer pessoa, sem quaisquer discriminações, revela o fundamento anterior desses direitos relativamente a toda forma de organização política, o que significa que a proteção dos direitos humanos não se esgota nos sistemas estatais de proteção, podendo ir muito mais além, ultrapassando as fronteiras nacionais até chegar ao patamar em que se encontra o Direito Internacional Público. (MAZZUOLI, 2015, p. 895, grifos autorais).

Destarte, o moderno Direito Internacional Público transveste-se de mero expediente de autoafirmação das soberanias estatais para uma visão conglobante de autoridade, em que, no fundo, o Direito Internacional é fundamento do Direito Interno, e não o contrário⁴².

⁴¹ Um bom conceito de “direitos humanos” é aquele cunhado por Wagner Rocha D’Angelis (2004, p. 403): “um conjunto de direitos e garantias fundamentais comuns a todas as pessoas e grupos sociais, oponíveis ao poder político do Estado e também exigíveis desse mesmo poder, tanto em nível interno quanto internacional. Eles são, em linguagem coloquial, os direitos indispensáveis para que uma pessoa seja de fato uma pessoa (direito de ser gente), para que tenha vida em plenitude”.

⁴² Esse processo aproxima-se muito da mecânica que gerou as chamadas “Federações por agregação”, em que pequenas soberanias independentes vão estreitando os laços internacionais que possuem umas com as outras, até que se possa forjar uma aliança indissolúvel de Direito Constitucional entre elas. Para Paulo Bonavides (2011, p. 47), a relação atual entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional é de interconexão mútuas. De um lado, fala-se de “internacionalização do Direito Constitucional” e de outro se aduz para uma “constitucionalização do Direito Internacional”. À medida que o Direito Constitucional se internacionaliza e que o Direito

Sendo assim, não parece exagero dizer que o desejo último das normas de *jus gentium* é a busca pelo fim das diferenças entre os povos e a manutenção da paz e segurança internacional, “através de uma comunidade universal de Estados devidamente institucionalizada” (BONAVIDES, 2011, p. 48). Pode-se denominar esse movimento de “globalismo”, uma marcha contínua para um “governo mundial” (CARVALHO, 2009).

No entanto, a pergunta que deve ser respondida ao se contemplar essa realidade, é *como* isso se dará, pois não basta apenas teorizar uma suposta unidade jurídica entre as nações sem demonstrar as vias de acesso para tanto.

Contudo, antes de fazer isso, é imperativo que se analise a substância jurídica do Direito Internacional, ou seja, o que torna o Direito das Gentes membro de uma ordenação normativa como outras matérias jurídicas.

Ademais, é igualmente fundamental que se investigue a relação que o Direito das Gentes possui com os direitos internos dos países, e quais teorias se prontificam a correlacionar os ordenamentos nacionais com o ordenamento internacional⁴³.

3.2 O *pacta sunt servanda* - o Direito interno e o Direito Internacional

Dentre as diversas fontes⁴⁴ do Direito Internacional, os tratados são os instrumentos que por excelência regulam as relações entre os Estados, sendo, por isso, merecidamente reconhecidos como o princípio da materialização jurídica da política externa.

Internacional se constitucionaliza, começa-se a vislumbrar contornos desse processo de federalização.

⁴³ O tópico que segue consta no artigo intitulado “Aproximação histórico-dialética da consolidação federativa e o Direito Internacional”, apresentado ao Núcleo de Estudos e Pesquisa – NEPE para obtenção de nota na disciplina Monografia I.

⁴⁴ Gerson de Britto Mello Boson (2000, pp. 184) define que existem fontes materiais e fontes formais do Direito Internacional, sendo as primeiras os elementos metajurídicos como a razão, a justiça, Deus, a equidade, a sociedade, etc., e as formais aquelas produzidas pelo consenso dos países e que se materializam em tratados, costumes, princípios, e demais ordenações comuns.

“Por tratado entende-se o ato jurídico por meio do qual se manifesta o acordo de vontades entre dois ou mais sujeitos de Direito Internacional⁴⁵” (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2016, p. 154).

Pela Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados de 1969, também chamada de Lei ou Código dos Tratados (MAZZUOLI, 2015, p. 193), em seu art. 26, “Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé” e ainda “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado” (art. 27).

Trata-se, por óbvio, do princípio básico do *pacta sunt servanda* do Direito Internacional que já foi afirmado e reafirmado inúmeras vezes por diversas Cortes Internacionais, segundo o qual o conteúdo do tratado é de compulsória observância pelos Estados-partes:

Entre as normas de Direito Internacional geral – geral porque impõem deveres e atribuem direitos a *todos* os Estados – está aquela usualmente designada pela fórmula *pacta sunt servanda*, que fundamenta a obrigatoriedade dos tratados. A Convenção de Viena de 1969, no seu art. 26, dispõe justamente sobre essa regra, deixando expresso que “todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé”. [...] Em suma, o que se extai do enunciado do art. 26 da Convenção é que a obrigação de respeitar os tratados é um princípio necessário do Direito Internacional; necessário porque sem ele a segurança das relações entre os povos e a paz internacional seriam impossíveis. (MAZZUOLI, 2015, pp. 286-287, grifos autorais).

Não se põe em discussão essa realidade.

Como diz Antônio Augusto Cançado Trindade (2012, p. 60, grifo do autor): “*D’ailleurs, le but ultime du jus cogens, consiste précisément à garantir la primauté des intérêts et des valeurs les plus fondamentales de la communauté internationale dans son ensemble*”⁴⁶, e o primeiro valor que é buscado pelo Direito Internacional, como visto, é manutenção da paz entre os povos (art. 1º da Carta da ONU).

⁴⁵ O conceito clássico de Hildebrando Accioly é hoje posto em xeque em razão de não ser mais possível excluir à humanidade o estatuto de “sujeito” do Direito Internacional (TRINDADE, 2012, p. 58). Obviamente, no entanto, isso não significa que a humanidade irá substituir os Estados como principais sujeitos do Direito Internacional (TRINDADE, 2012, p. 59), mas que não é mais possível renegar esse conceito apenas aos Estados isto é claro.

⁴⁶ “Além disso, o objetivo final do *jus cogens*, consiste precisamente em garantir a primazia dos interesses e os valores mais fundamentais da comunidade internacional como um todo” (tradução nossa).

Aliás, como já se mostrou, caso não se pudesse impor certos limites à vontade dos Estados (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2016, p. 171), não seria possível a coexistência pacífica das nações, e a humanidade estaria eternamente condenada ao conflito internacional.

Não obstante, é outra a versão fática na qual foi construída a história. Não apenas os tratados tiveram e têm a sua força normativa severamente reduzida como também os Estados, à medida que intensificam suas relações, acabam por criar internamente uma série de mecanismos que podem ser utilizados como instrumentos de defesa de suas próprias soberanias no intuito de justamente impedir a marcha globalista através do Direito Internacional.^{47 48}

Nesse passo, é evidente que o problema da relação entre a ordem interna e a ordem internacional comporta pontos de vista diversos: à medida que o Direito Internacional olha o problema de fora do Estado para dentro, o Direito interno olha o mesmo problema de dentro do Estado para fora (MAZZUOLI, 2015, p. 92), criando, assim, tensões divergentes.

Sendo assim, no intuito de tentar explicar a coordenação entre os ordenamentos internos e a ordem supranacional, primeiramente surgiu a concepção dualista que concebia haver no Direito interno de cada Estado e no Direito Internacional dois sistemas independentes e distintos, embora cada qual com a sua respectiva validade:

A antítese manifesta-se entre eles num duplo sentido: não só pelas suas fontes senão também pelo seu objetivo. Efetivamente, o direito interno regula relações diversas das que são disciplinadas pelo direito internacional. Cada Estado rege, por meio de normas jurídicas, relações atinentes a todos

⁴⁷ Explica-se: o Direito Internacional dos tratados e o Direito interno dos países podem muitas vezes tratar dos mesmos assuntos, o que acaba por gerar conflitos no momento da aplicação das normas. Exemplificando: o art. 102, III, “b” da Constituição Brasileira estabelece que o STF poderá julgar, em recurso extraordinário, as decisões que declararem a “inconstitucionalidade de tratado internacional”. Por mais infeliz que seja a dicção do constituinte (OLIVEIRA; SILVA, 2015, p. 174), esta norma é apontada pela doutrina constitucionalista como aquela que estabelece o princípio da soberania da Constituição também sobre os tratados internacionais, o que os equipara, desta feita, às normas infraconstitucionais ordinárias. Essa construção é de origem estadunidense (FIX-ZAMUDIO, 2004, p. 146) e ela foi adotada integralmente no Brasil.

⁴⁸ Como será visto abaixo, há três principais teorias que tentam explicar o fenômeno da coexistência dos Direitos Internos e o Direito Internacional. Uma delas, a monista kelseniana, defende a ideia de Federação global através do *jus gentium*, voltando-se: “para a perspectiva ideal de que se instaure um dia a ordem única, e denuncia, desde logo, à luz da realidade, o erro da ideia de que o Estado tenha podido outrora, ou possa hoje, sobreviver numa situação de indiferença ao conjunto de princípios e normas que compõem a generalidade do direito das gentes” (REZEK, 2013, p. 27).

os indivíduos e associações que considera como súditos, ou seja a todos aqueles que a seu ver deem submeter-se à sua autoridade. [...] O objeto do direito internacional, ao contrário, consiste apenas em disciplinar as relações recíprocas dos Estados coordenados [...]. (MARTINS, 1998, p. 28).

Com feito, segundo a concepção dualística, o Direito Internacional acaba por ser uma das subespécies do Direito do Estado, já que a norma supranacional só ganha validade à medida em que é incorporada ou “homologada” (PINHEIRO, 2001, p. 106) no âmbito interno, por uma espécie normativa típica que transforma o compromisso internacional assumido em lei *stricto sensu*.

Nessa ordem de ideias, Carl Heinrich Triepel (1923, apud MAZZUOLI, 2015, p. 95), grande defensor do mais radical dualismo, sustenta que caso os juízes nacionais de um determinado Estado tivessem que decidir pela aplicação de uma norma interna ou de outra de origem internacional, sempre prevaleceria a primeira, pois ao se deparar com uma tal situação, por óbvio não teria havido o processo de transformação/repetição que segundo os dualistas é pré-requisito para a força normativa do *jus gentium*⁴⁹.

É manifesto que esse ponto de vista doutrinário acaba por emascular a aplicação do Direito Internacional e que não é mais possível sustentá-lo, pois o dualismo pontifica anacronicamente que a única sanção imaginável ao Estado que não adapta seu direito interno para os moldes da avença supranacional é a responsabilização internacional⁵⁰, ou seja, o reconhecimento por parte da comunidade internacional que o Estado cometeu um ato ilícito (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2016, p. 378).

Ora, em tempos de avançado processo integrador europeu, de controle de constitucionalidade conglobante, e de reiterada judicialização do Direito das Gentes, não é possível se sustentar que a fonte única da normatividade do Direito

⁴⁹ No Brasil, vigora o chamado dualismo moderado (MAZZUOLI, 2015, p. 97), já que o STF tem exigido a edição de Decreto presidencial que promulgue o tratado, de modo a dar-lhe executividade. Diga-se ainda que o Decreto de ratificação somente poderá ser elaborado após a internalização do diploma no Congresso Nacional com a elaboração do Decreto Legislativo respectivo

⁵⁰ O ex-Ministro Francisco Rezek (2013, p. 321) conceitua responsabilidade internacional do Estado nos seguintes termos: “O Estado responsável pela prática de um ato ilícito segundo o direito internacional deve ao Estado a que tal ato tenha causado dano uma reparação adequada”. Tendo em vista que hoje não se nega à humanidade o estatuto de “sujeito” do *jus gentium*, doravante perfeitamente possível buscar o acesso um tribunal internacional de direitos humanos para cobrar do Estado uma responsabilização por descumprimento da norma transnacional, algo inimaginável nos primórdios do sistema.

Internacional deriva da mera responsabilização, porquanto outros institutos já surgiram para defender a força normativa das regras e princípios supraestatais.

Em outro giro, a o monismo pregava a indivisibilidade do ordenamento nacional e internacional. Essa corrente subdividiu-se em duas linhas de raciocínio antagônicas, a saber, a nacionalista, de fundo hegeliano, que sustenta o primado do Direito interno e a aplicação das normas internacionais como mera faculdade do Estado (REZEK, 2013, p. 26); e a internacionalista que tinha em Hans Kelsen seu principal porta-voz, a qual apregoa a unidade do ordenamento sob o primado pleno do Direito das Gentes: “as duas ordens jurídicas [internacional e nacional] formam uma única ordem jurídica universal” (KELSEN, 2010, p. 494).

Para os monistas, nessa esteira, é absurdo que se tente afirmar que o Direito Internacional e o Direito interno sejam de fato dois sistemas completamente distintos sem que para isso se afirme que não há verdadeira força normativa em um deles⁵¹. Seria incompatível sustentar que duas normas que digam coisas diametralmente opostas possam subsistir no mesmo ordenamento jurídico que por essência deve ser uno⁵²:

Para a corrente monista, o Direito Internacional e Direito interno são *dois ramos* do Direito dentro de *um só sistema* jurídico. Trata-se da teoria segundo a qual o Direito Internacional se aplica diretamente na ordem jurídica dos Estados, independentemente de qualquer “transformação”, uma vez que esses mesmos Estados, nas suas relações com outros sujeitos do direito das gentes, mantêm compromissos que se interpenetram e que somente se sustentam juridicamente por pertencerem a um sistema jurídico *uno*, baseado na identidade dos sujeitos (os indivíduos que os compõem) e de fontes (sempre objetivas e não dependentes [...] da vontade dos Estados). Sendo assim, tanto o Direito interno como o Direito Internacional estariam aptos para reger as relações jurídicas dos indivíduos, sendo inútil qualquer processo de transformação das normas internacionais no ordenamento jurídico interno. (MAZZUOLI, 2015, p. 99, grifos autorais).

⁵¹ “Se direito interno e direito internacional são sistemas diversos, são ordens normativas distintas, ambos não podem conformar-se ao mesmo tempo com a ideia que fazemos do direito. Um deles estará necessariamente em divergência com a concepção geral do direito, porque dois conceitos diferentes não se podem inserir na mesma definição” (MARTINS, 1998, p. 29).

⁵² Segundo Valério Mazzuoli (2015, pp. 97-98), além do argumento esposado acima, a doutrina dualista sucumbe ao fato de que a teoria não faz sentido se aplicada a outras fontes do Direito Internacional como os costumes e os princípios gerais do Direito. Não haveria como se exigir um processo de incorporação ou de transformação da ordem jurídica interna para conferir força normativa a eles. Por fim, arremata o grande internacionalista: “O dualismo é corolário dogmático-apológico da teoria da soberania absoluta do Estado. Ora, se o Direito não é produto exclusivo da vontade do Estado, mas antes, lhe é anterior, o que o Estado faz é apenas reconhecer a sua obrigatoriedade, por meio de normas jurídicas, tanto no plano interno quanto no internacional” (2015, p. 98).

Com efeito, foi o monismo internacionalista que prevaleceu na ampla maioria da doutrina supranacionalista como melhor teoria para a colaboração do *jus gentium* com o *jus internum*, e aos poucos foi-se delineando um caminho cooperativo entre ambos os ordenamentos, o qual busca, no fundo, aproximar o Direito Internacional das feições costumeiras do Direito Constitucional.

Nesse sentido, que se deite nosso olhar agora especificamente sobre esse processo de “reprodução” do constitucionalismo na órbita do Direito das Gentes, movimento esse que a doutrina vem denominando acertadamente de *Constitucionalização do Direito Internacional*⁵³.

3.3 A constitucionalização do Direito Internacional

Como dito supra, a mecânica de constitucionalização do *jus gentium* é uma tendência já notada por diversos doutrinadores, através da qual se busca vestir o Direito Internacional contemporâneo com os trajes mais específicos do constitucionalismo interno, os quais consubstanciam-se principalmente na positivação dos direitos humanos e nos mecanismos de estruturação da ordem jurídica da sociedade internacional⁵⁴, justamente em paralelo à positivação dos direitos fundamentais e na separação de poderes feita pelo constitucionalismo.

No que toca ao primeiro pressuposto, Fábio Floch (2008, p. 224) recorda que a busca pela proteção supraestatal dos direitos fundamentais foi alçada à categoria de “ pilar central das ambições de estabelecimento de uma governança global”, pois o fim último do Direito é o homem, e a única estrutura legítima de

⁵³ A “constitucionalização do Direito Internacional”, ou como prefere Francisco Ferreira de Almeida, o “Direito Constitucional Internacional” (2000, p. 291), é uma das características mais claras do Direito Internacional contemporâneo, consubstanciada na aproximação das normas internacionais com as regras das Constituições dos Estados, especialmente, através da pulverização dos tratados-leis de direitos humanos, e dos tratados estruturantes da Organização das Nações Unidas, em paralelo com as cartas de direitos fundamentais e com a separação de poderes.

⁵⁴ Conforme a classificação de Jorge Miranda, pode-se separar a Constituição material da Constituição instrumental do Estado, sendo a primeira aquela “acervo de princípios fundamentais estruturantes e caracterizantes de cada Constituição em sentido material positivo; [...] a manifestação direta e imediata de uma ideia de Direito” (MIRANDA, 2011, p. 169); e a segunda: “o texto denominado Constituição ou elaborado como Constituição” (MIRANDA, 2011, p. 171). Com efeito, quando o ordenamento internacional edita normas que se enquadram no conceito de Lei Fundamental material, já se verifica, em embrião, a busca do Direito Internacional em estabelecer um Poder Constituinte supranacional capaz de estruturar inquestionavelmente a sociedade internacional.

comunidade política já imaginada é aquela que privilegia a proteção dos seus direitos.

Da mesma forma, Toru Yamamoto (2000, p. 180) leciona que através do estabelecimento das organizações internacionais intergovernamentais, o *jus gentium* gera decisões e ações do mais puro caráter normativo, coisa essa que antes apenas os Estados tinham poder e competência para fazer, as quais precisam, pouco a pouco, ganhar reconhecimento e executividade automática.

Faleceria, assim, a visão antiga de que a ordenança jurídica da sociedade internacional estaria condenada a jamais existir, pois não mais se estaria diante de uma “Sociedade Anárquica” desprovida de uma autoridade universalmente reconhecida que seja capaz de centralizar e gerir a aplicabilidade das normas de direito internacional, deixando exclusivamente nas “mãos” dos Estados o poder de aplicar ou não as regras e princípios comuns.

Na realidade, o estágio contemporâneo denotaria uma Ordem Internacional que vai além da vontade das comunidades políticas descentralizadas, as quais tornam-se mais mediadoras do que destinatárias finais (FLOCH, 2008, p. 228) dos tratados e dos demais instrumentos de positivação do Direito Internacional⁵⁵.

Diga-se também que não raro se problematiza a agonia do conceito tradicional de soberania (BEDIN, 2009, pp. 167-168), em que os Estados são já incapazes de sozinhos lidarem com seus assuntos domésticos, além de a todo o tempo serem fiscalizados e sancionados por órgãos transnacionais que colocam as políticas externas subjetivas em constante controle.

Nesse diapasão, conforme argumenta Caíque Silva (2014, pp. 140-141), as aspirações de limitação interna do Poder soberano pelos constitucionalistas dos oitocentos, mostraram-se plenamente infrutíferas, pois muitas das nações que iniciaram e participaram ativamente das Duas Guerras, eram comunidades que

⁵⁵ Contudo, o próprio Fábio Floch (2008, p. 228) reconhece que o estágio atual não chegou às raias do monismo kelseniano, pois: “Esse processo, em realidade, cria uma série de ordenamento jurídicos semelhantes, porém distintos [...]”, inexistindo assim, ainda, uma única ordem jurídica entre o Direito interno e o externo”. Contudo, a constitucionalização do Direito das Gentes vai pouco a pouco introjetando nos ordenamentos das nações a sua paridade soberana com a Constituição, pois ambos têm agora os mesmos objetivos e as mesmas matérias de regulação. Em suma, a defesa dos direitos fundamentais e a organização política das comunidades não são mais propriedade exclusiva das Constituições, mas acabam sendo partilhadas com a sociedade internacional.

havam abraçado os dois dogmas constitucionalistas de controle do poder pelo poder (*checks and balances*) e do respeito formal às Cartas de Direitos de suas Constituições, de modo que manter a crença na manutenção da paz exclusivamente por esses métodos seria uma falácia.

Nesse passo, a teórica da sujeição dos Direitos Nacionais ao Direito Internacional utiliza-se do discurso da constitucionalização do *jus gentium*, e principalmente busca a sua concretização através da vultuosa produção normativa⁵⁶ dos *Tratados Internacionais de Direitos Humanos*, os quais buscam reproduzir os direitos fundamentais positivados pelas Constituições.

Com efeito:

[...] embora seja relativamente recente a utilização da expressão *constitucionalização do direito internacional*, em referência ao modo como se organiza e desenvolve o direito internacional em termos de um sistema supraconstitucional, com pretensão de supremacia de suas disposições sobre as disposições dos estados, em razão de fundamentação precedente em valores fundamentais que devem ser considerados como *erga omnes*, a origem dos axiomas consagrados normativamente através dos principais instrumentos normativos consagrados à escala global nos remete, sem dúvida, ao patrimônio acumulado ao longo do desenvolvimento do constitucionalismo. (SILVA, 2014, p. 146, grifos do autor).

No entanto, esse “patrimônio acumulado” vindo do constitucionalismo não seria completo se juntamente com os dois pilares da limitação do poder não estivesse atrelada uma terceira característica que torna o sistema implantado na órbita interna profundamente coeso, funcional e autoexecutivo, qual seja, o princípio da supremacia da Constituição, já visto acima.

Aqui, um novo impasse se apresenta.

Ora, se a antiga concepção constitucionalista de que as suas Leis Maiores internas são o centro irradiante de todas as demais normas que o Estado pode criar, o projeto de construção de uma macro soberania global através da constitucionalização do Direito Internacional continuaria amarrado aos “grilhões” dos

⁵⁶ André de Carvalho Ramos (2015, p. 105) cita que hodiernamente, estão em vigor *mais de 200 (duzentos) tratados internacionais de direitos humanos*, englobando não apenas o sistema mundial da ONU mas também os tratados dos sistemas regionais como o Europeu, o Americano e o Africano. Essa quantidade astronômica de normas permite ao estudioso ter ideia de como as suas leis internas acabam sendo, a todo momento, vítimas de contestação nas cortes internacionais com o chamado *controle de convencionalidade*, outra técnica copiada do modelo constitucionalista para garantir a força normativa da Lei Fundamental, e que ainda será visitada nesta exposição.

ordenamentos constitucionais internos, pois se a Lei Fundamental de um Estado desdiz o Tratado, bastaria a declaração de sua inconstitucionalidade para que aquela norma fosse descartada, fulminando de plano qualquer esperança de dar à norma supranacional qualquer força normativa.

Deveras, é justamente por isso que a tese do monismo não conseguiu se estabelecer no mundo fenomênico como parâmetro universal incontestado, pois através das Constituições, os Estados defendem a sua soberania interna. Assim, como a Lei Maior é o fundamento da comunidade política, nem sequer a elaboração de leis supranacionais pode desafiar a autoridade irradiante da Constituição⁵⁷.

Por conseguinte, foi preciso não apenas proclamar uma estrutura nos moldes do constitucionalismo para o Direito Internacional, mas também sustentar que as normas supranacionais que tutelem os direitos humanos, não devem ser consideradas como dispositivos equivalentes às demais leis, pois desta forma, a Lei Fundamental e estes tratados são colocados em pé de igualdade material.

Nessa esteira, começou-se a falar de um *controle de convencionalidade*, baseado na radicalização do princípio do *pacta sunt servanda*, o qual passa a exigir, no mínimo, a paridade na aplicação entre as regras e princípios aplicáveis à Lei Fundamental na aplicação das disposições das convenções de direitos humanos. A esta realidade, os doutrinadores franceses denominaram *bloc de constitutionnalité*⁵⁸ (bloco de constitucionalidade), ou seja, a concessão de uma dignidade constitucional a certas normas que não seriam estritamente positivadas pelo Poder Originário ou Derivado, mas que podem e devem invalidar outros atos e normas com elas conflitantes⁵⁹.

⁵⁷ É para justamente tentar evitar esta “fraude” ao processo de constitucionalização do Direito das Gentes que André de Carvalho Ramos proclama a necessidade do estabelecimento de uma “Teoria Geral dos Direitos Humanos” de caráter *universal*, buscando impedir que os Estados se utilizem de suas “idiosincrasias nacionais” (RAMOS, 2015, p. 27), incluindo aqui as suas próprias Constituições, para não aceitar uma interpretação dos textos convencionais mediante os parâmetros internacionalistas.

⁵⁸ É bem verdade que o art. 55 da Constituição Francesa vigente estabelece que *todos os tratados*, não apenas os de direitos humanos, assim que devidamente ratificados, recebem uma “*autorité supérieure à celle des lois*” (autoridade superior à das leis); contudo, não é porque a expressão alienígena tem uma origem diferente que isso importará em uma proibição do seu uso para o caso brasileiro e internacional, vez que, de fato, a nomenclatura foi importada pelos autores nacionais: “O bloco de constitucionalidade consiste no reconhecimento, ao lado da Constituição, de outros diplomas normativos de estatura constitucional” (RAMOS, 2015, p. 318).

⁵⁹ Hildebrando Accioly, G. E. do Nascimento e Paulo Borba Casella (2016, pp. 496-497) advertem que o ideal seria evitar o conflito entre as decisões de controle de constitucionalidade e as de controle de

3.4 O controle de convencionalidade

Na esteira preconizada por Valério Mazzuoli (2015, p. 421), o termo “controle de convencionalidade”, o qual manifestamente se aproxima do “controle de constitucionalidade”, já analisado, foi cunhado no julgamento do *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile* pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

A par da análise que foi feita do precedente *Marbury v. Madison*, o qual iniciou o *judicial review* da constitucionalidade das leis, uma breve leitura do Caso Almonacid Arellano parece necessária no escopo de investigar as premissas teóricas do controle de convencionalidade, tal como definido e defendido pelos internacionalistas. Veja-se.

Luis Alfredo Almonacid Arellano foi um professor de ensino básico chileno, candidato a vereador e militante pelo Partido Comunista (CIDH, 2006, p. 27 - § 82.1) que fora preso em sua casa em 16 de setembro de 1973, no povoado de Manso de Velasco, em uma operação chefiada pelos militares Raúl Neveu Cortesi e Manuel Segundo Castro Osorio (CIDH, 2006, p. 30 - § 82.11)⁶⁰.

Conforme o relato de Elvira del Rosario Gómez Olivares, esposa do sr. Luís e vítima do caso, ao entrarem na residência da família, os carabineiros (policiais militares) do governo Pinhocet empurraram, bateram e insultaram Luis Alfredo por suas convicções políticas, e exigiram que ele saísse de casa com as mãos para cima.

A vítima disse também que o sr. Almonacid obedeceu a ordem, embora estivesse muito nervoso. Contudo, enquanto ele se dirigia para o caminhão da polícia que estava parado na esquina de sua casa, supostamente ele teria tropeçado no caminho e seus óculos teriam caído no chão. Em sequência, ele teria se inclinado para pegá-los, mas ao fazer este movimento, os policiais reagiram e pôde-se ouvir disparos de metralhadora. No instante seguinte, a sr^a. Elvira teria visto que seu

convencionalidade, mediante a aplicação da teoria do duplo controle, para que se evitasse o risco de uma “guerra judicial” entre as Supremas Cortes e os Tribunais de Direitos Humanos.

⁶⁰ Deve-se recordar que no dia 11.09.1973, apenas 5 (cinco) dias antes da prisão de Almonacid Arellano, tinha ocorrido o golpe militar de Augusto Pinochet que destituiu o presidente eleito, Salvador Allende, mediante os Decretos-Leis nºs 1 e 3 de 11.09.1973 (CIDH, 2006, p. 27 - § 82.3), os quais dispunham, respectivamente, que uma Junta Militar assumiria temporariamente a Chefia do Estado, e que estava doravante decretado um Estádio de Sítio no país.

marido tinha sido acertado e que caíra no chão quase morto (CIDH, 2006, p. 20 - § 72, “a”). Em seguida, os policiais o socorreram, tendo ele sido levado para o hospital local. Todavia, o sr. Luis Alfredo acabou falecendo no dia seguinte (17.09.1973).

No dia 3 de outubro de 1973, o Primeiro Tribunal Criminal de Rancagua abriu o processo nº 40.184, no intuito de investigar o suposto homicídio, porém no dia 7 de novembro daquele mesmo ano a decisão foi revogada, determinando-se o arquivamento do caso. Entretanto, no dia 7 de dezembro a Corte de Apelações de Rancagua reformou a decisão da instância inferior, sendo que houve sucessivos desentendimentos entre os órgãos judiciais, até que, por fim, no dia 4 de setembro de 1974, a Corte de Apelações arquivou temporariamente o processo (CIDH, 2006, p. 29 - § 82.9).

Quase cinco anos após os fatos, em 18.04.1978, o governo chileno promulgou o Decreto Lei nº 2.191, *o qual concedeu anistia* às pessoas que tivessem cometido alguns crimes específicos durante o período de 11.09.1973 até 10.03.1978⁶¹, e desde que estes não estivessem sendo processados ou já estivessem condenados⁶².

Ato contínuo, em 04.11.1994 a sr^a. Elvira apresentou uma queixa-crime no Primeiro Tribunal Criminal de Rancagua, requerendo a reabertura do caso nº 40.184, sendo que o juiz da causa declarou-se incompetente, alegando que os fatos narravam crime militar. Todavia, a Corte de Apelações reverteu o julgamento, e foi aberto um inquérito para investigar o ocorrido.

Não obstante, em 15 de fevereiro de 1995, o Primeiro Tribunal declarou extinta a punibilidade dos militares Neveu Cortesi e Castro Osorio, ante o dispositivo do art. 1º do Decreto Lei de Anistia (CIDH, 2006, p. 32 - § 82.13), decisão essa que

⁶¹ O art. 1º do D.L 2.191 não fazia distinção entre os apoiadores do regime autoritário e os contrários, mas o art. 3º daquele instrumento dizia que estariam excluídos da anistia as pessoas condenadas por parricídio, infanticídio, roubo, tráfico de drogas, subtração e corrupção de menores, incêndios, violação sexual, estupro, incesto, embriaguez ao volante, corrupção, fraudes, estelionato e sonegação

⁶² No que toca às leis de autoanistia que as ditaduras militares sul-americanas promulgaram para barrar a investigação e punição de agentes estatais que violaram normas cogentes de direitos humanos, a palavra definitiva da Corte Interamericana deu-se no Caso Gomes Lund v. Brasil (Guerrilha do Araguaia), por meio do qual, de uma vez por todas, o Tribunal Internacional se posicionou como o guarda da Convenção Americana e dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos, exatamente em paralelo ao que as Cortes Supremas e Constitucionais se arrogam no direito particular dos Estados (cf. RAMOS, 2015, p. 323).

foi revogada pela Corte de Apelações, tendo o juiz de primeiro grau determinado 1) a prisão de Osorio e 2) informações sobre o paradeiro de Cortesi.

Osorio, então, foi solto mediante o pagamento de fiança. O militar recorreu da decisão que decretou sua prisão para a instância superior em 05.10.1996, sendo que em 30.10.1996, a prisão foi revogada, sua fiança devolvida e a punibilidade extinta por decisão da Corte de Apelações.

No entanto, em 27.09.1996, o Segundo Tribunal Militar de Santiago manifestou-se como absolutamente competente para conhecer e julgar a questão, tendo o conflito de jurisdições sido suscitado perante a Suprema Corte do Chile a qual, ao final, declarou como competente a corte castrense (CIDH, 2006, p. 33 - § 82.17).

Ato contínuo, a Segunda Promotoria do Exército e dos Carabineiros de Santiago requereu o arquivamento definitivo do inquérito ao Tribunal Militar, o qual deferiu o pedido em 28.01.1997, reconhecendo a fulminação da punibilidade pelo Decreto de Anistia.

Contra esta decisão foi interposta apelação pela sr^a. Elvira, alegando que *“la copiosa legislación internacional suscrita por Chile [...] hace improcedente la aplicación de la amnistía”*⁶³ (CIDH, 2006, p. 34 - § 82.21). Porém, a Corte Marcial do país, mesmo dizendo que ficou comprovado o cometimento do delito de homicídio contra o sr. Almonacid Arellano (CIDH, 2006, p. 35 - § 82.21), confirmou em definitivo a decisão do Segundo Tribunal Militar em 25.03.1998.

Diante de todo o imbróglio, em 15.09.1998, a esposa apresentou uma petição perante a Comissão Interamericana⁶⁴, alegando violação aos arts. 1.1, 8 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos (obrigação de respeitar os direitos previstos no Pacto, as garantias judiciais e o direito à proteção judicial, respectivamente).

⁶³ “A copiosa legislação internacional suscrita pelo Chile [...] torna improcedente a aplicação da anistia” (tradução nossa).

⁶⁴ Conforme se sabe, o art. 44 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) estabelece que compete à Comissão Interamericana receber as denúncias que forem apresentadas ao sistema regional, sendo ela quem fará o controle prévio de admissibilidade das demandas. Caso entenda o processo admissível, a Comissão, então, intima o Estado para apresentar explicações (art. 48. 1. “a”, CADH), buscando uma solução amigável para o conflito (art. 49). Somente se não se chegar a uma solução pacífica, a Comissão deverá elaborar um relatório (art. 50) e provocar a jurisdição da Corte que poderá responsabilizar o Estado pelas violações e estabelecer sanções pelo ilícito internacional (cf. VELASCO, 1999, pp. 575-577).

A Comissão entendeu admissível a demanda (CIDH, 2006, p. 2 - § 3), sendo que não houve conciliação durante o trâmite do processo no órgão não jurisdicional. Em 11.07.2005, a Comissão provocou a jurisdição da Corte, pugnando pela responsabilização do Chile em razão de não ter adequado seus dispositivos internos às normas da Convenção Americana.

Após a resposta do Estado, o qual apresentou exceções preliminares (CIDH, 2006, pp. 7 e 10-11 - §§ 39 e 52), e a realização de uma audiência pública, o Tribunal Interamericano concluiu que: 1) o homicídio de Almonacid Arellano deve ser qualificado como um crime contra a humanidade (CIDH, 2006, pp. 45 e 46 - §§ 96 e 98); 2) os crimes de lesa humanidade não são passíveis de anistia; 3) o Decreto Lei nº 2191 é incompatível com a Convenção Americana, sendo compulsório que quando o Legislativo de um Estado-membro se recusar a retirar do ordenamento interno uma norma que desafie a autoridade do Pacto de São José, os Judiciários desses países estarão obrigados a realizar um “controle de convencionalidade” daquela lei, *nos exatos termos da interpretação estabelecida pela própria Corte Interamericana* (exatamente como uma Corte Constitucional vincula os demais juízos⁶⁵ no sistema de jurisdição kelseniana):

[...] cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (CIDH, 2006, p. 53 - § 124, grifos não originais)⁶⁶.

⁶⁵ Segundo Thiago Carvalho Borges: “Os Estados signatários do Pacto [de São José, ou seja, da Convenção Americana,] se comprometeram a respeitar os direitos e liberdades de todos os seres humanos, em qualquer discriminação, e assumiram o dever de adotar, de acordo com suas normas constitucionais e com as disposições da Convenção, medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades” (2011, pp. 255-256). Sendo assim, essa “mudança” do princípio do *pacta sunt servanda* consubstanciada no novel controle de convencionalidade, importa o reconhecimento de uma *jurisdição convencional-constitucional* da Corte, a qual parece ter pretensões de não ser controlada sequer pelas Constituições internas dos países. Em suma: a Convenção Americana teria se consolidado como a Magna Carta de um “constitucionalismo regional” (BORGES, 2011, p. 256), com a sua Corte Constitucional específica.

⁶⁶ “[...] quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes estão, como parte do aparato estatal, também estão submetidos à ela, o que os obriga a velar para

Em sendo assim, o intuito último do mecanismo do controle de convencionalidade, tal como definido pela Corte Interamericana, é tornar aquele juízo, algo como a “Corte Constitucional” do sistema regional de proteção de direitos humanos, no intuito de compelir os Judiciários internos dos Estados-partes do Pacto de São José, a não somente a aplicarem o Tratado, mas acima de tudo a *aplicarem-no da forma que o próprio tribunal determinar*.

Nesse diapasão, conforme o escólio de Valério Mazzuoli (2015, p. 420), hodiernamente “é lícito entender que o clássico ‘controle de constitucionalidade’ deve agora dividir espaço com esse novo tipo de controle (‘de convencionalidade’) da produção e aplicação da normatividade interna”.

Conscientes disso, fácil compreender a posição de André de Carvalho Ramos (2015, p. 321), para quem o “controle de convencionalidade consiste na análise da compatibilidade dos atos internos (comissivos ou omissivos) em face das normas internacionais”, sendo que para este autor, o citado mecanismo pode ser subdividido em controle *autêntico* e em controle *provisório*.

O controle autêntico seria aquele que é exercido por tribunais ou órgãos supranacionais com a missão de fiscalizar e responsabilizar, com poderes *erga omnes*, os Estados que desrespeitem as disposições convencionais; ao passo que o controle provisório ou preliminar seria aquele em que o próprio Estado, de forma interna, analisa suas leis e atos normativos, de modo a preservar a força normativa dos tratados.

Nesse sentido:

Percebe-se, agora, a redação imperativa da Corte no sentido de ser um *dever* do Poder Judiciário interno o de controlar a convencionalidade de suas leis em face dos tratados de direitos humanos em vigor no país. Na frase derradeira do [...] Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile [...], segunda a qual o Poder Judiciário “deve ter em conta não somente o tratado, *senão também a interpretação que do mesmo tem efeito a Corte Interamericana*, intérprete última da Convenção Americana”, fica claro

que os efeitos das disposições da Convenção não sejam empobrecidas pela aplicação de leis contrárias ao seu objeto e fim e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de ‘controle de convencionalidade’ das normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana, intérprete última do mesmo, realizou” (tradução nossa).

também que o controle de convencionalidade exercido pelos juízes e tribunais nacionais deverá pautar-se pelos padrões estabelecidos pela “intérprete última” da Convenção (ou seja, a Corte Interamericana). (MAZZUOLI, 2015, p. 422, grifos no original).

Nessa ordem de ideias, através da institucionalização do controle de convencionalidade, o Direito Internacional dos Direitos Humanos requisita dos Estados uma tal reverência dos ordenamentos internos, que pode-se, ao cabo, questionar o seguinte: até mesmo as disposições expressas das Leis Fundamentais dos Estados estariam sujeitas a esse lógica do controle de convencionalidade? Em outra formulação: o *jus genitum* seria tão superior aos ordenamentos internos que ele teria atribuição inclusive de dizer que as Constituições particulares dos Estados devem ter sua convencionalidade controlada?

Em verdade, no caso do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, houve um caso em que essa questão se pôs.

Trata-se da Opinião Consultiva – O C 14/94⁶⁷ da Corte Interamericana, em que se questionou o art. 140 da nova Constituição Peruana de 1993, o qual aumentou a hipótese de aplicação da pena de morte para os casos de terrorismo⁶⁸, sendo que, até então, a vetusta Carta de 1973 só autorizava a aplicação da pena capital para os casos de traição em caso de guerra externa, *verbis*:

Artículo 235. No hay pena de muerte, sino por traición a la Patria en caso de guerra exterior. (Constitución Política de 1973).

Artículo 140. La pena de muerte sólo puede aplicarse por el delito de traición a la Patria en caso de guerra, y el de terrorismo, conforme a las

⁶⁷ A possibilidade da Corte elaborar Opiniões Consultivas está prevista no art. 64, 1, CADH, e “[d]estina-se, [...], a oferecer ao solicitante – Estado membro da Organização dos Estados Americanos ou qualquer dos órgãos relacionados no atual Capítulo X da Carta da OEA – a interpretação correta de dispositivo da Convenção Americana, ou de quaisquer outros tratados versando sobre direitos humanos, bem como sobre a compatibilidade entre as leis internas de um Estado membro da OEA e os instrumentos internacionais voltados à proteção dos direitos humanos no continente americano” (PEREIRA, 2014, p. 47).

⁶⁸ Como é de conhecimento público, em 05.04.1992, a República Peruana, até então governada por Alberto Fujimori, sofreu um golpe de Estado por parte do presidente que inconstitucionalmente fez publicar uma mensagem aos cidadãos, estabelecendo um Governo de Emergência e Reconstrução Nacional. O Chefe de Estado, então, dissolveu o Congresso, reestruturou a composição do Tribunal Constitucional e do Ministério Público e interveio nos governos regionais. Entretanto, a pressão internacional obrigou Fujimori a convocar um Congresso Constituinte que fosse eleito para materializar a reforma da Constituição vigente de 1973. Foi essa assembleia que elaborou o texto da Constituição de 1993.

*leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada. (Constitución Política de 1993)*⁶⁹.

A dificuldade está no fato de que os art. 4. 2 e 4. 3 da Convenção Americana, vedam, expressamente, a possibilidade dos Estados-membros que já não tenham eliminado totalmente a aplicação da pena de morte de estenderem o rol de possibilidades em que esse tipo de pena poderia ser aplicado:

Art. 4. [...]

2. Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. *Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente.*

3. Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido. (Grifo ausente no original).

Assim, a Comissão Interamericana provocou a jurisdição consultiva da Corte, requerendo que se esclarecesse se a elaboração de uma nova Constituição poderia ser utilizada como argumento para que o Pacto de São José fosse violado⁷⁰.

Quanto a isso, o pronunciamento do Tribunal foi no sentido de que é preciso fazer uma distinção: quando o Estado promulga uma lei nova que está em contradição com as normas internacionais, deve-se olhar para a eficácia desta no mundo fenomênico, pois se a lei não é de aplicabilidade imediata, a ocorrência de uma violação dos direitos humanos dependeria da concretização da norma inconvençional no caso concreto (CIDH, 1994, p. 11 - § 41), o que não se confundiria com o fato de que a lei abstrata não estaria descumprindo o tratado (CIDH, 1994, p. 12 - § 50).

⁶⁹ Artigo 235. Não haverá pena de morte, salvo por traição à Pátria em caso de guerra externa. (Constituição Política de 1973). Artigo 140. A pena de morte só poderá ser aplicada no delito de traição à Pátria em caso de guerra, e por terrorismo, conforme as leis e tratados que o Peru é parte obrigada. (Constituição Política de 1993) (tradução nossa).

⁷⁰ Cuida-se, evidentemente, de reconhecer na Convenção Americana, um instrumento de concretização da moderna teoria do *jus cogens* internacional, a qual pontifica a limitação o poder voluntarista dos Estados em desaplicar o Direito das Gentes. Como é do seu feitio, muito acertadamente Toru Yamamoto (2000, pp. 169-170) faz uma analogia entre o soerguimento das disposições normativas de *jus cogens* no Direito Internacional com aquilo que no direito interno chama-se usualmente de *normas de ordem pública*, ou seja, aquele amálgama de dispositivos que ou proibem, ou permitem ou obrigam os sujeitos de uma relação jurídica a tomarem determinada atitude. A violação de uma norma de *jus cogens*, nesse passo, constituiria um delito internacional ainda que o Estado não tivesse consentido em aceitar aquela norma em seu ordenamento interno.

Explica-se: segundo a jurisprudência da Corte Interamericana, o fato do Estado ter legislado em descompasso com a Convenção, é, por si, no plano abstrato, uma violação do tratado. Todavia, o Estado não pode ser responsabilizado internacionalmente apenas por isso, vez que uma lei inconveniente não é capaz de, abstratamente, comportar uma violação dos direitos humanos, caso a sua aplicabilidade dependa de um fato fenomênico posterior que nela se inclua: “*The contentious jurisdiction of the Court is intended to protect the rights and freedoms of specific individuals, not to resolve abstract questions*”⁷¹. (CIDH, 1994, p. 11 - § 49).

Por consequência, em verdade, a Corte reconheceu a imprescindibilidade de ocorrer uma violação material do Pacto de São José para que, através da sua jurisdição contenciosa, o tribunal pudesse condenar e punir o Estado infrator através do instituto da responsabilização internacional. Ademais, se a infração corresponder também a um crime internacional, o agente do Estado poderá, pessoalmente, ser responsabilizado pelo delito:

*In view of the above, THE COURT, unanimously, FINDS that it has jurisdiction to render this Advisory Opinion. AND IS OF THE OPINION by a unanimous vote, 1. That the promulgation of a law in manifest conflict with the obligations assumed by a state upon ratifying or adhering to the Convention is a violation of that treaty. Furthermore, if such violation affects the protected rights and freedoms of specific individuals, it gives rise to international responsibility for the state in question. 2. That the enforcement by agents or officials of a state of a law that manifestly violates the Convention gives rise to international responsibility for the state in question. If the enforcement of the law as such constitutes an international crime, it will also subject the agents or officials who execute that law to international responsibility.*⁷² (CIDH, 1994, p. 13 - § 58).

Com efeito, muito embora a Corte não tenha responsabilizado, leia-se “condenado”, o Estado do Peru pelo simples fato de ter promulgado uma nova disposição constitucional que manifestamente está em conflito (antimonia) com o

⁷¹ “A jurisdição contenciosa da Corte está voltada para a proteção dos direitos e liberdades de indivíduos específicos, e não para resolver questões abstratas” (tradução nossa).

⁷² “Diante do visto acima, A CORTE, por unanimidade, ENTENDE que possui jurisdição para estabelecer esta Opinião Consultiva. E É DA OPINIÃO por voto unânime que: 1. A promulgação de uma lei em manifesto conflito com as obrigações assumidas por um estado depois de ratificar ou aderir à Convenção, é uma violação do tratado. Ademais, se esta violação afetar a proteção dos direitos e liberdade de indivíduos específicos, isso ensejará a responsabilidade internacional do estado em questão. 2. A aplicação, por parte dos agentes ou oficiais de um estado, de uma lei que manifestamente viola a Convenção ensejará a responsabilidade internacional do estado em questão. Se a aplicação da lei como tal constituir um crime internacional, isso irá também sujeitar os agentes ou oficiais que a executarem à responsabilização internacional” (tradução nossa).

Pacto de São José, o tribunal deixou claro que *é perfeitamente possível às Cortes Internacionais censurar o Poder Constituinte Originário* de uma nação que descumpra abstratamente as disposições supranacionais cuja guarda lhes cabe, tendo já deixado claro que qualquer materialização dessa disposição normativa em um caso concreto consubstanciaria um delito internacional⁷³.

Do exposto, viu-se que tanto a Constituição quanto o Direito Internacional, perseguem o objetivo de positivizar as normas jurídicas mais elevadas da sociedade humana, de modo a atar todas as demais disposições legais do ordenamento à elas.

Entretanto, se tanto as Constituições quanto os Tratados tem essa pretensão de tornarem-se a “*supreme rule of the land*”, pode-se concluir que dependendo do lado da balança em que o interlocutor esteja situado, ele defenderá ou controle de constitucionalidade dos Tratados, ou o controle de convencionalidade das Constituições, o que instaura o caos completo no sistema contemporâneo.

Afinal, qual é o documento soberano a ser obedecido? Ou ainda, qual é a *hierarquia*⁷⁴ entre as Constituições os Tratados?

Está posto, nesse passo, o grande problema.

3.5 Conclusões e críticas

Diante do visto até aqui, muito embora as posições de constitucionalistas e internacionalistas sejam cristalinas e crepitantes na doutrina, a questão da *hierarquia* entre a Constituição e o Direito das Gentes não pode diminuir-se a uma simples disputa entre as ideologias (OLIVEIRA; SILVA, 2015, p. 172) dos

⁷³ Nessa linha, se de um lado é verdade, como dito acima, que o papel interpretativo do tribunal, segundo o caso *Almonacid Arellano v. Chile*, busca tornar a Corte Interamericana uma espécie de “Corte Constitucional” das normas supranacionais do sistema interamericano, inclusive com poderes de interpretação que teoricamente teriam força *erga omnes* sobre os Judiciários nacionais, de outro o paralelo entre o sistema concentrado de jurisdição constitucional e o controle de convencionalidade termina aí, pois diferentemente do modelo europeu, e semelhantemente ao modelo incidental estadunidense, a aferição concreta da violação do tratado é indispensável para a sanção internacional.

⁷⁴ Quando se fala em “*hierarquia*” entre a Constituição e os Tratados, não se está reportando à questão da relação entre o Direito Interno e o Direito das Gentes e às teorias monistas e dualistas relatadas no tópico 3.2. Na realidade, o imbróglio da *hierarquia* é o estudo de como ocorre a recepção do poder normativo internacional pelo Estado membro do tratado (DALLARI, 2003, p. 7), de modo que é permitido aduzir que existem diferentes possibilidades de hierarquizar um tratado.

doutrinadores, pois acima de qualquer vaidade que se tenha, o dever de organizar o ordenamento jurídico é um imperativo categórico para a pacificação social.

Sendo assim, antes de qualquer outra consideração, é importante deixar claro que tanto o constitucionalismo quanto o internacionalismo, trouxeram avanços civilizacionais inegáveis, os quais não podem ser olvidados⁷⁵. Assim, do lado constitucionalista, como visto nas linhas acima, os ideais de institucionalizar direitos e separar poderes, permitiram enterrar o absolutismo do Estado moderno, colocando-o como prestador de contas ao titular último de todo Poder político, qual seja, o Povo ou a Nação.

De outra forma, do lado internacionalista, o intento de cooperar com os Estados para ajuda-los a manter a paz e a segurança internacional com a incorporação das normas materialmente constitucionais, revela a possibilidade de fazer transbordar o que se convencionou a denominar de “Constituição” para além dos Estados (SILVA, 2014, p. 133), criando uma responsabilidade transindividual de identidade constitucional entre as comunidades políticas.

É a esta correlação que Caíque Silva denomina de “sincretismo constitucional”, uma “mistura” entre normas constitucionais estatais e supraestatais:

“Muitos são os sistemas jurídicos que hoje avocam natureza constitucional. E o fazem porque no seu âmbito espacial de atuação, exercem rigorosamente a mesma tarefa que a Constituição exercia com exclusividade no direito interno: limitação do Poder Público, garantia de direitos fundamentais e regulamentação de exercício de poder por uma estrutura razoavelmente organizada. Tais sistemas desenvolvem-se já com absoluta autonomia em relação ao constitucionalismo estatal” (SILVA, 2014, p. 131).

Contudo, embora não esteja incorreto sustentar que há vastos motivos para acreditar que o Direito das Gentes ainda há de conseguir um reconhecimento de sua dignidade constitucional, na verdade, existe um sério desequilíbrio e uma gritante diferença entre as Constituições e os Tratados que acabam por manter de

⁷⁵ Nesse sentido, Jorge Miranda (2011, p. 32) recorda que os primeiros *Bill of Rights* do constitucionalismo contemporâneo (a Declaração de Direitos da Virgínia, a Declaração de Independência Americana, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão Francesa, etc), traduziam algo absolutamente novo e original, a saber: a tese de que todo Estado, para ser legítimo, deveria existir para o homem e seus direitos. Por sua vez, André de Carvalho Ramos (2015, p. 65-66) leciona que após a falência do modelo vestifaliano, coube ao novo Direito Internacional estabelecer a reconstrução dos direitos humanos que foram obliterados pela monstruosidade das Grandes Guerras.

pé a separação ontológica dessas normas, a saber: o fato de que as Cartas Constitucionais traduzem, incontestavelmente, o desejo primário dos titulares reais do poder (do Povo ou da Nação), situação inexistente no Direito Internacional⁷⁶.

Tanto isso é verdade que, como visto, quando o detentor do Poder soberano cria a Lei Fundamental, ele faz questão de torna-la impassível de ser modificada pelas demais leis, porquanto exige um processo muito mais dificultoso de derivação do que o da legislação comum, garantindo-se a audiência e o consentimento das minorias (VERGOTTINI, 1999, p. 209).

Nesse sentido, é do equilíbrio entre os conceitos de Poder Originário e Poder Reformador que todo o edifício lógico do Direito Público atual se mantém de pé, vez que, como aduz José Afonso da Silva (2013, p. 47):

Da rigidez emana, como primordial consequência, o princípio da supremacia da constituição que, no dizer de Pinto Ferreira, “é reputado como uma pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político”. Significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado [...].

Com efeito, é porque a Constituição é uma Lei editada de modo ontologicamente diferente das demais Leis que é possível coroá-la como soberana do ordenamento, coisa essa que não acontece, em regra, com os Tratados.

Deveras, as normas internacionais são, quando muito, produto do debate havido entre os membros dos corpos diplomáticos, os quais discutem, produzem e trazem uma legislação pronta, com dezenas e dezenas de dispositivos, os quais muito pouca gente lê, apenas para receber o aceite dos Parlamentos e dos Chefe dos Poderes Executivos internos.

⁷⁶ Explica-se: a Constituição tem uma *legitimidade inquestionável* no ordenamento, pois ela é a materialização da vontade da comunidade política que revisita todas as demais instituições jurídicas existentes (NEGRI, 2002, p. 219), estabelecendo o *se* e o *como* de toda a ordenação estatal. Sendo assim, como a Lei Maior estrutura a própria essência do Direito no Estado, de fato, ela posiciona-se acima de toda a legislação não constitucional, incluindo-se aqui também os tratados. Em arremate, mesmo que os Tratados possuam normas que materialmente estão em pé de igualdade com aquilo que as Constituições estabeleceram desde os primórdios do constitucionalismo, para que eles pudessem verdadeiramente subordinar as leis da sociedade organizada, não se poderia dispensar a forma de sua promulgação, pois é justamente através da forma que se estabelece a autoridade que a Lei Fundamental possui.

Destarte, enquanto não for possível que as normas supranacionais também possam representar, de forma indiscutível, a vontade soberana do titular último do Poder, os Tratados estarão sempre, e com razão, em uma sensação de inferioridade perante as Leis Fundamentais, já que, no fundo, as avenças supranacionais estão, de fato, mais próximas formalmente de todas as demais leis comuns do que da própria Constituição.

Nessa esteira, foi para mudar esse quadro de coisas que muitos Estados começaram a reconhecer em suas próprias Constituições, mecanismos que conferem paridade entre estas e o Direito Internacional⁷⁷, especialmente quando se tratam dos tratados internacionais sobre direitos humanos. Um desses Estados é justamente o Brasil, cujo caso particular será estudado logo abaixo.

⁷⁷ Na verdade, existem nações que não explicitam como o tratado e o direito interno se integram (p. ex. a Suíça); e outras conferem a estas normas uma dignidade igualitária ao do direito infraconstitucional (v. g. EUA – art. 6º, Seção 2º, Áustria - art. 9º; e Portugal – art. 8º). Há outras, contudo, que conferem ao Direito Internacional uma dignidade acima das leis ordinárias, mantendo-o, porém abaixo da Lei Magna (e. g. Alemanha – art. 25; França – arts. 54-55; e Espanha – arts. 94-95); e há também aquelas que conferem às normas internacionais a possibilidade de estarem em paridade ou superioridade à Constituição (p. ex., Holanda – arts. 91-94; Brasil – art. 5º, § 3º; Argentina – art. 75, 22) (DALLARI, 2003, pp. 26-34).

4. A CONSTITUIÇÃO E OS TRATADOS NO DIREITO BRASILEIRO

4. 1. Gênese e correntes doutrinárias do art. 5º, § 2º⁷⁸

Na esteira desenhada pelas linhas acima, o momento atual de autoafirmação do Direito das Gentes, o qual se iniciou com a fundação da Organização das Nações Unidas e com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, está, em paralelo, alicerçado jusfilosoficamente nos núcleos do constitucionalismo clássico liberal das Revoluções Americana e Francesa, os quais sedimentaram que toda organização política, para ser legítima, deverá ter uma Constituição que assegure a limitação interna dos poderes do soberano e que garanta os direitos fundamentais (VEGORTTINI, 1999, pp. 269-270).

Ora, em sendo assim, poderia se imaginar que nesta fase contemporânea de interconexão entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional, a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988 iria pronunciar uma palavra explícita sobre como as normas supranacionais são recepcionadas no ordenamento interno brasileiro, vez que já naquela época, alguns dos Pactos de Direitos Humanos mais importantes do sistema global e a própria Convenção Americana encontravam-se à disposição do Estado para serem internalizados.

Entretanto, não se estabeleceu nenhuma diferença clara na *forma* com que as convenções internacionais são internalizadas pela República, vez que o art. 49, I da Constituição Federal de 1988 apenas repetiu aquilo que os arts. 34, n. 12; 40, “a”; 66, I; 47, I; e 44, I das Leis Fundamentais de 1891, 1934, 1946, 1967 e 1969, respectivamente, diziam⁷⁹.

⁷⁸ Como declarado no início, este trabalho de conclusão de curso visa “consolidar” as reflexões esparsas em artigos pretéritos do autor. Nesse diapasão, de forma geral, o conteúdo que será apresentado abaixo, foi originalmente publicado na Revista dos Tribunais de nº 952, em fevereiro de 2014, mas pode ser encontrado também na Revista do Direito Público da UEL, v. 11, n. 1, de 2015, na sua forma republicada.

⁷⁹ A Constituição Imperial de 1824 e a Constituição do Estado Novo de 1937 foram as únicas que não estipularam uma competência exclusiva do Parlamento decidir definitivamente sobre os tratados. A CI/24 dizia no art. 102, VIII, que cabia ao Imperador celebrar tratados de aliança ofensiva ou defensiva, de subsídios, ou ainda de tratados comerciais com as nações estrangeiras, levando tais instrumentos ao mero conhecimento da Assembleia Geral. Apenas quando os tratados que fossem celebrados em tempo de paz e importassem em cessão ou troca de territórios ou possessões do Império que o Parlamento deveria aprovar a decisão de Sua Majestade. Por sua vez, a CF/37

Na realidade, *a única grande diferença* estabelecida pelo constituinte de 88 frente ao que todos os outros já tinham feito até então no que toca aos tratados internacionais, foi o fato de estabelecer no dispositivo que fechava a Carta de Direitos fundamentais (art. 5º, § 2º), a seguinte disposição: “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*” (sem grifo no original).

Em verdade, desde a Carta Política Republicana de 1891, dispositivos semelhantes ao do art. 5º, § 2º, CF/88, sempre estiveram presentes nas Constituições brasileiras, apenas tendo um acréscimo substancial de conteúdo restritivo do seu alcance durante a vigência da Constituição Polaca de 1937. Contudo, antes da Carta Magna de 88, nunca tinha-se visto a introdução da expressão “tratados internacionais” na parte final do texto⁸⁰. Confira-se:

CF/91 – Art. 78. A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna.

CF/34 – Art. 114. A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros, resultantes do regime e dos princípios que ela adota.

CF/37 – Art. 123. A especificação das garantias e direitos acima enumerados não exclui outras garantias e direitos, resultantes da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição. O uso desses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição.

CF/46 – Art. 144. A especificação, dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.

CF/67 – Art. 150, § 35 - A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.

estabelecia no art. 74, “f”, que o poder de celebrar tratados era privativo do Presidente da República, devendo o Poder Legislativo referendá-los.

⁸⁰ Nesse particular, como se verá, a literatura internacionalista não convence, pois se é verdade que a Constituição de 1988 foi pautada por um desejo de redemocratização do País (MAZZUOLI, 2015, p. 911), o fato de apenas contatar-se a essa pequena diferença no novo texto constitucional, isso não indica que Lei Maior fez também uma louvável “revolução” em prol dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos (PIOVESAN, 2013, pp. 83-86). A sério, conforme se demonstrará depois, a introdução da expressão “direitos e garantias [...] dos tratados” não impediu o constituinte de considerar que os tratados também deviam respeito ao texto constitucional.

CF/69 – Art. 153, § 36. A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.

Nessa linha, a originalidade aposta na Lei Fundamental vigente abriu seríssima controvérsia doutrinária e jurisprudencial⁸¹, vez que a dicção expressa de que os direitos e garantias dos tratados ratificados pela República não podem ser excluídos pela declaração expressa de outros direitos e garantias previstos pela Lei das Leis, pôs em xeque a pacífica interpretação até ali vigente, baseada na doutrina norte-americana (DALLARI, 2003, p. 27), de que a hierarquia de todo e qualquer tratado que viesse a ser internalizado, era a mesma de qualquer outra lei infraconstitucional comum.

A divergência era composta por duas⁸² linhas de pensamento: a constitucionalista, que não via mudança significativa o suficiente para alterar o entendimento vigente; e a internacionalista, a qual pregava que houve substancial mudança de paradigma entre a Constituição de 88 e as demais, atentando que essa alteração não estava na *forma* em que os tratados eram internalizados, mas sim na *matéria* destes.

No intuito de simplificar a didática, que se trate agora de cada uma das correntes de forma individual.

4. 1. 1. Constitucionalista – hierarquia legal.

A vertente constitucionalista, defendida, e. g., pelo recém-nomeado Ministro do Supremo Alexandre de Moraes (2013, pp. 126-127 e 711-712), e pelos hoje ex-Ministros Moreira Alves e Sydney Sanches, pontifica que a introdução da

⁸¹ Em feliz exposição, aduz Leticia Antonio Quixadá (2009, p. 5): “A Constituição, apesar de dispor claramente sobre o processo de abertura ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, não definiu, explicitamente, a posição que os tratados internacionais de direitos humanos detêm na ordem normativa brasileira. Portanto, restou uma dúvida em relação a matéria, já que o art. 5º, parágrafo 2º do texto constitucional pode ser alvo de diferentes interpretações”.

⁸² Preferiu-se omitir a radical corrente “supraconstitucionalista” de Celso Albuquerque Mello, Agustín Gordillo, André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros (QUIXADÁ, 2009, pp. 25-26), a qual não usa meias palavras para defender a total abolição do direito estatal de manter a supremacia de sua Constituição quando a norma com ela conflitante estiver fundada em um tratado assinado e em vigor. Na realidade, essa posição foge profundamente da questão hermenêutica envolvendo o dispositivo em testilha, carreando-se de um desejo subjetivo utópico e irreal que não entra no debate específico aqui delineado.

expressão “tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” no § 2º do art. 5º, não revelaria substancial modificação do que já existia durante as vigências das Cartas Políticas anteriores, porquanto o constituinte originário apenas teria querido deixar expresso que o rol de direitos fundamentais não é taxativo.

Na verdade, como bem lecionou o Ministro Moreira Alves no julgamento do Habeas Corpus 72.131, o qual foi um dos primeiros a tratar da prisão civil por dívida do depositário infiel, a leitura geral de outros dispositivos da Carta Magna que não apenas o do § 2º do art. 5º, passava a mensagem de que estaria vedada a possibilidade de tecer segundas interpretações sobre o tema⁸³:

[...] é pacífico na jurisprudência desta Corte que os tratados ingressam no nosso ordenamento jurídico tão somente com força de lei ordinária (o que ficou ainda mais evidente em face do artigo 105, III da Constituição que capitula, como caso de recurso especial a ser julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, como ocorre com lei infraconstitucional, a negativa de vigência de tratado ou a contrariedade a ele), não se lhes aplicando, quando tendo eles integrado a nossa ordem jurídica normativa posteriormente à Constituição de 1988, o disposto no art. 5º, § 2º da nossa Constituição, pela singela razão que não se admite emenda constitucional realizada por meio de ratificação de tratado. (BRASIL, 1995, p. 8686).

Nesse mesmo sentido, o Min. Celso de Mello (BRASIL, 1995, p. 8729) sublinhou que situação diversa seria se a Constituição de 1988 tivesse adotado a mesma orientação da Reforma Constitucional Argentina de 1994, a qual declarou expressamente que alguns tratados de direitos humanos que estavam em vigor no plano interno até então, passaram a ter um *status* de norma constitucional em sentido estrito (RAMOS, 2015, p. 303).

Com efeito, não faria sentido algum realizar uma leitura revolucionária da expressão “tratados internacionais” do dispositivo em comento, vez que a sistemática (OLIVEIRA; SILVA, 2015, p. 174) da Carta Federal nos arts. 59, I e IV,

⁸³ Corrige-se aqui a exposição deste autor (OLIVEIRA; SILVA, 2015, pp. 174-175 e SILVA; OLIVEIRA, 2016, p. 144), quando se disse que os fundamentos da posição constitucionalista podiam ser enumerados como: 1) rigidez constitucional, 2) poder do STF declarar a inconstitucionalidade de tratados (art. 102, III, CB), e 3) questão de processo legislativo, a qual se subdividiria em a) não diferenciação entre a forma de internalizar tratados comuns ou de direitos humanos, e b) impossibilidade de que um mero decreto legislativo pudesse reformar a Lei Maior. Na verdade, os itens 1 e 3 da enumeração acima, confundem-se um com o outro, não sendo tecnicamente adequado mantê-los sob pena de pleonismo.

60, 102, III, “b” e 105, III, “a”⁸⁴, apontava, sem a menor sombra de dúvida, que o constituinte originário considerava que os tratados poderiam sim ser invalidados se contrariassem disposição expressa da Lei Fundamental, e que os pactos internacionais possuíam a mesmíssima força normativa que qualquer lei federal.

Ademais, pelo próprio conceito de Poder Constituinte Derivado, caso fosse possível que um tratado internacional pudesse reformar a Constituição, os defensores desta primeira corrente argumentam que estar-se-ia dizendo que a Lei das Leis Brasileira na verdade seria flexível, pois os tratados “reformadores” da Constituição poderiam ser aprovados tão somente mediante o consentimento da maioria simples das duas Casas do Congresso Nacional.

Portanto, seguem os constitucionalistas, as minorias do povo brasileiro estariam fadadas ao governo tirânico da simples maioria parlamentar, a qual poderia muito bem, e a qualquer momento, internalizar um tratado novo que possuiria a prerrogativa de alterar a Norma Suprema. Em suma: se não fosse respeitada a rigidez constitucional, a Carta Republicana teria perdido a sua própria identidade, tendo o país deixado de ter uma Constituição⁸⁵.

Embora os argumentos da posição constitucionalista sejam reconhecidamente fortes, a posição internacionalista (por todos, PIOVESAN, 2013, pp. 125-127 e RAMOS, 2015, p. 303) criticou severamente essa visão, vez que ela desconsiderava completamente uma substancial diferença histórica constatável entre a Constituição de 88 e as suas predecessoras. É por isso que estes juristas postulavam (e ainda postulam) uma interpretação mais ousada do dispositivo, conforme é possível checar infra.

⁸⁴ O art. 59, I e IV, CR estipula que dentre as espécies legislativas, em primeiro lugar apresenta-se a emenda à constituição, e em penúltima posição os decretos legislativos que internalizam os tratados. Ademais, o art. 60 estipula o quórum qualificado de três quintos das duas Casas Legislativas para as emendas constitucionais, ao passo que os decretos legislativos são aprovados por maioria simples. Por sua vez, o art. 102, III, “b” permite que o STF julgue em recurso extraordinário, a decisão que declare a “inconstitucionalidade de tratado”, o que dá a entender claramente que o princípio da supremacia constitucional se aplica também aos tratados (BRASIL, 1995, p. 8732; QUIXADÁ, 2009, p. 32). Finalizando, o art. 105 III, “a” ao conferir ao STJ o poder de julgar, em recurso especial, a decisão que contrarie tratado ou lei federal, demonstrou a equiparação entre estes instrumentos. (SOARES, 2002, p. 228).

⁸⁵ Foi para evitar todo este conflito que a antiga jurisprudência da Suprema Corte considerava que no caso de conflito entre a disposição normativa de um tratado e de uma lei federal, deveriam ser usados os critérios gerais de interpretação jurídica entre leis de mesmo nível, como, v. g., os critérios da anterioridade e especialidade (MORAES, 2013, p. 126).

4. 1. 2. Internacionalista – hierarquia constitucional

Na esteira do que foi dito acima, o constituinte de 1988 proporcionou uma ligeira mas importante ruptura⁸⁶ com a tradição das demais Cartas Federais ao introduzir no último dispositivo da enumeração de direitos, a expressão “tratados internacionais” ao lado da disposição genérica de que a principiologia da Constituição autoriza o reconhecimento de outros direitos fundamentais que não apenas aqueles descritos expressamente no texto.

Deveras, a origem dessa introdução se encontra na Audiência Pública ocorrida em 29.04.1987 (MAZZUOLI; 2015, p. 913 e OLIVEIRA; SILVA, 2015, p. 174), na sede da Subcomissão dos Direitos e Garantias Fundamentais da Assembleia Nacional Constituinte, quando o eminente professor da Unb, e na época consultor jurídico do Itamaraty, hoje ex-Juiz Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos e atual Juiz da Corte Internacional de Justiça, Antônio Augusto Cançado Trindade, afirmou o seguinte:

Seria de todo indicado, para concluir, recordando uma vez mais a compatibilização entre esses tratados [de direitos humanos] e o Direito Interno, que a nova Constituição explicitasse, dentre os princípios que regem a conduta do Brasil no plano nacional e internacional, promoção e a proteção dos direitos humanos, entendidos estes como abrangendo, tanto os consagrados na própria Constituição, ou os decorrentes do regime democrático, que ela estabelece, quanto os consagrados nos tratados humanitários de que o Brasil é parte e nas declarações internacionais sobre a matéria de que o Brasil é signatário. [...] Importa, enfim, que se elabore um capítulo sobre direitos e garantias individuais da nova Constituição, em harmonia com os dispositivos dos tratados humanitários de que o Brasil é parte, tornando-se aqueles dispositivos como o mínimo exigível do Poder Público. (BRASIL, 1987, p. 97).

No debate ocorrido durante a Audiência Pública, após a intervenção do constituinte Costa Ferreira, e a resposta do palestrante⁸⁷, o qual pediu que se

⁸⁶ Thiago Carvalho Borges (2011, p. 107), é da opinião que quando a República foi refundada pelo constituinte de 88 tendo como pilar básico a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais (ar. 4º, II), essas normas levam o intérprete a reconhecer a validade do argumento internacionalista, pois se por um lado os constitucionalistas buscam ler a Carta Magna sistematicamente, também os internacionalistas não estariam fechados na leitura do dispositivo do art. 5º, § 2º.

⁸⁷ O constituinte Costa Ferreira sugeriu que fosse escrito na Constituição que os tratados internacionais de direitos humanos, tão logo fossem celebrados no âmbito externo, automaticamente já estariam assinados e em vigor pelo Brasil. Entretanto, o prof. Trindade o advertiu que isso não

formulasse um dispositivo que *vedasse a possibilidade* de um governo futuro denunciar qualquer tratado já internalizado que tratasse de direitos fundamentais⁸⁸, o relator da Subcomissão, o constituinte Darcy Pozza, apresentou aos presentes o anteprojeto que a comissão provisória tinha sugerido para alargar a redação do dispositivo final da Carta de Direitos, tendo formulado a seguinte indagação ao renomado jurista:

Dr. Antônio Augusto, parece-me importante e fundamental a compatibilização do Direito Interno ao Direito Internacional. A atual Constituição [de 1967/69], no seu art 153, parágrafo 36, diz que a especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota. Já o anteprojeto da comissão provisória acrescenta: ou das declarações internacionais de que o País seja signatário. Não entende V. S^a que esse acréscimo já procura, de certa forma, compatibilizar esse Direito Interno com o Internacional como o mínimo desejável, de acordo com a sua exposição há pouco proferida? (BRASIL, 1987, p. 99).

Em resposta, o palestrante aduziu que aquele texto não era satisfatório, pois ao dizer “declarações internacionais que o País seja signatário”, poder-se-ia abrir uma brecha para que no futuro essas declarações fossem descumpridas, já que há consenso na doutrina (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2016, p. 489), de que as Declarações não são exatamente tratados, não possuindo qualquer força cogente contra os Estados⁸⁹.

Dessa forma, se o escopo ali era exatamente o de reafirmar a normatividade autônoma dos acordos supranacionais, o melhor seria dizer que não apenas os direitos e garantias presentes nas Declarações internacionais em que o Brasil é parte não seriam excluídos do rol de direitos fundamentais, mas sim que as

seria possível, pois a sistemática brasileira de separação de poderes exige a aprovação parlamentar do tratado. (BRASIL, 1987, p. 99).

⁸⁸ Lê-se na Ata da Audiência que o prof. Cançado Trindade disse que: “O importante é estabelecer que uma vez ratificados, esses tratados não possam, por exemplo, ser denunciados. Acho que nenhum governo, hoje, de sua consciência, poderia proceder à denúncia de um tratado humanitário” (BRASIL, 1987, p. 99).

⁸⁹ Flávia Piovesan (2013, pp. 216-217) ensina que sequer a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 possuiria força de lei, porquanto ela foi adotada pela Organização das Nações Unidas por meio de uma simples resolução. Nesse sentido, como a Declaração não é um tratado e o seu preâmbulo delimita que é um “dever ser” internacional promover o reconhecimento universal dos direitos humanos, a única função da Declaração seria dar uma interpretação autêntica para a expressão “direitos humanos”, constante na Carta da ONU.

prerrogativas de todos os tratados internacionais de direitos humanitários teriam essa especial tutela (BRASIL, 1987, p. 99).

Foi dessa fala do prof. Cançado Trindade que a Subcomissão, então, elaborou a Emenda nº 772, a qual foi aprovada pelo plenário da Constituinte em 11.08.1988 por 410 votos sim, 03 votos não e 02 abstenções, com a exata redação que se lê atualmente no art. 5º, § 2º da Carta Magna.

Diga-se ainda que todo o esforço depreendido pelo eminente jurista na Audiência Pública da Subcomissão, apenas reverberou a sua convicção pessoal de que os Estados e o Direito Internacional não devem se excluir, mas sim dar-se as mãos:

A incorporação da normativa internacional de proteção no direito dos Estados constitui alta prioridade em nossos dias: pensamos que, da adoção e aperfeiçoamento de medidas *nacionais* de implementação depende em grande parte o futuro da própria proteção *internacional* dos direitos humanos. Na verdade, como se pode depreender de um exame cuidadoso da matéria, no presente domínio de proteção o direito internacional e o direito interno conformam um todo harmônico: apontam na mesma direção, desvendando o propósito comum de proteção da pessoa humana. (TRINDADE, 2003, p. 506, grifos do autor).

Nessa toada, dizer que o constituinte de 1988 apenas copiou o modelo já consagrado nas Cartas Constitucionais anteriores, não encontra amparo fático, pois o Legislador Máximo, de alguma forma, parece ter desejado reconstruir a problemática da hierarquia dos tratados, conferindo ao Estado brasileiro severíssimas limitações⁹⁰ de disposição interna contra a letra das convenções assinadas pelo Poder Executivo e ratificados pelo Parlamento.

Com efeito, com a promulgação do § 2º, a doutrina internacionalista começou a teorizar uma verdadeira revolução na tradicional questão da hierarquia dos pactos supranacionais, defendendo a todo custo que quando uma convenção sobre direitos humanos é internalizada, o seu *status* normativo seria essencialmente paritário com a Constituição, porquanto quando o Poder Originário pronunciou uma

⁹⁰ Sobre essas limitações dispositivas contra o Estado, Valério Mazzuoli (2015, p. 936) defende, inclusive, a *ineficácia* de qualquer projeto de denúncia que fosse levado a cabo pelo Presidente da República contra uma convenção de direitos humanos que tenha sido incorporada pelo art. 49, I, c/c o art. 5º, § 2º, CB. Conscientemente ou não, essa posição parece estar em sintonia com o escopo original do constituinte, conforme o que foi debatido na Audiência Pública na Subcomissão de Direitos Individuais.

“não exclusão” dos direitos dos tratados, ele estaria falando de uma “inclusão” destes no Capítulo de Direitos Fundamentais:

Com base nesse dispositivo, que segue a tendência do constitucionalismo contemporâneo, sempre defendemos que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm índole e nível constitucionais, além de aplicação imediata, não podendo ser revogados por lei ordinária posterior. [...] se a Constituição estabelece que os *direitos e garantias* nela elencados “não excluem” outros provenientes de tratados internacionais “em que a República Federativa do Brasil seja parte”, é porque ela própria está a autorizar que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil “se incluem” no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem. (MAZZUOLI, 2015, p. 913, grifos autorais)⁹¹.

Conquanto a posição dos doutrinadores do Direito das Gentes seja igualmente defensável, o debate doutrinário e jurisprudencial levado ao Supremo Tribunal Federal, como se viu, pendeu para o lado constitucionalista, o que causou inúmeros protestos por parte dos internacionalistas, os quais começaram um movimento para que se emendasse a Carta Política, outorgando a hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos, de modo inequívoco (RAMOS, 2015, p. 306)⁹².

4. 2. Introdução dos §§ 3º e 4º pela EC/45

4. 2. 1. História do texto da Câmara

No meio tempo em que a jurisprudência do Supremo se estabilizou no sentido de conferir hierarquia meramente legal aos tratados, dois eventos importantes ocorreram concomitantemente, a saber: 1) o Congresso Nacional iniciou

⁹¹ Idêntico posicionamento é o de Flávia Piovesan (2013, p. 114, grifo da autora): “Ora, ao prescrever que os ‘direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais’, a *contrario sensu*, a Carta de 1988 está a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Esse processo de inclusão implica a incorporação pelo Texto Constitucional de tais direitos”.

⁹² Uma das formulações sugeridas pelos internacionalistas foi a de Valério Mazzuoli, a qual estatuiu um novo § 3º ao art. 5º da Carta Federal com a seguinte redação: “§ 3º 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” (2015, p. 918).

as tratativas para debater a Proposta de Emenda Constitucional da Reforma do Judiciário (PEC 96/1992), e 2) o Ministro Celso de Mello foi alçado à presidência da Suprema Corte no biênio de 1997-1999.

Como constatado, até então, o Ministro Celso de Mello, hoje decano do STF, tinha se posicionado do lado dos constitucionalistas, vez que a Constituição de 1988 não tinha seguido os passos de outras Leis Fundamentais do Direito Comparado, como as Constituições Holandesa e Argentina, as quais conferiram uma autoridade constituinte aos tratados que fossem aprovados pela maioria qualificada do Parlamento capaz de alterar a própria Carta Magna⁹³. Sendo assim, segundo o Ministro, a adoção da teoria internacionalista impescindiria de uma Emenda Constitucional que expressamente alçasse os tratados de direitos humanos a uma estatura constitucional.

Não foi por outro motivo que, então, nos idos de 1999, quando a Câmara dos Deputados estava debruçada sobre a Proposta de Emenda Constitucional nº 96/1992, a PEC da Reforma (ou Revolução) do Judiciário (vide SILVA; OLIVEIRA, 2016, p. 139), que o Ministro Celso, presidente da Corte, ao ser consultado pela Casa Legislativa para contribuir com sugestões para a reforma, enviou à relatora da Proposta na Comissão Especial, Deputada Zulaiê Cobra Ribeiro (PSDB-SP), a sugestão de oportunamente incluir na Constituição Federal, *um dispositivo semelhante* ao que existe na Lei das Leis Argentina (art. 75, nº 22, CA), conferindo de forma explícita o *status* de norma constitucional aos tratados e

⁹³ Cumpre, todavia, fazer uma pequena distinção. A Constituição dos Países Baixos diz no seu art. 91 (3), que: “Quando um tratado contiver disposições que derroguem a Constituição ou obriguem a derrogá-la, as Câmaras somente podem dar sua aprovação se contados no mínimo de dois terços dos votos expressos”. De forma diversa, a dicção do art. 75, n. 22, da Carta Argentina aduz que: a) há uma lista de tratados de direitos humanos que possuem hierarquia constitucional, b) estes tratados só poderão ser denunciados pelo quórum das emendas, e c) eles não derrogam qualquer artigo da primeira parte da Constituição e devem ser entendidos como complementários aos direitos reconhecidos por ela. Desta feita, na Holanda, qualquer tratado que possua uma disposição que contrarie preceito da Carta Política, para ser aprovado, dependerá da votação pela maioria qualificada das Câmaras Congressuais. Assim, uma vez aprovado o tratado segundo o rito especial, automática e concomitantemente haverá a internalização da norma convencional e uma reforma constitucional (DALLARI, 2003, p. 34). Em outro giro, na Argentina, só podem receber hierarquia constitucional os tratados de direitos humanos, os quais, em absolutamente nenhuma hipótese, derrogam as regras da Primeira Parte da Lei Fundamental (arts. 1º a 43º). Destarte, essas convenções de direitos humanos submetidas ao procedimento de emenda, uma vez internalizadas, *poderão* realizar uma “reforma” do Texto Magno, caso elas impliquem em modificação da Segunda Parte da Lei Maior (arts. 44º a 129º e disposições transitórias).

convenções de direitos humanos aprovados pela maioria parlamentar qualificada para reformar a Constituição.

Nessa toada, em 14.12.1999, a relatora apresentou o seu primeiro relatório, acolhendo o pedido do Ministro ao acrescentar na Constituição da República, um § 3º que viesse a interpretar autenticamente o § 2º, “adotando” a corrente internacionalista:

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 tomo do alcance do art. 5º, § 2. (BRASIL, 1999, p. 846).

Segundo o substitutivo da relatora (BRASIL, 1999, p. 862), esse parágrafo terceiro do art. 5º, possuiria a seguinte redação: “*Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais*”⁹⁴.

Ato contínuo, a Comissão Especial aprovou a redação proposta pela relatora e a matéria foi a plenário em conjunto com todas as demais modificações que a PEC 96/92 estava propondo no Poder Judiciário, sendo que em 20.01.2000, a Câmara aprovou o substitutivo adotado pela Comissão, em primeiro turno, com 456 votos “sim”, 21 votos “não” e 01 “abstenção”, ressalvados os destaques.

No meio tempo entre a votação dos destaques e a votação final em segundo turno, o plenário da Casa deliberou também sobre as chamadas “Emendas

⁹⁴ De fato, esta redação é muito próxima (quicá quase uma tradução) do art. 75, n° 22 (3) da Carta Argentina, o qual estabelece que além dos Tratados de Direitos Humanos que receberam expressamente da Constituição a “hierarquia constitucional”, “*Los demas tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requeriran del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Camara para gozar de la jerarquia constitucional*”. Alexandre de Moraes apresenta a seguinte tradução para esse dispositivo: “Os demais tratados e convenções sobre direitos humanos, devidamente aprovados pelo Congresso, requerem o voto de dois terços da totalidade dos membros de cada Câmara para gozarem da hierarquia constitucional” (2013, p. 711).

Aglutinativas”, ou seja, as disposições que ficaram de fora do texto aprovado pela Comissão Especial e que as bancadas parlamentares quiseram levar a plenário⁹⁵.

Dentre essas “Emendas Aglutinativas” que a Câmara deliberou, sobressai-se a de nº 20, apresentada pelo Deputado Juthany Júnior na qualidade de líder do PSDB, cujo texto propunha adicionar um § 5º e um § 6º ao art. 109 da Constituição Federal (SILVA; OLIVEIRA, 2016, p. 141), no intuito de criar o *incidente de deslocamento de competência* nas graves violações de direitos humanos, além de deixar consignado que: “O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão” (redação do que seria esse § 6º do art. 109).

Vale a pena sublinhar que o Tribunal Penal Internacional tinha sido criado em 1998 pela Organização das Nações Unidas, para se tornar uma Corte de Justiça Penal permanente de âmbito supranacional, no intuito de não mais ser preciso criar Tribunais Penais *ad hoc* para julgar os crimes contra a humanidade, como, e. g., foi preciso em nos caos de Nuremberg e Tóquio, no pós 2ª Guerra Mundial, e nos casos de Ruanda e Iugoslávia nos anos 1990 (BORGES, 2011, pp. 251-252)⁹⁶.

Nesse passo, foi elaborado um tratado internacional para este tribunal, o Estatuto de Roma, o qual foi subscrito pelo Brasil em 07.02.2000 (BRASIL, 2002, p. 16145), dois meses antes, portanto, da votação e aprovação da Emenda Aglutinativa nº 20 no plenário da Câmara em primeiro turno na noite do dia 05.04.2000 (OLIVEIRA; SILVA, 2015, p. 17), por 393 votos “sim” contra 14 “não”. Segundo o seu autor, a medida buscava “garantir à União os meios legais para

⁹⁵ Segundo José Afonso da Silva, em direito parlamentar, as emendas “[c]onstituem proposições apresentadas como acessórias a outra” (2013, p. 535). Nesse passo, as emendas “aglutinativas” seriam as proposições acessórias apresentadas nas propostas de emenda à constituição que não conseguiram consenso durante o debate na Comissão Especial, e que visam “aglutinar”, “ajuntar” o texto da reforma.

⁹⁶ Apenas se antecipa que o Estatuto de Roma é um tratado de direitos humanos específico, pois não declara abertamente os “direitos” das pessoas, mas estabelece as “proibições”, os “deveres de abstenção” globais: “[...] é a primeira vez que se estabelece uma instância penal internacional de caráter permanente, com capacidade para julgar os indivíduos responsáveis por crimes aberrantes, que atingem os direitos humanos mais elementares e nessa medida afetam a humanidade como um todo” (BRASIL, 2002, p. 1644).

apurar” as violações de direitos humanos, e “corresponder às obrigações internacionalmente assumidas” (BRASIL, 2000, p. 14563)⁹⁷.

Após todas as demais discussões e votações terem sido finalizadas, em 07.06.2000, a relatora apresentou a redação final da PEC ao plenário. A proposta então foi enviada ao Senado Federal para o procedimento de revisão. Ato contínuo, na Casa da Federação, a PEC do Judiciário foi renumerada, passando a ser a PEC nº 29/2000.

4. 2. 2. História do texto do Senado

Na Casa Alta, a PEC 29/00 foi distribuída, originalmente, na Comissão de Constituição e Justiça ao senador Bernardo Cabral (PFL-AM), o qual fora também o Relator-Geral da constituinte de 1986-87.

Durante o trâmite na CCJ, foi apresentada a Emenda nº 107, a qual pedia a supressão do dispositivo aprovado pela Câmara no art. 5º, § 3º, em razão de suposto *bis in idem* com o que já estava regulamentado pelo § 2º⁹⁸, nada sendo apresentado quanto ao dispositivo até então constante no § 6º do art. 109 do texto da Câmara.

Contudo, ao apresentar o primeiro relatório na Comissão em 13.11.2002, o relator rejeitou o acolhimento da emenda, vez que para ele: “não se configura *bis in idem* com o § 2º do art. 5º, que apenas reconhece direitos fundamentais de fonte extraconstitucional, mas não atribui a atos internacionais a força alteradora da Constituição. (BRASIL, 2002, p. 21081).

⁹⁷ Durante a votação da EA nº 20, apenas do Dep. Federal José Roberto Batochio (BRASIL, 2000, p. 14565) discursou especificamente sobre a inclusão do TPI na Constituição Federal. Para ele, a emenda era oportuna e muito apropriada, pois por meio dela o Brasil estava deixando consignado na sua Lei Fundamental que o Tribunal Internacional estaria de antemão autorizado a processar e julgar um eventual Chefe de Estado violador dos direitos humanos.

⁹⁸ Segundo os autores da emenda, outro motivo que também devia ser considerado seria o fato de que com a aprovação do § 3º, automaticamente as Convenções e Tratados aprovados segundo o procedimento de emenda derogariam e acrescentariam diversas normas à Constituição, fazendo com que se fugisse ao controle do Brasil, as disposições normativas de sua Lei Fundamental. Quanto a isso, o Senador Relator aduziu que mesmo conferindo-se hierarquia constitucional explícita aos tratados, estes seriam sempre, tal como as Emendas Constitucionais, normas *infraconstitucionais* estando suscetíveis às declarações de inconstitucionalidade caso afrontassem o núcleo imodificável da Carta Política (BRASIL, 2002, pp. 21080-21081).

Entretanto, a CCJ não conseguiu consenso para votar o relatório do senador Cabral naquela legislatura. Assim, quando o emérito parlamentar não se reeleger na legislatura subsequente, a relatoria da proposta passou ao senador José Jorge (PFL-PE), o qual foi o responsável por realocar (OLIVEIRA; SILVA, 2015, p. 171) na integralidade o texto relativo à submissão do Brasil à jurisdição do TPI para um § 4º do art. 5º, logo abaixo, portanto, do texto do § 3º. A razão invocada pelo novo relator para essa mudança, seria simplesmente a “afinidade material” (BRASIL, 2004a, p. 12821) entre os institutos dos dois dispositivos.

Diga-se também que já nesta época, o Congresso Nacional tinha finalizado o procedimento de internalização do Estatuto de Roma pelo Decreto Legislativo 112/2002, e o Presidente da República já tinha promulgado o tratado pelo Decreto nº 4.388/2002. Todavia, como o Senado ainda não tinha aprovado a PEC 29, obviamente que, até ali, a matéria tinha sido aprovada tão somente mediante maioria simples.

Contudo, quando finalmente o texto saiu da CCJ para vir a plenário em primeiro e em segundo turnos no dia 17.11.2004, o parecer nº 1.747 – CCJ trouxe um acréscimo pequeno, *mas extremamente sensível* na dicção do texto que seria votado no art. 5º, § 3º, provavelmente para garantir a aprovação da matéria junto ao demais senadores que tinham apresentado a Emenda Supressiva nº 107. O novo texto do colegiado dizia, precisamente, o seguinte:

Texto da Câmara: Art. 5º, § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Texto do Senado levado à promulgação: 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 constitucionais⁹⁹. (Grifo ausente no original).

⁹⁹ Em seu relatório e discurso, o senador José Jorge pontuou a seguinte observação sobre §§ 3º e 4º do art. 5º: “O primeiro ponto é a elevação dos tratados e convenções relativos a direitos humanos ao *status* de emenda constitucional. A partir de agora, quando aprovados em dois turnos, em cada uma das Casas do Congresso, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. A medida assegura maior efetividade ao sistema de proteção internacional dos direitos humanos. O segundo ponto é a sujeição do Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, a cuja criação o País tenha manifestado adesão. [...] [A] regra contribui para a efetiva punição dos crimes cometidos em detrimento dos direitos humanos, permitindo a aplicação das sanções sem o óbice da territorialidade” (BRASIL, 2004b, p. 36141).

Com efeito, a alteração operada pelos senadores foi a introdução das palavras “que forem” (verbo *ser* no futuro do subjuntivo) entre os sujeitos da oração (tratados e convenções de direitos humanos), e o adjunto adnominal (aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros). Há que se dizer, também, que para impedir que a modificação importasse no retorno do texto à Casa Iniciadora, foi preciso considerar que a inclusão do novo tempo verbal seria uma mera emenda de redação, e, portanto, impassível de revisão pela Câmara.

Segundo André de Carvalho Ramos (2015, p. 306), a grande dificuldade dos internacionalistas com o texto aprovado pela EC 45, é justamente essa introdução do tempo verbal do verbo “ser” no futuro do subjuntivo (*forem*), pois isso demonstra que o constituinte reformador fez uma discriminação entre os tratados de direitos humanos de antes e de depois da derivação na Lei Fundamental, separação esta que seria totalmente estranha ao desejo original do legislador¹⁰⁰.

Além disso, se o intento da Emenda era prestigiar os tratados de direitos fundamentais, ao se estabelecer uma maioria congressual qualificada para internalizá-los¹⁰¹, os atos de ratificação tornaram-se mais complexos e dificultosos, o que a médio e longo prazo acarretaria em um diminuto rol de pactos internacionais que receberiam a tal “equivalência de emenda” (RAMOS, 2015, p. 306).

De outro bordo, os constitucionalistas aproveitaram a alteração operada pela Emenda do Judiciário para reafirmar que os tratados não tinham equiparação constitucional, pois o próprio Poder Derivado precisou, *de lege ferenda*, criar um procedimento especial que permitisse conferir paridade entre os tratados e

¹⁰⁰ Um dos mais ferrenhos críticos à redação do § 3º é Valério Mazzuoli (2015, pp. 918 e ss). Segundo entende esse autor, a dicção da norma nova só denota o quanto o legislador brasileiro desconhece as regras mais fundamentais do Direito Internacional, além de demonstrar um formalismo anacrônico e totalmente incapaz de efetivamente solucionar o problema doutrinário que se tinha posto. Outro que não mediu palavras para demonstrar a sua insatisfação com o novel dispositivo foi o Juiz Cançado Trindade. Em seu voto no julgamento do caso *Ximenes Lopes v. Brasil* (CIDH, 2006, p. 101 - §§ 30 e 31 do seu voto em separado), o magistrado aduziu que o § 3º seria “mal concebido, mal redigido e mal formulado”, representando um “lamentável retrocesso” frente ao § 2º.

¹⁰¹ De forma um tanto quanto inadequada, o emérito ex-Ministro do STF e ex-Juiz da Corte Internacional de Justiça, prof. Francisco Rezek (2013, p. 139), alcunhou o § 3º de “cláusula holandesa”, vez que ele se aproximaria do art. 91 (3) da Carta dos Países Baixos como dito supra. Deveras, parece ser mais apropriado chama-lo de “cláusula argentina alterada”, pois o constituinte reformador expressamente fez menção ao modelo daquele país, sem conduto copiar na íntegra as linhas da Lei Suprema do país vizinho

a Constituição, tendo deixado expresso que essa nova regra valeria somente para eventuais casos futuros (SILVA, 2013, pp. 184-185).

Não se sabe, ao certo, se a doutrina e jurisprudência conhecem o fato de que toda a confusão gerada pela expressão “que forem”, foi fruto exclusivo de uma emenda de redação no Senado Federal, mas o fato é que depois da entrada em vigor da Emenda do Judiciário, seria inevitável que o Pretório Excelso da República viesse a rediscutir a matéria, levando em conta o novo dispositivo.

Nesse contexto, como agora consta expressamente na Lei Maior que o Congresso Nacional *pode* (e não necessariamente *deve*)¹⁰² conferir uma “equivalência de emenda” constitucional aos tratados e convenções de direitos humanos, que se detenha o olhar sobre o atual posicionamento dominante no Tribunal Constitucional.

4. 3. Corrente supralegalista – posição atual do STF

Após a entrada em vigor da Emenda 45/04, o Supremo Tribunal Federal apenas veio alterar a sua posição em 03.12.2008, com o julgamento em conjunto dos Recursos Extraordinários 349.703 e 466.343 e dos Habeas Corpus 87.585 e 92.566 (QUIXADÁ, 2009, pp. 44 e 46), os quais retomaram o debate envolvendo a prisão civil do depositário infiel.

A valer, a polêmica doutrinária envolvendo a prisão civil por dívidas do depositário infiel, envolve os textos expressos do art. 5º, inc. LXVII, *in fine* da CB, do art. 7º, n. 7 da Convenção Americana de Direitos Humanos, e do art. 11 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, *verbis*:

Constituição Brasileira: Art. 5º, LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel; (Sem grifo no original).

¹⁰² É de se corrigir aqui, também, a impropriedade narrada nos dois artigos que o autor publicou (OLIVEIRA; SILVA, 2015, p. 180 e SILVA; OLIVEIRA, 2016, p. 148), de que o novel dispositivo teria retirado a discricionariedade do Congresso Nacional em aprovar os tratados de direitos humanos pelo procedimento de maioria simples. Em verdade, só cabe ao Parlamento decidir sobre essa questão (MAZZUOLI, 2015, p. 925 e MORAES, 2013, p. 709), e tanto isso é verdade que desde a entrada em vigor da EC-45/04, o Congresso Nacional aprovou algumas convenções de direitos fundamentais sem as quatro votações de três quintos, dentre as quais se destaca especificamente a Convenção Interamericana contra o Desaparecimento Forçado de Pessoas (Decreto Legislativo 127/2011 e Decreto Presidencial 8.766/2016).

Convenção Americana de Direitos Humanos: Art. 7º, n. 7 - Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos: Art. 11 - Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual.

Da leitura dos diplomas acima, verifica-se que os três estabelecem a ilicitude de se decretar a prisão de alguém que não tenha cometido uma infração penal. No entanto, a Carta Magna de 1988 estabelece duas exceções a esta regra: a prisão civil para assegurar o pagamento de dívida de alimentos e a detenção para que o depositário de bem penhorado ou devedor fiduciário, não venha a se desfazer da garantia da dívida ou do próprio bem, respectivamente¹⁰³.

Não obstante, essa excepcionalidade à regra da prisão civil não é igualmente contemplada nos dois tratados acima delineados, porquanto para a Convenção Americana, apenas se poderia decretar a custódia de uma pessoa sem o cometimento de crime quando se estivesse diante de uma dívida alimentar, ao passo que para o Pacto dos Direitos Civis e Políticos, a prisão por inadimplemento contratual seria totalmente inadmissível¹⁰⁴.

Nesse contexto, qual a norma a ser aplicada? Afinal, podem os dois Pactos internacionais, os quais não foram elevados explicitamente pelo constituinte à dignidade de emendas constitucionais, restringir o alcance da regra esboçada pela Constituição?

Em verdade, como se disse, até o julgamento em conjunto dos quatro processos em dezembro de 2008, o STF adotava a posição constitucionalista da hierarquia legal conforme o *leading case* do HC 72.131, vez que na Lei Magna apenas constava o § 2º do art. 5º.

¹⁰³ O Ministro Moreira Alves, no voto proferido durante o julgamento do HC 72.131 (BRASIL, 1995, p. 8685-8686), fez questão de destacar que seja na primeira ou segunda hipóteses, a exceção do inciso LXVII do art. 5º, CF, é de compulsória observância, e tanto isso seria verdade que a própria Carta Política teria excepcionado a aplicabilidade do direito fundamental a não ser civilmente custodiado por dívidas. Nesse diapasão, como na época a Constituição do Brasil não possuía um mecanismo de reforma via tratados de direitos humanos, não se poderia usar da redação dos dois Pactos para negar vigência ao que expressamente a Carta autoriza.

¹⁰⁴ Para Flávia Piovesan (2013, p. 126), outro argumento que favorece a aplicação das normas internacionais ao caso, é que elas prestigiam o que haveria de ser mais favorável ao indivíduo, colocando como um retrocesso civilizatório a manutenção da possibilidade da custódia cível por inadimplência. Com o devido respeito, discorda-se da eminente professora da PUCSP, pois não se pode dizer com certeza que tornar a prisão civil totalmente ilícita seria um “avanço” para a humanidade, pois tal assertiva, conforme se verá, tem contornos subjetivos.

Entretanto, em decorrência da adoção do § 3º, o Min. Gilmar Mendes, ao julgar o RE 466.343-1, foi o primeiro a inaugurar a mudança de entendimento, pois a derivação operada pela EC 45/04 levava a crer que não seria mais factível manter a mera hierarquia legal da tese constitucionalista, conquanto o Texto Maior teria deixado expresso que se deve dar um tratamento diferenciado para os pactos de direitos humanos frente aos demais tratados subscritos pela República:

Não se pode negar, [...] que a reforma também acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico. Em outros termos, solucionando a questão para o futuro - em que os tratados de direitos humanos, para ingressarem no ordenamento jurídico na qualidade de emendas constitucionais, terão que ser aprovados em quórum especial nas duas Casas do Congresso Nacional -, a mudança constitucional ao menos acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados e convenções internacionais já ratificados pelo Brasil [...] (BRASIL, 2008c, p. 1144, grifos originais).

Todavia, o Ministro não acolheu a posição internacionalista da equivalência material entre a Lei Fundamental e os tratados, pois a redação do dispositivo insculpido no § 3º, ao anunciar uma conjuntura prospectiva pela expressão “que forem”, não elevou todas as convenções internacionais vigentes antes da Emenda ao *status* de igualdade com a Constituição, sendo que, em razão disso, a melhor interpretação seria a que conferisse aos pactos de direitos humanos anteriores à EC 45-04, uma posição intermediária, bem acima das Leis ordinárias e complementares, mas bem abaixo da própria Constituição¹⁰⁵.

A essa terceira corrente conciliatória, o Ministro Gilmar Mendes denominou de *supralegalista* (BRASIL, 2008c, p. 1154-1155), à semelhança do que ocorre em alguns países no Direito Comparado (Cartas Constitucionais Alemã - art. 25; Francesa - art. 55; e Grega - art. 28). Nessa ordem de ideias, o art. 7, § 7 do

¹⁰⁵ Lê-se no voto do Ministro Gilmar no RE 349.703 (BRASIL, 2008b, p. 717, grifado no original) que: “Apesar da interessante argumentação proposta por essa tese [a internacionalista], parece que a discussão em torno do *status constitucional dos tratados de direitos humanos* foi, de certa forma, esvaziada pela promulgação da Emenda Constitucional 45/2004 [...]. Em termos práticos trata-se de uma declaração eloquente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à reforma constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais”. Assim, em uma interpretação restritiva do § 3º, o juiz constitucional entendeu que o constituinte reformador não endossou totalmente a argumentação dos internacionalistas, e em assim sendo, seria inadmissível que o Judiciário, pela simples interpretação, avançasse onde o Congresso não o fez.

Pacto de São José da Costa Rica, o qual não teria revogado de fato o art. 5º, LXVII, CB, teria força normativa para paralisar (BRASIL, 2008b, p. 733) as leis infraconstitucionais que regulamentam a prisão civil do infiel depositário, independentemente da modalidade de depósito.

Esse poder “paralisador” das normas ordinárias seria cogente a todos os tratados de direitos humanos de antes da Emenda 45, não estando estes obrigados a receberem a formal equivalência de emenda à Constituição para se sobreporem às demais leis. Caso, contudo, o constituinte reformador desejasse¹⁰⁶ submeter os tratados já internalizados ao procedimento de emenda, isso seria plenamente possível, e a um só tempo essas Convenções ganhariam *status* de norma fundamental interna e revogariam as demais disposições com elas conflitantes na Lei Maior¹⁰⁷ (BRASIL, 2008c, p. 1161).

Nesse passo, foi essa terceira via de cunho conciliatório que pacificou o entendimento da Suprema Corte Brasileira no que toca à ilegalidade da prisão civil do depositário infiel, o que permitiu ao Tribunal editar a Súmula Vinculante nº 25, cuja redação é a seguinte: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”.

Todavia, a doutrina internacionalista não aceitou a interpretação dada pelo Tribunal Constitucional, pois conforme bem pontou o ex-Ministro Francisco Rezek, mesmo com a dicção do § 3º aduzindo para o futuro do subjuntivo, isso não implicaria necessariamente em dizer que os tratados de antes da reforma não receberam implicitamente a envergadura paritária com a Lei Maior, pois se poderia muito bem adotar o fenômeno da *represtinação* para o caso:

¹⁰⁶ Não obstante, há que se ressaltar que parece muito impróprio considerar que a norma descrita no § 3º está autorizar que tratados anteriormente aprovados e já em vigor, possam retornar ao Congresso como Projetos de Decreto Legislativo para serem submetidos a outras quatro votações de quórum qualificado. Na verdade, se o constituinte reformador desejar conferir a equivalência de emenda aos tratados de antes da EC 45, parece que a via adequada seria uma emenda constitucional propriamente dita, e não reapresentar as convenções para serem internalizadas novamente.

¹⁰⁷ André de Carvalho Ramos denomina essa bipartição entre classes dos pactos internacionais pela jurisprudência do STF de “teoria do duplo estatuto” (2015, p. 311). Os tratados de “estatuto supralegal” seriam os que foram internalizados antes da Emenda 45, e todos os posteriormente ratificados sem as duas votações de três quintos; ao passo que as convenções de “estatuto constitucional”, seriam somente aquelas submetidas às quatro votações de três quintos.

Uma última dúvida diz respeito ao *passado*, a algum eventual direito que um dia se tenha descrito em tratado de que o Brasil seja parte – e que não se encontre no rol do art. 5º. Qual o seu nível? Isso há de gerar controvérsia entre os constitucionalistas, mas é sensato crer que ao promulgar esse parágrafo [terceiro] na Emenda Constitucional 45 [...] sem nenhuma ressalva abjuratória dos tratados sobre direitos humanos outrora concluídos mediante processo simples, o Congresso constituinte os elevou à categoria dos tratados de nível constitucional. Essa é uma equação jurídica da mesma natureza daquela que explica que nosso Código Tributário, promulgado a seu tempo como lei ordinária, tenha-se promovido a lei complementar à Constituição desde o momento em que a carta disse que as normas gerais de direito tributário deveriam estar expressas em diploma dessa estatuta. (REZEK, 2013, p. 140, grifo do autor).

Nesse sentido, o princípio geral do Direito do “tempo rege o ato” (OLIVEIRA; SILVA, 2015, p. 183) indicaria que os tratados e convenções de direitos humanos anteriores à reforma de 2004 estariam sendo automaticamente repristinados pelo § 3º, na mesma dignidade de normas constitucionais em sentido estrito, de modo que somente seria necessário submeter tratados novos ao procedimento de derivação para que recebam a hierarquia constitucional.

Assim, muito embora tenha-se tentado nesta segunda parte da pesquisa, elaborar uma abordagem diacrônica do tema da “hierarquia” dos tratados de direitos humanos, passa-se agora para uma análise de cunho crítico-sistemático das três correntes apresentadas, tendo por base o paralelo esboçado no início entre o Direito Constitucional e o Direito das Gentes, além dos interesses demonstrados pelos legisladores constituintes tanto originário quanto reformador.

4. 4. Críticas às três correntes – análise conjunta dos §§ 2º, 3º e 4º¹⁰⁸

Na esteira do visto anteriormente, conquanto seja inegável a existência de um processo de constitucionalização do *jus gentium*¹⁰⁹, enquanto não for materialmente possível conferir aos tratados internacionais os mesmos institutos que

¹⁰⁸ Ainda sob o escopo “consolidativo” desta exposição, informa-se ao leitor que a interpretação pessoal do autor, analisada agora, pode ser encontrada no seu artigo “A proteção interconstitucional do não nascido”, o qual ainda não foi publicado. Naquele ensaio, analisa-se um caso prático específico no qual se aplica a interpretação aqui encontrada.

¹⁰⁹ “Já não mais se justifica que o direito internacional e o direito constitucional continuem sendo abordados de forma estanque ou compartimentalizada, como o foram no passado. Já não pode haver dúvida de que as grandes transformações internas dos Estados repercutem no plano internacional, e a nova realidade [...] assim formada provoca mudanças na evolução interna e no ordenamento constitucional dos Estados afetados [...]. Estas transformações recentes, têm, a um tempo, gerado um novo constitucionalismo [...]” (TRINDADE, 2003, pp. 508-509).

determinam a essência mesma da supremacia constitucional, quais sejam, a autoridade inquestionável advinda de um Poder Constituinte e a rigidez, os pactos internacionais estarão sempre substancialmente em uma sensação de desigualdade com as demais Leis Fundamentais nacionais, razão pela qual será sempre possível teorizar e aplicar o controle de constitucionalidade sobre eles.

Dessa forma, ainda que a Constituição do Brasil estipule no art. 5º, § 2º que os “*direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes [...] dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*”, isso não implica em dizer que ela não seja de fato, ainda, uma Constituição, e como constatou-se, para ser Constituição, todas as vezes que se queira reforma-la, o Poder Constituinte Instituído tem que ser avocado¹¹⁰.

Sendo assim, em um primeiro momento, deve-se dizer que quando o constituinte reformador criou um mecanismo para que os tratados internacionais fossem internalizados como emendas constitucionais, isso significou pôr termo ao grande problema teórico que precedia a emancipação dos pactos internacionais frente à Carta Magna, pois com a positivação do § 3º, é perfeitamente possível utilizar-se do Poder Constituinte Derivado para conferir uma autoridade inviolável na forma e na matéria ao Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Entretanto, o que dizer das três linhas interpretativas já citadas?

Do ponto de vista aqui adotado, acredita-se que já está na hora de deixar as teses subjetivas de lado (OLIVEIRA; SILVA, 2015, 187), pois o fenômeno analisado é, deveras, de uma solução profundamente simples: a redação dos §§ 2º e 3º do art. 5º, CF, estabelece *predicados diversos a sujeitos diversos*, cada qual com um *tratamento diverso*, não existindo no texto constitucional motivos para

¹¹⁰ Que não se diga que essa afirmativa vai de encontro ao interesse do constituinte originário de 1988, vez que na Audiência Pública de 27.04.1987 o prof. Cançado Trindade teria expressado que a nova Lei Suprema deveria vedar a possibilidade de um futuro governo brasileiro, denunciar aos tratados humanitários (BRASIL, 1987, p. 99). Na verdade, muito embora se reconheça que a Subcomissão tenha mudado a redação do anteprojeto para alargar a abrangência de aplicação dos tratados, não parece que a Constituinte tenha, de fato, impedido que o Estado exerça o seu legítimo direito de reavaliar os compromissos internacionais assumidos, pois não se disse em lugar algum, naquela época, que os *tratados e convenções de direitos humanos* faziam parte da Lei Fundamental brasileira. Pode-se cogitar com Valério Mazzuoli de que as denúncias de tratados de direitos humanos sem equivalência de emenda sejam ineficazes (2015, p. 936), mas de fato não há nada na Constituição que torne tal situação juridicamente inviável.

confundir a expressão “direitos e garantias dos tratados”, com a expressão “tratados e convenções de direitos humanos”.

A valer, quando a Constituição estabelece que os *direitos* dos tratados não podem ser excluídos do rol de direitos fundamentais, isso não significa que os *pactos internacionais*, em si considerados, ou seja, os diplomas normativos propriamente ditos, passam a fazer parte da Lei Máxima do País.

Por conseguinte, quando a Constituição menciona “direitos ou garantias dos tratados”, tal expressão aponta para um comando normativo que olha para *aquilo que foi acordado* internacionalmente, ao passo que quando ela fala de “tratados ou convenções internacionais”, se está indicando que há outra disposição normativa que considera *o acordo internacional em si*.

Nesse sentido, muito embora não se duvide que a Lei Maior deseja realmente prestigiar os direitos fundamentais consagrados em tratados, isso não autoriza que o intérprete sugira que sem autorização das minorias (AGRA, 2000, p. 67), através da própria convocação do Poder Instituído, as convenções sejam instrumentos capazes de verdadeiramente “derivar”, “reverter” o comando normativo expresso da Constituição.

Em outro giro, quando a Lei Maior determina que os direitos e garantias dos tratados não são repelidos do Capítulo sobre os direitos fundamentais, ela está estipulando que quando a norma constitucional não admitir, *expressamente*, o contrário do que o direito ou garantia supranacional está a instituir, deve-se aplicar diretamente a norma internacional que se internalizou.

Nesse diapasão, não é possível endossar integralmente a corrente internacionalista, pois como se disse, muito embora até se possa admitir o argumento da substancialidade constitucional dos tratados (PIOVESAN, 2013, p. 114), a natureza do *jus gentium* não o autoriza a liquefazer as regras constitucionais internas e explícitas determinadas pela Constituição.

Nessa toada, se a Lei Fundamental diz que determinada situação jurídica “A” terá como resultado aquilo que é “B”, não pode uma convenção de direitos humanos não equivalente à uma emenda dizer que a situação jurídica de “A”

deverá doravante acarretar o resultado de “não B”¹¹¹. Tal situação esdrúxula tornaria sem efeito a autoridade inquestionável que a Constituição possui pela sua rigidez, subvertendo a lógica que estrutura a própria existência do ordenamento jurídico estatal.

Não obstante, sublinha-se, por outro lado, que não se adota também a já ultrapassada e incoerente teoria constitucionalista, como se os tratados internacionais de direitos fundamentais não equivalentes às emendas constitucionais seriam exatamente como as demais leis ordinárias do Estado. Não. Sem dúvida, essa interpretação iria de encontro à intuição do constituinte originário de efetivamente alterar a redação do dispositivo final da Carta de Direitos, como visto acima (BRASIL, 1997, p. 99)¹¹².

Ademais, verifica-se que está igualmente defasada a doutrina supralegalista atualmente imperante no Supremo Tribunal Federal, a qual, com uma mão, mantém formalmente intocada a Lei Fundamental, e que, com a outra mão, trata de violar materialmente o conteúdo normativo da Lei Maior.

É que ao editar a Súmula Vinculante nº 25, o Pretório Excelso tratou de subverter o *logos* dos Poderes Constituintes, pois mesmo tendo sido confessado que o Pacto de São José não possui hierarquia constitucional no ordenamento interno, na prática, o entendimento encontrado acabou por derogar a cristalina possibilidade constitucional da prisão por dívida do depositário infiel.

Com efeito, a interpretação dada pela Corte Constitucional Brasileira, com todo o respeito, não encontra arrimo em nenhum dos contextos históricos que produziram seja o § 2º, seja o próprio § 3º, vez que em nenhum momento os

¹¹¹ Sublinhe-se que, do contrário, a rigidez constitucional ruiria, e com ela todo o arquétipo lógico-jurídico em que está calcada estrutura da comunidade política. Como bem acentua Jorge Miranda (2011, pp. 267-268): “A revisão constitucional é um ato intencional – ou seja -, um ato cuja perfeição depende de que o agente tenha querido não apenas a conduta mas também o resultado jurídico dela consequente. Para que haja revisão tem de se manifestar intenção ou finalidade de substituir, suprimir ou aditar normas formalmente constitucionais [...]. Não basta, em Constituição rígida, essa intenção. Postula-se ainda observância dos termos constitucionais de exercício do poder de revisão como poder distinto do poder legislativo ordinário; e é ela também que, ao cabo e ao resto, permite discernir a revisão da rotura constitucional”.

¹¹² Deveras, não é procedente o argumento do Ministro Alexandre de Moraes (2013, p. 126), pois o art. 5º, § 2º, CR, não estabelece, apenas, que há direitos fundamentais difusos no texto da Constituição. Em outras linhas: quando o dispositivo em testilha fala de direitos e garantias em tratados como direitos fundamentais, simplesmente não é coerente se sustentar que os direitos dos tratados não aprovados pelo procedimento de emenda teriam sempre caráter infraconstitucional, pois esse sentimento destoa completamente do que desejou o Poder Originário em alargar a importância dos tratados internacionais no quadro constitucional.

parlamentares brasileiros sequer cogitaram a hipótese de determinar uma “supralegalidade” aos tratados de direitos humanos anteriores à Emenda do Judiciário, até porque ainda que isso se desse, qual seria a consequência fenomênica de se conferir essa hierarquia aos tratados? Eles derogariam as leis ordinárias e desautorizariam a Carta Magna?

Na realidade, em meio a tantas interrogações, poder-se-ia tentar a via mais fácil e tão somente se questionar a legitimidade da CCJ do Senado Federal em ter operado a emenda de redação que introduziu a expressão “que forem” no dispositivo do art. 5º, § 3º, CB.

No entanto, tal hipótese não é suficientemente persuasiva, pois parece ser perfeitamente possível sustentar que o Parecer 1.747- CCJ não consubstanciou uma má-fé dos senadores, já que quando a Câmara dos Deputados aprovou a Emenda Aglutinativa nº 20, incorporando a jurisdição do Tribunal Penal Internacional na Constituição Federal, *ela já estava demonstrando que dentre os vários tratados de direitos humanos subscritos pelo Brasil até ali, apenas e tão somente o Estatuto de Roma estaria sendo alçado implicitamente à dignidade de emenda à Carta*, vez que quando se analisa em paralelo o modelo inspirador argentino em 1994, o Congresso do país fronteiriço escolheu a dedo tais e quais tratados de direitos humanos do passado receberiam a hierarquia constitucional.¹¹³

Deveras, se apenas o Estatuto de Roma, tinha sido citado pela Casa Iniciadora, é porque somente a ele ela teria concedeu indiretamente (OLIVEIRA; SILVA, 2015, p. 183) uma “equivalência de emenda” constitucional, pois não é possível imaginar que o Brasil se submeteria “à *jurisdição de Tribunal Penal Internacional*”, sem que todo o tratado que criou a Corte de Justiça Penal Internacional não pudesse realizar uma derivação plena das demais normas constitucionais que com ele eventualmente conflitassem.

¹¹³ Dentre os tratados de direitos humanos que receberam a hierarquia constitucional pela Reforma de 1994, estão contemplados no art. 75, nº 22 da Constituição Argentina as Declarações Americana e Universal dos Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica, os dois Pactos Internacionais de 1966, dentre outros. Ademais, como já se disse, a Carta Argentina permitiu que novos tratados de direitos humanos fossem internalizados desde que atingido o quórum das reformas constitucionais estritas, ou seja, uma única votação de 2/3 naquele país. Assim, como bem nota Alexandre de Moraes: “[...] para que houvesse a possibilidade de aplicação dessa mesma hipótese no Brasil, haveria a necessidade da Constituição Federal prever a incorporação dos tratados pelo Congresso nacional, por 3/5, em dois turnos de votação na Câmara dos Deputados e no Senado Federal” (2013, pp. 711-712), situação essa que tornou-se possível com a edição do art. 5º, § 3º.

Nessa linha, a interpretação dada pela Casa Alta em emendar o texto do § 3º, não consubstancia uma fraude à vontade da Câmara dos Deputados, e tanto isso é verdade que na esteira acima exposta, entre a assinatura do Tratado de Roma e a votação da Emenda Aglutinativa nº 20, tinham-se passado apenas sessenta dias, não tendo o Poder Executivo sequer levado o Estatuto para ser internalizado pelo Congresso Nacional.

Ora, se a Casa do Povo tinha querido que todos os tratados de direitos humanos recebessem a dignidade constitucional, não seria necessário introduzir expressamente a jurisdição do TPI no Texto Magno.

Ademais, outro detalhe deve ser considerado: o art. 12, I do Estatuto de Roma¹¹⁴ estabelece que só se tornarão partes do tratado os Estados que aceitarem expressamente a sua jurisdição. Nessa linha, quando a Lei Fundamental estabeleceu que o Brasil cederia parcela de sua soberania para cumprir com as determinações do Tribunal, é mais do que evidente que esse consentimento do Estado operou uma constitucionalização plena de todo o tratado (OLIVEIRA; SILVA, 2015, pp. 182-183), não se podendo falar que tal e qual norma constitucional interna estaria sendo violada material ou formalmente se o TPI determinasse o cumprimento de uma das suas decisões, desde que respeitados o devido processo legal e o contraditório, nos termos do próprio Estatuto:

Frise-se que o nosso poder constituinte derivado (reformador) [...] determinou, no § 4º do art. 5º da Constituição de 1988, introduzido pela EC 45/2004, que o Brasil “se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”. Assim, todas as disposições do Estatuto de Roma têm nível hierárquico constitucional no Brasil [...]. (MAZZUOLI, 2015, p. 1040).

Nesses termos, parece que cai por terra a tese levantada pelo Ministro Rezek do *tempus regit actum* (2013, p. 140), pois o Congresso Brasileiro *não foi silente* quanto aos tratados anteriores já subscritos, já que *um deles* foi mencionado pela Emenda Constitucional 45, e em sendo assim, não há que se cogitar o fenômeno da repristinação total implícita, pois apenas um dos pactos supranacionais foi repristinado pela nova norma do § 4º.

¹¹⁴ Estatuto de Roma: “Artigo 12. Condições Prévias ao Exercício da Jurisdição 1. O Estado que se torne Parte no presente Estatuto, aceitará a jurisdição do Tribunal relativamente aos crimes a que se refere o artigo 5º”.

Com efeito, uma análise conjunta dos §§ 2º, 3º e 4º do art. 5º, CRFB, leva a crer que definitivamente os tratados de direitos humanos anteriores à EC 45, *não são equivalentes às emendas constitucionais*, salvo, por via implícita, o Estatuto do Tribunal Penal Internacional (Decreto Legislativo nº 112/02 e Decreto nº 4.388/02)¹¹⁵.

Todavia, isso não responde a razão de ter-se dito supra que não merecem guarida as três correntes doutrinárias apresentadas no que tange à hierarquia dos tratados de direitos humanos.

É que, na verdade, agora que se definiu quais são os pactos supranacionais que detêm implícita e explicitamente a equivalência de Emendas Constitucionais, é plenamente possível definir a diferença substancial que estes possuem frente aos demais tratados de direitos humanos aprovados pela maioria simples e citados pelo § 2º.

Deveras, parece que a melhor interpretação possível para os direitos e garantias fundamentais consubstanciadas em tratados subscritos e internalizados pelo País sem a equivalência de emenda, é aquela que transcende a pueril visão da “hierarquia” dessas normas, com a utilização dos critérios gerais de “lei posterior revoga a anterior”, ou “lei especial revoga a lei geral”, ou ainda a péssima alternativa da aplicação da norma “mais favorável”, a qual não diz nada em si mesma.

Nesses termos, com o devido acatamento, a solução proposta por Valério Mazzuoli (2015, p. 931) e Kildare Carvalho (2011, pp. 604-605), os quais defendem que quando um tratado não equivalente a emenda possuir uma disposição contrária ao que diz a Constituição, bastaria tão somente que se aplicasse o princípio geral do “*pro homine*” do Direito Internacional, não é uma solução viável, pois não se pode presumir que todas as partes envolvidas no conflito da norma interna e internacional concordariam em definir qual seria a citada “norma

¹¹⁵ Nesse sentido, igualmente equivocada é a posição de Kildare Gonçalves de Carvalho (2011, pp. 605-606), o qual adota a vertente internacionalista mesmo confessando que a comparação entre a Constituição Argentina e a Brasileira, não estaria a autorizar que no ordenamento pátrio, o constituinte reformador elevou os tratados de direitos humanos anteriores à EC-45, à dignidade de emendas constitucionais. O motivo pelo qual o eminente desembargador endossaria a tese internacionalista é que a leitura feita pela Emenda do Judiciário enfraquece a busca da efetividade dos direitos humanos. Discorda-se dessa posição porque a guarda da supremacia da Carta Magna cabe aos congressistas brasileiros, os quais poderiam ter adotado na íntegra o exemplo argentino e não fizeram.

mais favorável”, pois para um deles poderia ser a norma “A” e para o outro a norma “B”, e ambos terem razão do seu ponto de vista (OLIVEIRA; SILVA, 2015, p. 176).

Com efeito, entende-se que o que deve ser feito é uma leitura mista, leia-se *sincrética*¹¹⁶, entre o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade, a qual análise, caso a caso, a subsunção dos direitos e garantias dos tratados a um controle de compatibilização *horizontal* (e não vertical) com as normas fundamentais internas, o qual não está adstrito a posições subjetivas ou aos critérios gerais de interpretação.

Esse controle misto só pode desvelar três hipóteses de compatibilização: a repetição, a anomia e a antinomia, as quais serão analisadas separadamente logo abaixo.

4. 4. 1. Normas de repetição

Dentre as hipóteses visíveis na compatibilização entre uma norma constitucional interna e os direitos e garantias dos tratados sem hierarquia constitucional, o primeiro que se apresenta é o da simples *repetição*, ou seja, o que está previsto na Carta Política é exatamente o que está previsto no tratado.

É o caso, por exemplo, do direito à vida (art. 5º, *caput*, CF analisado com o art. 6º do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e com o art. 4º do Pacto de São José), do direito à liberdade (art. 5º, *caput* e incisos LVI e LVII, CB analisado com o art. 9º do PDCP e arts. 6º-8, CADH-PSJ), do direito à saúde (art. 196, CB, analisado em conjunto com o art. 12 do Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e com o art. 10 do Protocolo Adicional à Convenção Americana), dentre muitos outros.

Sendo assim, na hipótese de repetitividade entre a norma interna e a internacional, pouco ou nada se tem a dizer, pois ambos os instrumentos acabam

¹¹⁶ Segundo a obra do prof. Caíque Tomaz Leite da Silva, o “constitucionalismo sincrético”, também denominado de “sincretismo constitucional” (SILVA, 2014, pp. 131-135), seria o evento observável no Direito Comparado que reconhece que o processo de constitucionalização do Direito Internacional e do Direito Comunitário na União Europeia, está levando à perda sensorial de se “hierarquizar” as normas constitucionais internas e externas. Na verdade, dever-se-ia compreender que a “soberania” das Constituições, ou o “primado” do Direito Comunitário, ou ainda o “*pacta sunt servanda*” do Direito Internacional Público, precisam se render ao dever de trabalharem em comum para o bem da humanidade, reconhecendo mutuamente suas dignidades e prerrogativas. Em suma, não se deveria esgotar o constitucionalismo em apenas uma das suas formas existenciais, mas se deveria retirar de cada um dos prismas fundamentais a sua importância e aplicabilidade.

tão somente enfatizando um ao outro, sendo obviamente possível a aplicação material de qualquer uma das normas, pois substancialmente elas serão uma só coisa¹¹⁷.

4. 4. 2. Anomias

O segundo fenômeno que pode ser observado quando se analisa em conjunto os direitos nos tratados e as disposições da Constituição, seria a chamada *anomia*, quer dizer, a possibilidade do dispositivo normativo convencional não ser repetido e nem contradizer expressamente uma norma da Lei Fundamental.

Seria o caso, por exemplo, do direito ao duplo grau de jurisdição em matéria processual penal, o qual não é previsto de forma expressa na Carta Magna e que o é no Pacto de São José da Costa Rica (art. 8º, n. 2, “h”).

Assim, de forma difusa e excepcionada a hipótese de prerrogativa de foro (a qual poderá se encaixar no fenômeno da antinomia, conforme se verá), pode-se dizer que já existe no ordenamento brasileiro o direito fundamental do réu em processo criminal poder recorrer, ao menos uma vez, para uma instância capaz de reanalisar seu caso de forma ampla, envolvendo matérias de direito, fatos e provas.

Outro exemplo seria a vedação genérica ao abortamento desde a concepção, pois muito embora o art. 5º da Lei Maior não verbalize explicitamente quando se inicia a tutela juspositiva do direito à vida, o art. 4º, n. 1 da Convenção Americana estabelece que este direito deve se iniciar na concepção¹¹⁸.

¹¹⁷ Diga-se ainda que como o § 1º do art. 5º determina que as normas instituidoras de direitos fundamentais detêm aplicabilidade imediata, isso significa dizer que todas as leis só passam a valer se de acordo com os direitos e garantias fundamentais. Nessa linha, a realização dos direitos fundamentais, incluindo-se aqueles em tratados, “não depende da verificação de condições de fato, como condições econômicas e sociais, podendo os direitos imporem-se em todo o escalonamento hierárquico normativo em que se articula o ordenamento jurídico” (CARVALHO, 2011, pp. 608). André de Carvalho Ramos (2015, p. 259) leciona também que o dispositivo do § 1º está em sintonia com a doutrina das *self-executing norms* (normas de execução imediata) e as *not-self-executing norms*, (normas sem execução imediata) dispensando o Estado, com efeito, de regulamentar infraconstitucionalmente o “como exercitar” o direito do tratado.

¹¹⁸ Não é do intento deste autor tecer comentários sobre a polêmica envolvendo o direito à vida e a ilicitude do aborto provocado, pois tais debates, embora importantíssimos, são paralelos ao objeto de estudo deste ensaio. Basta que se diga que “a vida, iniciada com a concepção, não pode sofrer solução de continuidade não espontânea, fazendo que o direito a ela se estenda ao nascituro” (ARAÚJO; NUNES JUNIOR, 2013, p. 188).

Sendo assim, quando houver uma disposição internacional que não exatamente “deriva” ou “reforma” a Lei Maior, mas tão somente a “complementa” (MAZZUOLI, 2015, p. 917) ou “integra”, não é necessário que a norma seja vestida com a hierarquia constitucional para ela se posicionar na Lei Fundamental,¹¹⁹ pois em verdade, nesse caso, *não haverá real conflito* entre os direitos e garantias dos tratados internacionais e a Constituição, devendo-se aplicar diretamente a norma do Direito das Gentes ao caso concreto.

4. 4. 3. Antinomias

Por fim, a última possibilidade seria a das *antinomias*, quer dizer, a possibilidade dos dispositivos das convenções de direitos humanos, explícita ou implicitamente, desafiarem a autoridade da Lei Maior, estabelecendo normas que estarão em cristalino conflito com o que o texto constitucional institui.

Pode-se citar aqui os casos já noticiados da prisão civil por dívida do depositário infiel (art. 5º, LXVII, CR em contradição ao art. 7º, n. 7, CADH e ao art. 11 do PIDCP) e do direito ao duplo grau de jurisdição em matéria penal para as autoridades com foro especial por prerrogativa de função (arts. 28, X; 102, I, “a”; 105, I, “a”; e 108, I, “a”, CB em oposição ao art. 8º, n. 2, “h”, PSJ).

Nessa toada, os casos de antinomias são, como o próprio nome sugere, hipóteses em que há real tensão entre a norma fundamental positivada na Carta Política e a norma internacional de um tratado de direitos humanos. Essa tensão só pode ser resolvida de dois modos: ou o tratado é equiparado às emendas constitucionais pelo Poder Derivado, operando-se o esvaziamento do conteúdo normativo, leia-se, a derrogação implícita, dos dispositivos da Lei Maior com ele conflitantes (OLIVEIRA; SILVA, 2015, p. 186); ou a Constituição Federal nulifica a norma externa com ela conflitante que não possui a hierarquia de emenda, não se

¹¹⁹ Vê-se que essa afirmação não é contraditória com a que foi feita anteriormente de que a ideia mesma de “Constituição” seria indissociável com a de rigidez. Na verdade, o direito ou garantia de um tratado de direitos fundamentais que não é contraditado por uma norma constitucional explícita, pode muito bem adequar o desejo do constituinte originário de prestigiar os tratados (SOARES, 2002, p. 239), sem violar o conceito fundamental de que as normas constitucionais formais só podem ser revogadas por outras normas constitucionais formais. Assim, se se adotar este posicionamento, dizer que os direitos dos tratados são “materialmente constitucionais” ou que são “supralegais” será apenas um jogo de palavras, pois na prática o direito ou garantia do tratado vinculará a legislação infraconstitucional e não será limitado pelo Magno Texto.

admitindo qualquer outra interpretação sob pena de se espancar a rigidez constitucional e com ela vilipendiar o próprio conceito de Lei Fundamental¹²⁰.

Nesse diapasão, nos dois casos supramencionados, entende-se plenamente vigentes as normas internas da prisão civil do depositário infiel e do julgamento em juízo único das autoridades com foro por prerrogativa da função, pois o Pacto de São José da Costa Rica, por exemplo, não foi equiparado pelo constituinte derivado à dignidade de emenda, não podendo assim, efetivamente “reformular”, “derivar” a Constituição em seu sentido mais estrito, sob pena de afrontar a vontade inquestionável do titular soberano do poder:

Sin embargo, este Poder Constituyente con la plenitude de atribuciones, aún encontrándose por encima de la Consititución, en la hipótesis de una Reforma Constitucional actúa observando las prescripciones dispuestas al efecto por un Poder Constituyente precedente. En otros términos, el cumplimiento de las normas constitucionales de reforma depende de la voluntaria observancia que a las mismas le preste el actual Poder Constituyente de Reforma [...]”¹²¹ (RICCI, 2004, p. 320).

Tal decisão só pode ser tomada por aqueles que atualmente representam ou possuem o poder de representar a vontade da Nação-Povo, não se admitindo qualquer censura por parte da doutrina seja qual for a vontade dos congressistas. Ademais, se com consentimento explícito das minorias fosse realizada uma emenda ao Texto Magno incluindo ali, *v. g.*, o Pacto de São José e a *International Bill of Rights*, não haveria absolutamente nenhuma chance de contestação às disposições normativas daquele diploma, estando disponível essa opção ao Poder Reformador até hoje.

Entretanto, enquanto ou se a situação atual se manter, os conflitos diretos entre a Lei Suprema e os direitos e garantias previstos em tratados não

¹²⁰ Que não se objete que a forma das Constituições nem sempre foi imprescindível para a diferenciação da norma jusfundamental das demais leis, citando o caso, por exemplo, da Grã-Bretanha e sua Constituição não escrita de mais de 400 anos, pois como leciona o professor Jorge Miranda (2011, pp. 170-171), a exceção dos britânicos não nega a regra, mas apenas a confirma, vez que há vários motivos metajurídicos que justificam a diferença.

¹²¹ “Sem embargo, este Poder Constituinte com plenas atribuições, encontrando-se ainda por cima da Constituição, na hipótese de uma Reforma Constitucional atua observando as prescrições postas em efeito por um Poder Constituinte precedente. Em outros termos, o cumprimento das normas constitucionais de reforma depende da voluntária observância que lhe preste o atual Poder Constituinte de Reforma” (tradução nossa).

constitucionalizados, resolver-se-ão pela simples declaração de inconstitucionalidade material e formal do dispositivo supranacional.

Nesse passo, já é possível compreender a força normativa dos tratados internacionais equivalentes às emendas, qual seja: reformar a Constituição, ser paradigma do controle de constitucionalidade convencional¹²², e impossibilitar totalmente a sua denúncia (MAZZUOLI, 2015, p. 930), como se demonstrará infra.

4. 5. A força normativa dos tratados equivalentes às emendas constitucionais

Na linha esposada acima, os tratados de direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais, possuem uma força normativa específica, consubstanciando normas internacionais e constitucionais em um único diploma normativo.

Entretanto, o primeiro obstáculo a ser vencido na comparação entre as convenções aprovadas pelo procedimento de emenda e as Emendas Constitucionais propriamente ditas, é compreender o que significa na sua essência o termo “equivalentes” do art. 5º, § 3º.

Segundo Valério de Oliveira Mazzuoli (2015, p. 923, grifos do autor), o termo “equivalentes” está a indicar que existe uma paridade jurídica imperfeita entre os pactos de direitos humanos e as Emendas Constitucionais:

Não há que se confundir a *equivalência às emendas*, de que trata o art. 5º, § 3º, com as próprias *emendas constitucionais* previstas no art. 60 da Constituição. A relação entre tratado de direitos humanos e as emendas constitucionais é de *equivalência* não de *igualdade*. O art. 5º, § 3º não disse que “A é *igual* B”, mas que “A é *equivalente* a B”, sendo certo que duas coisas só se “equivalem” se forem *diferentes*. Por isso, é inconfundível a norma do tratado *equivalente* a uma emenda constitucional com uma emenda *propriamente dita*, sendo também inconfundível o processo de formação de um (tratado) e de outra (emenda).

¹²² A doutrina mais encontra-se dividida no que toca ao debate sobre o reconhecimento das convenções equivalentes às emendas como parâmetro real de controle de constitucionalidade, ou tão somente de controle de convencionalidade pela via concentrada (MAZZUOLI, 2015, pp. 425-428). Entende-se aqui que a terminologia adequada seria a que une as duas nomenclaturas, pois não se pode dizer, por um lado, que a norma internacional constitucionalizada, não está contida na Constituição, desafiando real controle de constitucionalidade. Todavia, por outro lado, a norma supranacional manterá sempre seu caráter de tratado, desafiando também o controle de convencionalidade. Nesses termos, parece que a melhor terminologia seria controle de constitucionalidade convencional, pois as duas substâncias estão unidas, sem confusão, nem separação, nos tratados constitucionalizados.

Sendo assim, para o emérito professor da UFMT, como os processos formais de elaboração das Emendas Constitucionais e dos Decretos Legislativos incorporadores de tratados são materialmente diferentes, o rito de incorporação das convenções equivalentes às emendas não estaria sujeito às mesmas limitações de iniciativa das propostas de emenda (arts. 60, I a III, CF)¹²³.

Todavia, não é essa a interpretação dada pela Câmara dos Deputados através da Questão de Ordem 230/2007, a qual assentou a imprescindibilidade do Presidente da República ou de ao menos 1/3 dos Deputados Federais, requerer que determinado tratado ou convenção de direitos humanos já assinado venha a passar pelo rito procedimental especial.

Explica-se: quando a Presidência da República encaminhou ao Congresso Nacional a Mensagem 711/2007, solicitando pela primeira vez que o Parlamento internalizasse dois tratado de direitos humanos pelo procedimento do § 3º¹²⁴, foi proposta a Questão de Ordem acima mencionada pelo Deputado Federal Otávio Leite (PSDB-RJ) ao Presidente da Câmara dos Deputados à época, Deputado Arlindo Chinaglia (PT-SP), para que se estabelecesse como se daria a votação dos tratados equivalentes às emendas na Casa Baixa (BRASIL, 2007, p. 59948), vez que o Regimento Interno da Câmara não regulamentava, e também ainda não regulamenta explicitamente matéria.

Ato contínuo, o Presidente respondeu a QO 230 estabelecendo que em paralelo ao que existe no art. 60, II, da Constituição, é facultado ao Presidente da República expressamente pedir que determinado tratado seja levado ao Congresso para ser votado pelo rito das Emendas. Todavia, se o Chefe do Executivo não apuser a expressa solicitação de que o projeto seja internalizado pelos 3/5 dos congressistas, bastará que 1/3 dos Deputados (em paralelo ao art. 60, I, CB),

¹²³ E ele completa: “Enfim, a Constituição não diz que se estará aprovando uma *emenda*, mas um ato (nesse caso um *decreto legislativo*) que possibilitará [que] tenha o tratado (depois de ratificado) *equivalência de emenda constitucional*. Assim, tudo continua da mesma forma como antes da EC 45/04, devendo o tratado ser aprovado pelo Congresso por *decreto legislativo*, mas podendo o Parlamento decidir se com o *quórum* (e somente o *quórum*...) de emenda constitucional ou sem ele” (MAZZUOLI, 2015, p. 923, grifos autorais).

¹²⁴ No caso, os dois pactos internacionais da Mensagem 711/07 são a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e o seu Protocolo Facultativo, ambos levados para serem internalizados em conjunto.

subscrevam um requerimento pedindo a votação em dois turnos para que a presidência submeta a matéria conforme o art. 5º, § 3º, CRFB¹²⁵.

Vale frisar que, conscientemente ou não, a interpretação dada pela Câmara, está em sintonia com o entendimento do senador Bernardo Cabral ao relatar a PEC do Judiciário na Casa Revisora (BRASIL, 2002, pp. 21080-21081), pois tinha-se entendido que mesmo se conferindo a dignidade constitucional aos tratados aprovados pelo procedimento de emenda, eles continuariam estando subordinados às cláusulas pétreas materiais (art. 60, § 4º, IV, CF). Ora, se assim é, por qual motivo não estariam também subordinados aos limites formais circunstanciais como a legitimação ativa para propor as alterações na Constituição (art. 60, I-III, CB)?

Sendo assim, muito embora seja fato que os pactos aprovados por meio do rito das emendas não sejam, propriamente, Emendas Constitucionais, a equivalência entre as matérias autoriza a interpretação de que seja na matéria ou na forma, os tratados aprovados pelo rito do § 3º, podem sim ser submetidos a todas as limitações presentes na Constituição para a reforma constitucional comum, pois a *mens legis* está a dizer que o tratamento dado a uma Emenda deve ser exatamente o mesmo a ser dado a um Tratado equivalente à uma Emenda, antes, durante, e depois da conclusão do processo legislativo¹²⁶.

Há, todavia, séria divergência doutrinária se com a aprovação do Decreto Legislativo nos termos do art. 5º, § 3º, o Decreto de promulgação do Presidente da República seria dispensável para que o tratado tivesse vigência, em comparação ao processo das Emendas Constitucionais que não são remetidas ao Chefe do Executivo para sanção ou veto.

¹²⁵ Outro ponto interessante decidido pela QO 230/07 é que caso o tratado submetido às duas votações não seja aprovado, em qualquer uma delas, com os 308 votos necessários, muito embora tenha sido aprovado por qualquer quórum menor, a matéria seria considerada aprovada com *status* de lei ordinária, remetendo-se a proposta ao Senado Federal para a revisão. Tais fatos só demonstram que realmente só cabe ao Congresso da República decidir se haverá a internalização das convenções como se fossem emendas ou não (RAMOS, 2015, p. 312), estando definitivamente sepultada a posição que defende a obrigatoriedade do rito das emendas para todos os tratados de direitos humanos pós EC 45.

¹²⁶ Não obstante, como é manifesto, as convenções de direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais não serão promulgadas como as ECs comuns, com o número de ordem subsequente a anterior e pelas Mesas das duas Casas do Congresso (art. 60, § 3º, CR). Na realidade, a internalização desses tratados ainda se dará por meio de um Decreto Legislativo que ainda precisará ser promulgado por um Decreto presidencial futuro.

Para Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior (2013, p. 277), se o Congresso Nacional conferir a “equivalência de emenda” a um tratado ou convenção de direitos humanos, este estaria dispensado de ser publicado por Decreto presidencial para entrar em vigor¹²⁷: “A nosso ver, os tratados aprovados na forma do § 3º do art. 5º não dependem da promulgação do Presidente da República, dada inclusive a similaridade de se processo legislativo com a da Emenda Constitucional”.

Em outro giro, Valério de Oliveira Mazzuoli (2015, p. 924, grifos do autor) ensina que mesmo os pactos internacionais submetidos ao rito especial deverão ser promulgados por Decreto do Poder Executivo para terem vigência:

Aqueles que [...] pensam [não ser necessário o Decreto de promulgação,] não entenderam que a relação estabelecida pela Constituição entre os tratados de direitos humanos e as emendas (repita-se) não é de *igualdade*, mas de *equivalência*. Não é porque o Presidente da República não sanciona as emendas constitucionais que ele não irá *ratificar* um tratado internacional aprovado nos termos do § 3º do art. 5º da Constituição. Uma coisa não tem nada que ver com a outra [...].

Deveras, o debate é relevante do ponto de vista técnico e prático, pois como se verá, atualmente está pendente de promulgação presidencial o Decreto Legislativo 261/2015, o qual internalizou o Tratado de Marraqueche para a Publicação de Obras Literárias para Deficientes Visuais com a hierarquia constitucional, nos termos do art. 5º, § 3º.

Conforme o entendimento aqui adotado, parece que tem razão a posição que defende a imprescindibilidade do Decreto Presidencial de publicação, pois se é verdade que os tratados equivalentes às emendas estão sujeitos às cláusulas pétreas, a manutenção da necessidade de promulgação presidencial em nada viola o núcleo imodificável da Carta Republicana, de modo que parece plausível concluir com o posicionamento da segunda corrente que o caráter de

¹²⁷ Para André de Carvalho Ramos (2015, pp. 312-313), dever-se-ia pensar na desnecessidade de promulgação de quaisquer tratados, pois para ele inexistiria dispositivo constitucional que expressamente mencionasse a necessidade da Presidência da República editar um Decreto para aperfeiçoar a incorporação de pactos supranacionais. No entanto, este autor confessa que a praxe republicana de exigir a promulgação do Decreto Legislativo é resistente, vez que mesmo quando o Congresso Nacional aprovou os dois primeiros tratados pelo rito especial do § 3º, o Presidente fez questão de promulgar o Decreto 6.949/2009 para que não houvesse dúvidas da vigência interna da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e seu Protocolo Facultativo.

“equivalência” não revela, no ponto, uma “igualdade” com as Emendas Constitucionais.

Vencidos esses dois esclarecimentos iniciais, fala-se ainda de três peculiaridades que a internalização da convenção de direitos fundamentais pelo rito de emenda opera na Lei Maior, quais sejam: 1) a derivação, sem redução de texto, do conteúdo normativo das antinomias que existiam entre a Constituição e o Tratado (MAZZUOLI, 2015, p. 932-933); 2) a abertura para um controle misto de constitucionalidade e convencionalidade tanto na via abstrata quanto na concreta (RAMOS, 2015, p. 319); e 3) a vedação absoluta de se admitir que o Presidente da República e o Congresso Nacional denunciem a subscrição do Brasil ao pacto equivalente à emenda (PIOVESAN, 2013, p. 148), sob pena de crime de responsabilidade.

Valério Mazzuoli (2015, pp. 932-933, grifos no original) tece severas críticas à dicção do § 3º, inclusive no que tange ao poder de derivação constitucional que está contido na norma, pois ele entende que a aplicação dessa regra poderia se degenerar na interpretação de que como operou-se uma mudança no conteúdo do dispositivo constitucional pelos tratados, ainda que a Lei Fundamental contemplasse uma “situação mais benéfica” ao ser humano, dever-se-ia aplicar a norma do tratado, prejudicando a aplicação do princípio do “*pro homine*”¹²⁸:

Dizer que um tratado equivale a uma emenda constitucional significa dizer que ele tem a mesma potencialidade jurídica que uma emenda. E o que faz uma emenda? Uma emenda *reforma* a Constituição, para melhor, ou para pior. Portanto, o detalhe que poderá passar despercebido de todos (e até agora também não vimos ninguém cogitá-lo) é que atribuir *equivalência de emenda* aos tratados internacionais de direitos humanos, às vezes, pode ser perigoso, bastando imaginar o caso em que a nossa Constituição é *mais benéfica* em determinada matéria que o tratado ratificado. Nesse caso, seria

¹²⁸ É que cabe exclusivamente ao Poder Reformador modificar a Constituição (AGRA, 2000, p. 128), de modo que quando a Constituição Federal passou a instituir um mecanismo de derivação por meio dos tratados, o constituinte poderia estar, doravante, sujeito a situações perigosas em que para alterar uma mísera parcela da Carta Magna, centenas de outros dispositivos também estariam predispostos a derivar o texto constitucional em situações mais gravosas do que as anteriormente estabelecidas, o que manifestamente poderia ser “pior” para a “causa” dos direitos fundamentais. Entretanto, sublinha-se que este pensamento não vislumbra que o Poder Reformador, pela simples via da Emenda Constitucional comum, poderia, caso quisesse, modificar aquele dispositivo interno que para os internacionalistas seria “menos benéfico ao ser humano”, dispensando a própria incorporação do tratado para isso. A verdade, contudo, é que sem o procedimento especial, os tratados estariam sempre em uma situação formal de infraconstitucionalidade, o que dificulta a prosperidade do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

muito mais salutar, inclusive para a maior completude do nosso sistema jurídico, se se admitisse o “*status* de norma constitucional” desse tratado, nos termos do § 2º do art. 5º - e, nesse caso, não haveria reforma da Constituição, sendo o problema resolvido aplicando-se o *princípio da primazia da norma mais favorável ao ser humano* [...].

Pede-se, novamente, licença para divergir do eminente doutrinador, pois como visto, a equivalência de emenda serve unicamente para que o Congresso Nacional, ao analisar as eventuais antinomias que o tratado possua com a Lei das Leis, determine a derrogação da norma interna e a aplicação da norma internacional, restando incólumes as normas de repetição e as anomias.

Nessa toada, se a Lei Maior já previa uma disposição mais abrangente do que a do tratado, o caso será resolvido pela simples constatação de que nunca houve tensão verdadeira entre as normas interna e externa, mantendo-se o estado de coisas anterior.

Entretanto, não se põe em dúvida que tão logo seja promulgado o Tratado equivalente à emenda, haverá de fato a derrogação do conteúdo normativo com ela conflitante na Lei Fundamental, razão pela qual o pacto internacional integrará, para todos os fins, a Constituição.

Não é por outro motivo que uma vez incorporado, o tratado também será parâmetro para o controle de constitucionalidade-convencional tanto na via de ação por meio de ADI, ADECON ou ADPF¹²⁹, quanto na via de exceção através de qualquer arguição incidental de inconstitucionalidade.

Tal situação inova extraordinariamente na ordem jurídica interna, porquanto, como bem pontua André de Carvalho Ramos (2015, p. 319): “A filtragem constitucional do ordenamento, ou seja, a exigência de coerência de todo o ordenamento aos valores da Constituição passa a contar também com o filtro dos valores existentes nesses tratados de rito especial”.

¹²⁹ “Ora, se a Constituição possibilita sejam os tratados de direitos humanos alçados ao patamar constitucional, com *equivalência de emenda*, por questão de lógica deve também garantir-lhes os meios que prevê a qualquer norma constitucional ou emenda de se protegerem contra investidas não autorizadas do direito infraconstitucional. Nesse sentido, o que defendemos é ser plenamente possível utilizar-se das ações do controle concentrado, como a ADIn (que invalidaria a norma infraconstitucional por *inconvencionalidade*), a ADECON (que garantiria à norma infraconstitucional a compatibilidade vertical com um tratado de direitos humanos formalmente constitucional) ou até mesmo a ADPF (que possibilitaria exigir o cumprimento de um ‘preceito fundamental’ em tratado de direitos humanos aprovados pela sistemática do art. 5º, § 3º, da Constituição e em vigor no país)” (MAZZUOLI, 2015, p. 426, grifado pelo autor).

Nesse sentido, o controle de constitucionalidade passou a incluir em seu seio o controle de convencionalidade, devendo-se atentar para qual a situação concreta de compatibilização entre a Constituição e os tratados para que só depois se possa avaliar a contestação da norma infraconstitucional ao bloco de constitucionalidade.

Assim, pode-se dizer que o controle de constitucionalidade “puro” seria aquele em que a norma infraconstitucional afronta dispositivo direito apenas da Carta Magna, ou então da Constituição e dos tratados de direitos humanos que estiverem em perfeita sintonia, ou seja, cujas normas sejam de repetição.

Prosseguindo, o controle de convencionalidade “puro” seria aquele em que o legislador ordinário editou determinada lei que desafia a autoridade de um direito ou garantia fundamental presente em tratados internacionais, cuja incorporação tenha sido pelo § 2º, e desde que a Constituição tenha sido silente sobre a questão, caracterizando a anomia.

Por sua vez, o controle de constitucionalidade-convencionalidade seria aquele por meio do qual analisa-se se a norma infraconstitucional viola dispositivo convencional que foi incorporado à Constituição Federal pelo § 3º, o que determinará, a um só tempo, uma declaração automática de inconstitucionalidade e inconvencionalidade.

Por derradeiro, aponta-se também que outro efeito operado pelo tratado que vier a ser incorporado pelo procedimento qualificado do art. 5º, § 3º, é o da imodificabilidade da incorporação (OLIVEIRA; SILVA, 2015, p. 187-188)¹³⁰, vez que os direitos e garantias individuais das convenções de direitos humanos ganharão assento como se no art. 5º estivessem em toda a sua força normativa, o que os fará incidir, por consequência lógica, na cláusula pétrea do art. 60, § 4º, IV, CRFB¹³¹.

¹³⁰ Argumento diverso é sustentado por Flávia Piovesan (2013, pp. 147-148), para quem a cláusula pétrea dos direitos individuais irradiar-se-ia para todos os tratados internacionais de direitos humanos, sem ou com a equivalência de emenda. Na verdade, para ela o que impediria a denúncia do tratado seria a “renúncia implícita” ao direito de denúncia que as quatro votações de 3/5 opera, já que o Chefe do Executivo Federal não poderia questionar futuramente o “direito adquirido” da população que permitiu que por tão elevado quórum de seus representantes, o tratado fosse internalizado.

¹³¹ É bem verdade que parcela minoritária da doutrina, como por exemplo André de Carvalho Ramos (2015, pp. 309-310) e o ex-Ministro Cezar Peluso (BRASIL, 2008a, pp. 352-353), defendem que a denúncia mantém-se possível mesmo para os tratados que já foram aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos pelo voto de três quintos, desde que seja respeitado o

Ademais, o art. 85, *caput* e inc. III da Lei Suprema estabelece que são crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e especialmente aqueles que atentem contra o livre exercício dos direitos individuais e coletivos, norma essa regulamentada pelo art. 7º, item 9 da Lei do Impeachment¹³².

Ora, se os tratados aprovados pelo rito qualificado são incorporados à Constituição, qualquer ato do Presidente da República com vistas à denunciar o pacto internacional, incorreria, *ipso facto*, em atentado contra a Lei Maior, o que possibilitaria ao Congresso Nacional, processar, julgar e condenar o Chefe do Executivo à perda do cargo pela via do processo político do impedimento:

[...] se atribuir aos tratados de direitos humanos equivalência às emendas constitucionais [...], significa que tais tratados não poderão ser denunciados nem mesmo com Projeto de Denúncia elaborado pelo Congresso nacional, podendo o Presidente da República ser responsabilizado caso o denuncie (o que não ocorria à égide em que o § 2º do art. 5º encerrava sozinho o rol dos direitos e garantias fundamentais [...]) [...]. A responsabilidade do Presidente da República, nesse caso, decorre da regra constitucional que diz serem crimes de responsabilidade os atos presidenciais “que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais (art. 85, inc. III). [...] Em outras palavras, *todo ato presidencial* que atente contra a Constituição é passível de responsabilização, ainda mais [...] aqueles que vão de encontro ao “exercício dos direitos políticos, individuais e sociais”, como é o caso da denúncia dos tratados de direitos humanos internalizados de acordo com a sistemática do art. 5º, § 3º da Constituição. [...] Seria como o Presidente da República pretender, por meio de ato administrativo (um *decreto*, etc.), revogar uma emenda constitucional e, o que é mais absurdo, uma *cláusula pétrea* da Constituição (MAZZUOLI, 2015, pp. 934-936, grifos do autor).

Nesse passo, a mera tentativa do Presidente em denunciar o tratado com hierarquia constitucional, deve ser considerada como um ilícito constitucional, e

mesmíssimo quórum qualificado para tanto. Não obstante, essa posição é, com a devida vênia, deletéria para a questão em testilha, pois ela não vê que o § 3º posiciona os tratados equivalentes às emendas no bojo do Capítulo I do Título II da Carta Magna, justamente o capítulo dos direitos e garantias individuais cuja intangibilidade foi preservada pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, IV.

¹³² Constituição Federal: “Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais”. Lei 1.079/50: “Art. 7º São crimes de responsabilidade contra o livre exercício dos direitos políticos, individuais e sociais: 9) violar patentemente qualquer direito ou garantia individual constante do art. 141, e bem assim os direitos sociais assegurados no art. 157 da Constituição” Evidentemente que os dispositivos constitucionais citados no item 9 do art. 7º da Lei 1.079/50, são aqueles que vigoravam na vigência da Constituição de 1946, sendo correspondentes aos atuais arts. 5º, 6º e 7º da Constituição de 1988.

mais especificamente como um *inegável crime de responsabilidade*¹³³, o qual está tipificado não apenas constitucionalmente (art. 85, *caput* e III), mas também legalmente (art. 7º, item 9 da Lei 1.079/50).

Com efeito, quase finalizada está a presente monografia, apenas faltando averiguar alguns exemplos materiais de derivação já ocorridos na Lei Fundamental através da incorporação de tratados ou convenções internacionais sobre direitos humanos com equivalência de emenda, seja implícita ou explícita.

Nessa sequência, por primeiro deitar-se-á o olhar sobre algumas mudanças que foram operadas pela incorporação implícita do Estatuto de Roma ao Texto Magno através do art. 5º, § 4º, CR, e posteriormente analisar-se-ão as derivações realizadas pela Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (Decreto Legislativo 186/08 e Decreto 6.949/09). Por fim, falar-se-á do Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com Outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso (Decreto Legislativo 261/2015), e seus efeitos no ordenamento quando este for promulgado pelo Presidente da República mediante o Decreto de ratificação.

4. 6. Alterações na Constituição por Tratados

4. 6. 1. Antinomias entre a Lei Maior e o Estatuto do TPI

Como se viu, o Estatuto do Tribunal Penal Internacional é, por via indireta e implícita, um tratado que está em paridade com todo o arcabouço constitucional positivo, vez que o § 4º do art. 5º da Carta da República estabeleceu que o País se submeterá à jurisdição da Corte de Justiça Penal Internacional.

Foge do escopo da pesquisa tecer mais considerações sobre os antecedentes da criação do Estatuto de Roma do que aquelas já feitas supra, de modo que se preferirá citar três pontos, dentre outros que podem existir, em que a

¹³³ José Afonso da Silva (2013, p. 556) conceitua os crimes de responsabilidade como as “infrações políticas” apuradas em um “processo político-administrativo”, a ser realizado no Senado Federal (art. 52, I, CB), após a autorização prévia realizada pela Câmara dos Deputados (art. 51, I, CF), e que terá força de coisa julgada com a destituição ou absolvição do Presidente. Vale recordar, também, que já por duas vezes desde a promulgação da atual Constituição, o País testemunhou a aplicação do princípio republicano de responsabilização política do Chefe de Estado e de Governo, seja em 1992 com o caso Fernando Collor de Mello, seja em 2016 com o caso Dilma Rousseff.

Constituição da República teve seu conteúdo normativo derogado com a edição do Decreto Legislativo nº 112/02, cumulado com o Decreto nº 4.388/02 e com o dispositivo do art. 5º, § 4º, CB.

Sendo assim, em primeiro lugar, cumpre dizer que a Lei Fundamental do Brasil diz nos incisos XLVII, “b” e LI-LII, respectivamente, que não haverá quaisquer penas de caráter perpétuo, nem se admitirá a extradição de: a) brasileiros natos, seja qual for o motivo da solicitação; b) brasileiros naturalizados por crime posterior à extradição, salvo tráfico internacional de drogas; e c) quaisquer pessoas por crime político ou de opinião¹³⁴.

Ocorre, porém, que o art. 77, 1, “b” do Estatuto permite que o Tribunal condene alguém à pena de prisão perpétua, caso a magnitude do injusto e as condições pessoais do agente o justifiquem, e da mesma forma, o art. 89, 1, ETPI autoriza que a Corte especifique mandados para que os Estados-membros “entreguem” (*surrender* em inglês), quaisquer pessoas à jurisdição da Corte, o que aparentemente está em contradição com as disposições constitucionais internas acima citadas, abrigadas pelo manto da imutabilidade do art. 60, § 4º, IV, CB¹³⁵.

No que toca ao primeiro conflito (art. 5º, XLVII, “b”, CF e art. 77, 1 “b”, ETPI), Valério Mazzuoli (2009, p. 83-84) rebate o problema da declaração de inconstitucionalidade da criação de hipótese relativa à prisão perpétua, argumentando que a vedação explícita da Lei Maior seria direcionada tão somente para o legislador interno, não alcançando a legislação internacional ou os diplomas do Direito Comparado.

Nesse sentido, poder-se-ia tranquilamente aplicar o entendimento do antigo *leading case* da Extradicação 426 do Supremo Tribunal Federal, em que o

¹³⁴ Constituição da República: “Art. 5º [...] XLVII - não haverá penas: b) de caráter perpétuo; [...] LI - nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei; LII - não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião;”

¹³⁵ Dizem os arts. 77, 1, “b” e 89. 1 do Estatuto de Roma: “Sem prejuízo do disposto no artigo 110, o Tribunal pode impor à pessoa condenada por um dos crimes previstos no artigo 5º do presente Estatuto uma das seguintes penas: b) Pena de prisão perpétua, se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem. [...] O Tribunal poderá dirigir um pedido de detenção e entrega de uma pessoa, instruído com os documentos comprovativos referidos no artigo 91, a qualquer Estado em cujo território essa pessoa se possa encontrar, e solicitar a cooperação desse Estado na detenção e entrega da pessoa em causa. Os Estados Partes darão satisfação aos pedidos de detenção e de entrega em conformidade com o presente Capítulo e com os procedimentos previstos nos respectivos direitos internos”.

governo dos Estados Unidos solicitou a extradição de Russell Wayne Weisse que foi condenado pelo Estado da Califórnia à pena de prisão perpétua pelos crimes de homicídio, sequestro com propósito de roubo e roubo com o propósito de infligir lesões graves na vítima, todos agravados pelo uso de arma de fogo (BRASIL, 1985, p. 8)¹³⁶.

Naquela assentada, não prevaleceu o voto do Ministro relator, Rafael Mayer, o qual autorizava a extradição com a ressalva de que a pena aplicada não poderia ser superior à 30 (trinta) anos, conforme o que diz o art. 75, § 1º do Código Penal brasileiro, vez que o Ministro Francisco Rezek, seguido pelos demais pares, abriu divergência para que não fosse feita qualquer ressalva na extradição, já que muito embora a Constituição de 1969, em vigor à época, no art. 153, § 11º, já vedasse a possibilidade de prisão perpétua no Brasil, isso não significaria que o tratado de extradição entre os dois países seria inconstitucional por apenas contemplar expressamente que para condenações envolvendo a pena de morte, seria obrigatória a comutação desta, pois do contrário estar-se-ia afirmando que o País estaria obrigado a fazer sempre um controle prévio dos processos já transitados em julgado dos países estrangeiros, assegurando sempre a compatibilidade entre as regras do Direito Comparado e o rol de direitos fundamentais brasileiro em cada uma de suas fases (BRASIL, 1985, p. 17)¹³⁷.

Nessa linha, o Brasil não estaria *criando* uma pena de caráter perpétuo ao subscrever o Estatuto de Roma, mas tão somente reconhecendo a jurisdição de um Tribunal externo com poderes de aplicar esse tipo de pena para casos teratológicos, e com a ressalva de que a cada 25 (vinte e cinco) anos, a Corte deveria reavaliar a pena do reeducando para que, se fosse o caso, aquela fosse diminuída (art. 110, 3, ER).

Não obstante, a tese de que a prisão perpétua criada pelo Estatuto do TPI não viola a cláusula pétreia do art. 5º, XLVII, “b”, não está ainda bem

¹³⁶ É importante sublinhar que Weisse fora condenado e estava cumprindo pena na Califórnia quando, então, subornou um carcereiro e conseguiu se evadir para o Brasil. Ocorre que o delinquente, ao chegar no território nacional, foi capturado por contrabando e sentenciado à 03 anos de reclusão (BRASIL, 1985, p. 28), antes do governo americano solicitar a extradição para continuar o cumprimento da pena pelos crimes de homicídio, roubo e sequestro.

¹³⁷ A decisão do STF na Extradição 426 teria sido legítima na visão de Valerio Mazzuoli (2009, p. 83), por força do art. 91 da Lei. 6.815/80 – Estatuto do Estrangeiro, o qual não restringe a extradição em função da pena de prisão perpétua. Ora, conclui ele, se já com a extradição isso não seria inconstitucional, tanto mais em face da entrega para o Tribunal Penal Internacional.

sedimentada na doutrina, pois como já se disse, o Poder Reformador ao promulgar a Emenda do Judiciário, não passou um cheque em branco para as futuras legislaturas internalizarem tratados em nível constitucional que atentem contra cláusulas pétreas. Seguindo esse raciocínio, não seria coerente afirmar categoricamente que o art. 77 do Estatuto reformou o art. 5º, XLVII, “b”, CF:

Mesmo que tenha nível jurídico hierárquico de emenda à constituição, [os tratados] estarão sujeitos, obviamente, às limitações constitucionais ao poder de reforma da Constituição, uma delas constante no art. 60, § 4º, que proíbe a abolição ou restrição a direitos e garantias fundamentais” (BRASIL, 2002, p. 21081)¹³⁸.

Já no que tange ao segundo conflito ventilado supra (art. 5º, LI e LII, CF e art. 84, 1, ER), este, sem dúvida, não encontra esbarro na cláusula pétrea da impossibilidade de extradição, pois a “*entrega* de uma pessoa (qualquer que seja a sua nacionalidade e em qualquer lugar que seja) ao Tribunal Penal Internacional é um instituto *sui generis* nas relações internacionais [...], em todos os seus termos distinto [...] da extradição”. (MAZZUOLI, 2009, p. 76, grifos do autor).

A diferença solar entre os institutos é que a extradição é o ato em que um Estado submete uma pessoa física à jurisdição do outro para fins de cumprimento de sentença penal, ao passo que a entrega do TPI é o ato pelo qual um Estado-membro do tratado submete uma pessoa física à jurisdição de um *tribunal internacional* permanente, o qual integra a Organização das Nações Unidas (MAZZUOLI, 2009, p. 79), o que torna as variáveis inconfundíveis¹³⁹.

Prosseguindo, a terceira antinomia que se pode constatar entre a Lei Fundamental e o Estatuto de Roma, está consubstanciada nos dispositivos constitucionais que tratam das autoridades com foro especial por prerrogativa de função em crimes comuns, e mais especificamente nas imunidades presentes no art. 86, §§ 3º e 4º da Lei Maior, as quais vedam, cada qual, a possibilidade de prisão

¹³⁸ Pessoalmente, este autor entende que tanto uma quanto a outra interpretação são tecnicamente razoáveis, mas parece que realmente nem mesmo conferindo a equivalência de norma constitucional ao Tratado de Roma o Poder Derivado poderia abrir espaço para que uma pena de prisão perpétua pudesse ser criada no Brasil.

¹³⁹ Frise-se, ainda, que segundo Fauzi Hassan Choukr e Kai Ambos (2000, pp. 268-271), a delegação brasileira, prevendo os possíveis problemas internos que teria caso o Estatuto denominasse o ato de submissão de uma pessoa ao TPI de “extradição”, ajudou na elaboração do termo *surrender* de que fala o art. 89, 1 do Estatuto, de modo que é clara a impossibilidade de com base no argumento das vedações de extradição, tente-se impedir a entrega da pessoa à Corte.

cautelar do Presidente da República no curso do mandato, e a responsabilização penal do Chefe do Executivo por atos estranhos às suas funções¹⁴⁰.

Em verdade, todas as autoridades com prerrogativa de foro, e até mesmo o Presidente da República, poderão ser submetidas a julgamento no Tribunal Internacional por força do art. 27, 1 do Estatuto, o qual estabelece diretamente que nem mesmo a qualidade de Chefe de Estado ou Governo é impeditivo para que se configure a legitimidade passiva em Ação Penal deflagrada na Corte de Justiça Penal mundial¹⁴¹, estando, desta feita, derogada nessa hipótese, a “irresponsabilidade penal relativa” (MORAES, 2013, p. 507) do Presidente (art. 86, § 4º, CF).

Aliás, como bem recorda Valério Mazzuoli (2009, pp. 85-86):

Os crimes de competência do TPI – crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra, e crimes de agressão – [...] são quase sempre perpetrados por indivíduos que se escondem atrás dos privilégios e imunidades que lhes conferem seus ordenamentos jurídicos internos [...] as imunidades ou privilégios especiais [...] não constituem motivos que impeça, o Tribunal de exercer sua jurisdição em relação a tais assuntos. O Estatuto elide qualquer possibilidade de invocação da imunidade de jurisdição [...].

Ademais, pelo art. 92 do Estatuto do TPI, em um hipotético caso de urgência, o Presidente da República também poderia ser preso preventivamente no curso do mandato caso ele cometesse algum dos crimes do art. 5º do tratado, de modo que também, nesse caso específico, o conteúdo normativo do § 3º do art. 86 da Norma Fundamental teria sido esvaziado.

4. 6. 2 Antinomias entre a Lei Maior e os DLs 186/08 e 261/15

¹⁴⁰ Constituição Federal – “Art. 86, § 3º Enquanto não sobrevier sentença condenatória, nas infrações comuns, o Presidente da República não estará sujeito a prisão. § 4º O Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções”.

¹⁴¹ “Artigo 27, 1 - O presente Estatuto será aplicável de forma igual a todas as pessoas sem distinção alguma baseada na qualidade oficial. Em particular, a qualidade oficial de Chefe de Estado ou de Governo, de membro de Governo ou do Parlamento, de representante eleito ou de funcionário público, em caso algum eximirá a pessoa em causa de responsabilidade criminal nos termos do presente Estatuto, nem constituirá de per se motivo de redução da pena”. Essa regra é uma das poucas provisões ainda inalteradas pela tradição da justiça penal supranacional desde o Tribunal Penal *ad hoc* de Nuremberg (CHOUCKR; AMBOS, 2000, p. 50).

O último ponto que se analisará em seguida, diz respeito às derivações operadas na Constituição, pelos três únicos tratados que possuem explicitamente a equivalência de emenda (a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, seu Protocolo Facultativo e o Tratado de Marraqueche).

Sobre o texto propriamente dito da Convenção em comparação com o texto da Constituição do Brasil, apenas saltam aos olhos duas antinomias mais evidentes: 1) a nomenclatura presente nos arts. 7º, XXXI; art. 23, II; art. 24, XIV; art. 37, VIII; art. 203, IV e V; art. 208, III e IV; art. 227 § 1º, II e § 2º; e art. 244 da Constituição (pessoas portadoras de deficiência) contrastar com a nomenclatura adotada pelo art. 1º da Convenção (pessoas com deficiência), e também por todos os demais artigos do pacto (SILVA; OLIVEIRA, 2016, p. 156); e 2) o fato de que o art. 208, III, CF poder ser interpretado no sentido de promover a separação obrigatória ou facultativa de crianças, adolescentes ou jovens sem deficiência de outros com deficiência durante o fornecimento da educação pública ou privada, em oposição ao art. 24, 1, 2, “a” e “b” do texto convencional que estabelece a educação inclusiva obrigatória¹⁴².

Do ponto de vista técnico, a denominação adotada pelo diploma internacional é manifestamente mais adequada do que a nomenclatura utilizada pela Lei Maior brasileira e por outros tratados mais antigos como a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (Decreto Legislativo 198/2001 e Decreto 3.956/2001), pois a deficiência não é um apêndice a ser “portado” ou “transportado” pela pessoa deficiente, de modo que a terminologia que melhormente se adequa ao Direito Internacional dos Direitos Humanos é a adotada pela Convenção da ONU:

¹⁴² Após uma leitura atenta do texto da Convenção de Nova York, e também do Protocolo Facultativo que institui o Comitê sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, parece que, excetuando-se estes dois pontos, não havia divergências objetivas entre o Tratado e a Constituição Federal, pois ou os dois instrumentos convergiriam integralmente (casos de repetitividade – arts. 5º a 7º, 10, 12 a 19, 21 a 30, CSDPD, em face dos arts. 5º, 7º, XXXI, 37, VIII, 203, IV e V, 227, § 1º, II e § 2º, 244, CRFB), ou então todos os demais dispositivos incorreriam no fenômeno de anomia, porquanto em nenhum momento a Lei Maior continha disposições normativas que divergiam do conteúdo da Convenção ou do Protocolo Facultativo. Não obstante, essa análise em nada tira a força normativa especial que os Tratados em exame receberam pelo quórum qualificado, conferindo aos diplomas em testilha a “primazia que lhe[s] é inerente no topo da pirâmide legislativa nacional” (FARIAS; CUNHA; PINTO, 2016, p. 18).

Destaca-se ainda a atualização da nomenclatura que deverá ser feita na legislação brasileira para a assunção do termo pessoa com deficiência, abandonando os termos antigos, como “pessoas portadoras de deficiência”, “pessoas com necessidades especiais”, “deficientes”, entre outros. [...] Esse avanço da terminologia faz parte da revolução de valores em que a inclusão social e o respeito à dignidade humana das pessoas com deficiência passam a ser reconhecidos como direitos fundamentais. Essa nova visão, resultante da luta dos movimentos sociais de pessoas com deficiência e de direitos humanos, significou a mudança no modo de se referir, de olhar e de lidar com as pessoas com deficiência e suas relações com a sociedade e, em decorrência, com os conceitos anteriormente estabelecidos. (BRASIL, 2014, p. 33).

Diga-se também que o legislador brasileiro, ciente de que precisa adaptar sua linguagem àquela prevista na Constituição através da Convenção com hierarquia constitucional, recentemente aprovou dois outros diplomas normativos que já albergam a mudança terminológica acima mencionada: a Lei Brasileira de Inclusão – Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015)¹⁴³, e a Nova Emenda Constitucional dos Precatórios (EC 94/2016), a qual alterou a redação do art. 100, § 2º da Carta da República já se utilizando da nova nomenclatura.

Ademais, com a internalização da Convenção pelo procedimento de emenda constitucional, não se admitirá a interpretação que exclua a integração dos educandos com deficiência dos demais educandos sem deficiência, pois o art. 208, III da Lei Fundamental doravante só poderá ser interpretado em conjunto com o art. 24, nºs 1 e 2, alíneas “a” e “b” do texto convencional:

Constituição do Brasil - Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino.

Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência – Art. 24. Educação. 1. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à educação. Para efetivar esse direito sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades, os Estados Partes assegurarão

¹⁴³ Chama à atenção o dispositivo do § único do art. 1º do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o qual diz que: “Esta Lei tem como base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, em conformidade com o procedimento previsto no § 3º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, desde 31 de agosto de 2008, e promulgados pelo Decreto no 6.949, de 25 de agosto de 2009, data de início de sua vigência no plano interno” (grifo ausente no original). Como se vê, o legislador ordinário aproveitou o ensejo da aprovação do novo diploma legal para dizer que antes da promulgação presidencial por Decreto Executivo, os tratados internacionais aprovados com equivalência constitucional ainda não estarão em vigor no plano jurídico interno, muito embora já o possam estar no plano externo.

sistema educacional inclusivo em todos os níveis, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida, com os seguintes objetivos: [...] 2. Para a realização desse direito, os Estados Partes assegurarão que: a) As pessoas com deficiência não sejam excluídas do sistema educacional geral sob alegação de deficiência e que as crianças com deficiência não sejam excluídas do ensino primário gratuito e compulsório ou do ensino secundário, sob alegação de deficiência; b) As pessoas com deficiência possam ter acesso ao ensino primário inclusivo, de qualidade e gratuito, e ao ensino secundário, em igualdade de condições com as demais pessoas na comunidade em que vivem;

Nesse sentido, o “atendimento educacional especializado” de que trata o dispositivo da Lei Maior jamais poderá estabelecer que a pessoa com deficiência, ao ser relacionada no sistema de ensino, poderá permanecer separada dos demais alunos, vez que tal interpretação míope iria na contramão do dever de respeito e de inclusão consubstanciados no tratado (BRASIL, 2014, pp. 160-161).

Por derradeiro, cumpre dizer também que o dever de fornecer a educação inclusiva nos termos convencionais-constitucionais, já foi objeto de discussão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5357, por meio da qual a Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFEN questionou no STF a constitucionalidade do § 1º do art. 28¹⁴⁴, e do *caput* do art. 30 da Lei de Inclusão – Estatuto da Pessoa com Deficiência.

O primeiro dispositivo estabelece certos deveres às escolas particulares no que toca ao trato com as pessoas com deficiência, com a expressa proibição de que esses estabelecimentos de ensino viessem a cobrar valores adicionais em matrículas ou anuidades para compensar os gastos extras que essas normas fatalmente acarretariam.

Já a segunda disposição legal estatui que nos processos seletivos para cursos técnicos, ou mesmo nos vestibulares para cursos superiores (FARIAS; CUNHA; PINTO, 2016, p. 116), é obrigatório que se conceda tratamento preferencial

¹⁴⁴ O art. 28, § 1º diz expressamente que: “Às instituições privadas, de qualquer nível e modalidade de ensino, aplica-se obrigatoriamente o disposto nos incisos I, II, III, V, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII e XVIII do *caput* deste artigo, sendo vedada a cobrança de valores adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas no cumprimento dessas determinações”. Cristiano Chaves de Farias, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (2016, p. 114), comentam essa regra nos seguintes termos: “Submete-se o ensino particular, portanto, ao controle do Estado, que pode, bem por isso, impor-lhe normas de observância obrigatória, como as acima listadas. Daí concluirmos, sem maior dificuldade, que os dispositivos elencados [...] devem ser aplicados também aos usuários do serviço particular de educação, cumprindo aos órgãos estatais vocacionados para tanto (Ministério Público e Defensoria Pública), zelar por sua observância”.

à pessoa com deficiência com a disponibilização de formulário de inscrição com campos específicos, provas em formatos acessíveis, dilação de tempo para os exames e adoção de uma certa liberalidade na correção das provas discursivas, em razão das possíveis dificuldades que algumas deficiências acarretam no momento dos alunos se expressarem no uso da língua culta.

Como é evidente, a introdução destes novos deveres encareceria o custo dos estabelecimentos de ensino fundamental, técnico e superior particulares, o que levou a Confederação Nacional da classe a provocar a jurisdição concentrada de constitucionalidade da matéria no Supremo Tribunal da República, requerendo, em liminar, a suspensão dos dispositivos em tela por suposta afronta a vários dispositivos da Constituição Federal¹⁴⁵.

Não obstante, em 18.11.2015, o relator da ADIn, Ministro Luiz Edson Fachin, indeferiu a liminar por entender que a suspensão cautelar dos dispositivos, não atenderia aos requisitos legais do perigo da demora e da verossimilhança das alegações¹⁴⁶.

Ato seguinte, em 09.06.2016, o plenário da Suprema Corte referendou a decisão liminar e convalidou o julgamento da cautelar em julgamento de mérito. Naquela assentada, o Ministro relator, em pena magna, lecionou que:

Posta a questão nestes termos, foi promulgada pelo Decreto nº 6.949/2009 a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, dotada do propósito de promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, promovendo o respeito pela sua inerente dignidade (art. 1º). A edição do decreto seguiu o procedimento previsto no

¹⁴⁵ Segundo os autores da ação, estariam sendo desafiados os seguintes dispositivos constitucionais: art. 5º, *caput* (direito de igualdade e propriedade), XXII (direito de propriedade), XXIII (função social da propriedade), LIV (cláusula do devido processo legal), art. 170, II (propriedade privada como fundamento da ordem econômica), III (função social também como fundamento da ordem econômica), art. 205 (direito da sociedade colaborar com a educação), art. 206, *caput* e incisos II (princípio da igualdade de condições para permanência na escola) e III (princípio da coexistência de escolas públicas e particulares), art. 208, III (atendimento especializado na educação das pessoas com deficiência), art. 209 (direito à liberdade de ensino à iniciativa privada) e art. 227, § 1º, II (obrigação do Estado de criar programas de prevenção e atendimento das pessoas com deficiência, mediante treinamento para o trabalho e para a convivência social) (BRASIL, 2016, p. 10).

¹⁴⁶ Segundo o Ministro Fachin, como o art. 127 da LBI estipula uma *vacatio legis* de 180 (cento e oitenta dias), não restaria presente o requisito do perigo de dano para o deferimento da liminar. No mesmo sentido, igualmente não tinha se demonstrado o requisito da probabilidade do direito, pois se fosse deferida a cautelar os institutos particulares de ensino ganhariam privilégios discriminatórios frente aos institutos públicos, subvertendo a lógica constitucional e convencional (FARIAS; CUNHA; PINTO, 2016, p. 115).

art. 5º, § 3º, da Constituição da República, o que lhe confere *status* equivalente ao de emenda constitucional, reforçando o compromisso internacional da República com a defesa dos direitos humanos e compondo o bloco de constitucionalidade que funda o ordenamento jurídico pátrio [...] Ou seja, à luz da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, e, por consequência, da própria Constituição da República, o ensino inclusivo em todos os níveis de educação não é realidade estranha ao ordenamento jurídico pátrio. Ao contrário, é imperativo que se põe mediante regra explícita. Mais do que isso, dispositivos de status constitucional estabelecem a meta de inclusão plena, ao mesmo tempo em que se veda a exclusão das pessoas com deficiência do sistema educacional geral sob o pretexto de sua deficiência. [...] Em suma: à escola não é dado escolher, segregar, separar, mas é seu dever ensinar, incluir, conviver. (BRASIL, 2016, pp. 14-15 e 17-18, grifado no original)¹⁴⁷.

Assim, e excetuando-se o Ministro Marco Aurélio que julgava a ação parcialmente procedente¹⁴⁸ (BRASIL, 2016, pp. 96-99), os demais Ministros presentes no plenário acompanharam o relator para decretar não só o referendo da cautelar mas também a improcedência do pedido, tudo conforme o art. 24 da Convenção Internacional que se incorporou à Lei das Leis pelo art. 5º, § 3º, CR.

Terminadas aqui as considerações sobre as antinomias entre a Convenção e a Lei Fundamental, deite-se, por fim, o olhar sobre alguma derivação que o Tratado de Marraqueche irá efetuar na Constituição quando o Decreto Legislativo 261/2015 for promulgado pelo Poder Executivo.

Na realidade, o Tratado de Marraqueche é um diploma internacional que visa facilitar o acesso de pessoas cegas ou com algum tipo de deficiência visual, a ter contato com textos impressos, limitando as normas particulares de direitos autorais dos Estados-membros para que quando um pessoa ou entidade representativa dos beneficiários do Tratado venha pedir que a obra seja disponibilizada em formato acessivo, não seja obrigatório que o proprietário dos

¹⁴⁷ Vale destacar, inclusive, que as eminentes Ministras Rosa Weber (BRASIL, 2016, p. 28), e Carmen Lúcia Antunes (BRASIL, 2016, pp. 72), igualmente fizeram questão de frisar que com a internalização da Convenção ao ordenamento interno pelo procedimento do § 3º, é absolutamente inegável que o tratado foi incorporado horizontalmente com a Carta da República, completando-a e modificando-a inclusive no próprio conceito de deficiência que a partir de então torna-se um conceito em evolução contínua.

¹⁴⁸ O Ministro Marco Aurélio entendeu que se deveria dar interpretação conforme a Constituição dos dispositivos impugnados, pois segundo ele: “Não se faz milagre no campo econômico-financeiro, e não pode o Estado cumprimentar com o chapéu alheio; não pode o Estado, se é que vivemos sob a proteção de uma Constituição democrática, compelir a iniciativa privada a fazer o que ele não faz, porque, quanto à educação, a obrigação principal é dele” (BRASIL, 2016, p. 97). Assim, o imperativo legal deveria ser entendido como um “planejamento” (BRASIL, 2016, p. 99) para as escolas e faculdades privadas, e não como uma determinação imediatamente cogente.

direitos autorais da obra concorde com a fabricação do exemplar adaptado para as pessoas com deficiência visual:

Tratado de Marraqueche - Artigo 4º. Limitações e Exceções na Legislação Nacional sobre Exemplares em Formato Acessível

1. (a) As Partes Contratantes estabelecerão na sua legislação nacional de direito de autor uma limitação ou exceção aos direitos de reprodução, de distribuição, bem como de colocação à disposição do público, tal como definido no Tratado da OMPI sobre Direito de Autor, para facilitar a disponibilidade de obras em formatos acessíveis aos beneficiários. A limitação ou exceção prevista na legislação nacional deve permitir as alterações necessárias para tornar a obra acessível em formato alternativo.

(b) As Partes Contratantes podem também estabelecer uma exceção ao direito de representação ou execução pública para facilitar o acesso a obras para beneficiários.

Ademais, os arts. 5º a 9º do Tratado estabelecem mecanismos de cooperação entre os Estados contratantes, de modo a facilitar e autorizar o intercâmbio transfronteiriço dessas obras, inclusive através da importação delas e do empenho para resguardar a privacidade dos beneficiários¹⁴⁹.

Salvo melhor juízo, nada neste Tratado, nem mesmo por interpretação, continha norma que desafiava disposição expressa da Carta da República, vez que todos os direitos ali consagrados ou são normas de repetição ou não eram em nenhum momento vedados pela Lei Maior, de modo que o fato do constituinte ter incorporado o pacto pelo crivo das emendas, tem muito mais conteúdo simbólico do que teórico.

Nesse sentido, conclui-se que o Congresso Nacional, ao escolher se incorpora ou não um tratado ou convenção de direitos humanos pelo procedimento de emenda, deverá, antes de tudo, verificar se a medida levará a alguma alteração real na Constituição da República, pois se assim não o for, a incorporação com hierarquia constitucional terá apenas um valor simbólico, o que, com todo o respeito, não parece ser o escopo da introdução do § 3º ao art. 5º da Lei Suprema.

¹⁴⁹ Em verdade, no caso do Brasil, a Lei de Direitos Autorais (9.610/98), já previa em seu art. 46, I, “d” que não poderia ser considerada como ofensa aos direitos autorais, a reprodução de qualquer obra literária, artística ou científica no sistema Braille ou em outro formato, e desde que a reprodução não tivesse fins comerciais”. Reza o dispositivo: “Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais: I - a reprodução: d) de obras literárias, artísticas ou científicas, para uso exclusivo de deficientes visuais, sempre que a reprodução, sem fins comerciais, seja feita mediante o sistema Braille ou outro procedimento em qualquer suporte para esses destinatários”.

Diga-se, por fim, que tendo em vista o efeito da inderrogabilidade dos tratados com equivalência de emenda, não deve o Parlamento desnecessariamente aprovar convenções de direitos humanos com hierarquia constitucional, pois ainda resta disponível o rito do art. 49, I, cumulado com o § 2º¹⁵⁰.

¹⁵⁰ Não é por outro motivo que, como dito, foram internalizados pelo menos quatro tratados de direitos humanos desde a EC/45, sem a equivalência de emenda, a saber: os Protocolos 1 e 2 ao Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (Decreto Legislativo 311/2009, sem Decreto de promulgação presidencial, ainda), o Protocolo Adicional à Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis ou Degradantes da ONU (Decreto Legislativo 483/2006 e Decreto Presidencial 6.085/2007), e a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de pessoas (Decreto Legislativo 127/2011 e Decreto Presidencial 8.766/2016).

5. CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi analisado, conclui-se que tanto o Direito Constitucional quanto o Direito Internacional estão vocacionados a uma “luta de espaços” no topo dos ordenamentos jurídicos.

De um lado, as Constituições alcançam a supremacia constitucional mediante a somatória de quatro grandes fatores: 1) historicamente, o movimento constitucionalista assentou definitivamente que todo Estado, para ser legítimo, deve possuir uma Lei que a um só tempo assegure os direitos do homem e limite os poderes do Estado; 2) as Leis Fundamentais são geradas pela autoridade suprema do poder político, com a expressa disposição de que elas passam a exercer um poder de império sobre todas as demais leis; 3) as Constituições não podem ser alteradas a menos que haja uma maioria qualificada que ouça e respeite as minorias políticas; e 4) desde o julgamento do *leading case* Marbury v. Madison pela Suprema Corte dos Estados Unidos, o Poder Judiciário tornou-se o guardião do imperativo constitucional, com poderes reais de nulificação de quaisquer outras normas que venham de encontro com os dispositivos fundamentais.

De outro bordo, o Direito Internacional apela a outros quatro argumentos para vincular as disposições normativas internas dos Estados: 1) é imprescindível estabelecer definitivamente a suportabilidade entre as sociedades humanas, principalmente depois que ficou comprovada a falência do modelo Vestifaliano através do morticínio visto com as Duas Guerras Mundiais; 2) a escola dualista que separava os ordenamentos internos do ordenamento internacional ser deletéria ao progresso da humanidade; 3) o Direito Internacional contemporâneo, guiado pela bússola globalista, vem incorporando em seu corpo normativo, regras substancialmente muito semelhantes aos princípios originais do constitucionalismo (declaração de direitos e separação de funções políticas), especialmente através da pulverização dos tratados de direitos humanos e das organizações internacionais; e 4) os tribunais internacionais começaram a assentar uma jurisprudência capaz de determinar uma evolução no conceito de *pacta sunt servanda*, criando, com efeito, o moderno controle de convencionalidade, o qual popularizou-se no sistema regional interamericano desde o julgamento do Caso *Arellano y otros v. Chile*.

Contudo, na primeira parte desse ensaio concluiu-se que em razão das Constituições serem frutos diretos e inquestionáveis do soberano máximo do poder político, ou seja, por serem frutos de um Poder Constituinte Originário, com a expressa disposição de somente serem alteradas atingindo-se um quórum sumariamente qualificado, o fato é que substancial e formalmente, os tratados internacionais, por si só, não reservam poderes para alterar as disposições constitucionais particulares das nações, o que poderia emascular o processo de autoafirmação do Direito das Gentes.

Cientes dessas premissas, passou-se então para análise do caso brasileiro, com a introdução do imbróglio envolvendo os §§ 2º, 3º e 4º do art. 5º da Constituição Federal que tratam dos tratados de direitos humanos.

O art. 5º, § 2º foi introduzido pelo constituinte originário de 1988, ao passo que os §§ 3º e 4º foram frutos do constituinte reformador de 2004, o qual editou a Emenda Constitucional n. 45/2004.

Analisando as fontes primárias da Assembleia Nacional Constituinte, viu-se que o dispositivo do art. 5º, § 2º, CB, foi introduzido no Texto Magno através da sugestão apresentada pelo então diplomata Antônio Augusto Cançado Trindade na Audiência Pública da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais em 29.04.1987, instituindo um texto fundamentalmente diverso daquele que as demais Cartas Constitucionais brasileiras tinham estipulado.

A norma do § 2º aduz que os direitos e garantias expressamente descritos na Carta da República não “excluem” outros decorrentes dos tratados internacionais que o Brasil é parte.

Em consequência disso, duas correntes doutrinárias surgiram: a constitucionalista que não atribui àquele texto uma interpretação extensiva, situando os tratados como se normas infraconstitucionais fossem; e a internacionalista, que prega abertamente que os direitos e garantias dos tratados de direitos fundamentais são abraçados pela Lei Maior como se normas constitucionais fossem.

Pelo julgamento do HC 72.131, o Supremo Tribunal Federal adotou, em um primeiro momento, a tese constitucionalista, o que gerou uma reação por parte da doutrina internacionalista que pedia o reconhecimento da dignidade constitucional desses tratados.

Ato seguinte, quando o Congresso Nacional debateu a Proposta de Emenda Constitucional de Reforma do Judiciário (PEC 96/1992 na Câmara e PEC 29/2000 no Senado), foram promulgados os §§ 3º e 4º ao art. 5º, os quais estabelecem, respectivamente, que os tratados e convenções de direitos humanos “que forem” aprovados pelas duas Casas do Congresso pelo quórum de emendas constitucionais, serão a estas equivalentes; e que a Nação se submeterá à jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

Entretanto, a mudança operada pelos constituintes reformadores não foi bem recebida em razão do tempo verbal presente no dispositivo do § 3º (futuro do subjuntivo), dando a entender que somente os tratados de direitos humanos posteriores à EC 45 poderiam ser recepcionados como normas constitucionais formais.

Diga-se também que tal interpretação parece ser profundamente acertada, pois os debates congressuais fazem referência comparativa ao art. 75, n. 22 da Constituição Argentina, alterado pela Reforma de 1994. Segundo a Lei Maior do país vizinho, foi conferida a hierarquia constitucional a apenas alguns tratados de direitos humanos anteriores à reforma, além de se estabelecer que para casos futuros, seria imprescindível que o Congresso internalizasse novos tratados por um procedimento paritário com o das emendas constitucionais.

Entretanto, com a menção expressa da dignidade constitucional dos tratados e convenções de direitos humanos no § 3º do art. 5º, CB, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto dos RREEs 349.703 e 466.343 e dos HCs 87.585 e 92.566, alterou a sua jurisprudência, tentando conciliar as duas teses antagônicas, vez que já não mais se podia dizer que os tratados de direitos fundamentais não receberam assento privilegiado na Constituição.

Nessa toada, o Pretório Excelso decidiu situar esses pactos e convenções acima das leis ordinárias, tornando-os parâmetro para o controle de convencionalidade. Todavia, o tempo verbal utilizado pelo dispositivo, não levou o Tribunal Maior a endossar a corrente internacionalista, tendo a Corte mantido as normas internacionais abaixo da Constituição.

Da leitura dos documentos congressuais sobre a PEC do Judiciário, porém, viu-se que em nenhum momento sequer se cogitou a tese da

“supralegalidade” dos pactos de direitos humanos, mas que expressamente apenas se considerou conferir a hierarquia constitucional de forma implícita ao Estatuto de Roma que criou o Tribunal Penal Internacional.

Nesse sentido, cogitou-se uma interpretação original para a questão das convenções anteriores à EC 45, a qual não considera, exatamente, o *status* dos tratados, mas olha diretamente para os direitos e garantias neles positivados em contraste com a Constituição.

Assim, há apenas três hipóteses de comparação: 1) compatibilização plena (normas de repetição), 2) não vedação expressa (anomias) ou 3) tratamento diverso (antinomias).

Nessa linha, é apenas para superar eventuais antinomias entre os textos do tratado e da Constituição que o Congresso Nacional poderá optar pela internalização mediante o procedimento do art. 5º, § 3º.

Ademais, os tratados equivalentes às emendas constitucionais possuem prerrogativas especiais aos demais tratados, a saber, podem reformar em sentido estrito a Lei Maior (derrogação de norma com ele conflitante), além de tornarem-se parâmetro para o controle de constitucionalidade-convencionalidade e não poderem ser suprimidos do ordenamento, sob pena de cometimento de crime de responsabilidade por parte do Presidente da República.

Por derradeiro, fez-se algumas análises de caso através da comparação das normas da Constituição Federal com o Estatuto de Roma, e com outros dois tratados que foram internalizados pelo procedimento do § 3º: a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e o Tratado de Marraqueche.

Ao final, revelou-se que é preciso, antes de tudo, prudência para futuras incorporações de tratados de direitos humanos pelo procedimento de emenda, pois não se deve admitir que o Congresso introduza normas de tão elevada estatura constitucional apenas por questões simbólicas, pois há verdadeira e substancial força normativa nestes tratados que é materialmente diversa da de outras normas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hidelbrando; SILVA, G. E. do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 2016. 22ª ed. São Paulo: Saraiva.

ALMEIDA, Francisco Ferreira de. **Direito Internacional Público**. 2003. 2ª edição. Coimbra Editora.

AGRA, Walber de Moura. **Fraudes à Constituição: um atentado ao Poder Reformador**. 2000. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 2013. 17ª ed. São Paulo: Editora Verbatim.

BEDIN, Gilmar Antonio. **A Sociedade atual e seus três grandes desafios políticos**. In: CASELLA, Paulo Borba; RAMOS, André de Carvalho. (Organizadores). **Direito Internacional: homenagem a Adherbal Meira Mattos**. 2009. São Paulo: Quartier Latin.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 2011. Tradução: Ari Marcelo Solon. Prefácio: Celso Lafer. Apresentação: Tércio Sampaio Ferraz Junior. São Paulo: EDIPRO.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 2011. 26ª ed. atual. São Paulo: Malheiros.

BORGES, Thiago Carvalho. **Curso de Direito Internacional Público e Direito Comunitário**. 2011. São Paulo: Atlas.

BOSON, Gerson de Britto Mello. **Direito Internacional Público: o Estado em Direito das Gentes**. 2000. 3ª edição. Belo Horizonte: Del Rey Editora.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Comissão da Soberania e dos Direitos do Homem e da Mulher. Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais e Coletivos. **Ata da 11ª Reunião e 5ª Audiência Pública realizada em 29.04.1987**. 1987.

_____. Congresso. Câmara dos Deputados. **Diário da Câmara dos Deputados**. 1999. Volume II. Ano LIV. Suplemento ao nº 209. Terça-feira, 14 de dezembro de 1999. Brasília: Distrito Federal. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0019991214SA2090000.PDF#page=244>>. Acesso: 13 de fev. 2017.

_____. Congresso. Câmara dos Deputados. **Diário da Câmara dos Deputados**. 2000. Ano LV. Nº 010. Quinta-feira, 06 de abril de 2000. Brasília: Distrito Federal. Disponível em: <<https://camara.custhelp.com/ci/fattach/get/1604/1487071166/filename/Emenda+Aglutinativa+20+da+PEC+96-1992.pdf>>. Acesso: 13 de fev. 2017.

_____. Congresso. Câmara dos Deputados. **Diário da Câmara dos Deputados**. 2002. Ano LVII. Nº 037. Sexta-feira, 12 de abril de 2002. Brasília: Distrito Federal. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD12ABR2002.pdf#page=247>>. Acesso: 17 de fev. 2017.

_____. Congresso. Câmara dos Deputados. **Diário da Câmara dos Deputados**. 2007. Ano LXII. Nº 201. Quarta-feira, 07 de novembro de 2007. Brasília Distrito Federal. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD07NOV2007.pdf#page=311>>. Acesso: 21 de fev. 2017.

_____. Congresso. Senado Federal. **Diário do Senado Federal**. 2002. Ano LVII. Nº 131. Quarta-feira, 13 de novembro de 2002. Brasília: Distrito Federal. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=13/11/2002&paginaDireta=21080>>. Acesso: 14 de fev. 2017.

_____. Congresso. Senado Federal **Diário do Senado Federal**. 2004a. Ano LIX. Nº 072. Sábado, 08 de maio de 2004. Brasília Distrito Federal. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=08/05/2004&paginaDireta=12821>>. Acesso: 14 de fev. 2017.

_____. Congresso. Senado Federal **Diário do Senado Federal**. 2004b. Ano LIX. Nº 185. Sexta-feira, 12 de novembro de 2004. Brasília Distrito Federal. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=12/11/2004&paginaDireta=36141>>. Acesso: 14 de fev. 2017.

_____. Presidência da República. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. **Novos Comentários à Convenção Sobre os Direitos da Pessoa Com**

Deficiência. 2014. FERREIRA, Laíssa da Costa (coordenação). DIAS, Joelson; FERREIRA, Laíssa da Costa; GUGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Waldir Macieira da (organizadores). Vários colaboradores. Brasília. Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/convencao-sdpcd-novos-comentarios.pdf>>. Acesso: 25 de fev. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Extradição 426.** 1985. Rel. Min. Rafael Mayer. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=324664>>. Acesso: 22 de fev. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 72.131-1/RJ.** 1995. Rel. Min. Moreira Alves. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>>. Acesso: 09 de fev. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 87.585-8/TO.** 2008a. Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso: 15 de fev. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 349.703-1/RS.** 2008b. Rel. Original Min. Carlos Britto. Redator p/ acórdão Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>>. Acesso: 15 de fev. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 466.343-1/SP.** 2008c. Rel. Min. Cezar Peluso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso: 15 de fev. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5357/DF.** 2016. Relator Ministro Luiz Edson Fachin. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12012290>>. Acesso: 02 de março 2017.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado.** 1992. 2ª Edição. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Revisão de José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo.** 2011. 17ª edição revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey Editora.

CARVALHO, Olavo de. **Pela restauração intelectual do Brasil.** 2006. Disponível em: <<http://www.olavodecarvalho.org/semana/060904dc.html>>. Acesso: 03 de set. 2016.

_____. **A revolução globalista.** 2009. Disponível em: <<http://www.olavodecarvalho.org/semana/0909digestoeconomico.html>>. Acesso: 30 de jan. 2017.

CHOUCKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai. **Tribunal Penal Internacional.** 2000. Organizadores. Vários colaboradores. São Paulo: Revista dos Tribunais.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (abreviatura: CIDH). **Advisory Opinion OC – 14/94.** 1994. International Responsibility for the Promulgation and Enforcement of Laws in Vilation of the Convention (Arts. 1 and 2 of the American Convention on Human Rights) Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_14_ing.pdf>. Acesso: 06 de fev. 2017.

_____. **Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile.** Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso: 02 de fev. 2017.

_____. **Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil. (Guerrilha do Araguaia).** Sentença de 24 de novembro de 2010 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparções e Custas). 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso: 03 de março de 2017.

_____. **Caso Ximenes Lopes vs. Brasil.** Sentença de 4 de julho de 2006. (Mérito, Reparções e Custas). 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf>. Acesso: 10 de março de 2017.

DALLARI, Pedro B. A. **Constituição e tratados internacionais**. 2003. São Paulo: Saraiva.

D'ANGELIS, Wagner Rocha. **As raízes dos direitos humanos e a cidadania hoje**. 2004. *In*: RIBEIRO, Maria de Fátima; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coordenadores). *Direito Internacional dos Direitos Humanos. Estudos em homenagem à Professora Flávia Piovesan*. Curitiba: Juruá Editora.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Case Marbury v. Madison (5 U.S 137 – 1803)**. Opinião da Corte: Chief Justice John Marshall. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/case.html>>. Acesso: 06 de dez. 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado artigo por artigo**. 2016. Salvador: Editora JusPodivm.

FERRAZ, Sérgio. **A tutela internacional dos direitos humanos**. *In*: *Revista de Direito Público*. Jan./jun. 1978. Nºs 45/46. São Paulo: RT.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Poder Constituinte**. 1999. 3ª edição revista e ampliada. São Paulo: Saraiva.

FIGUEIREDO, Flávia Caldera Brant Ribeiro de. **Controle de Constitucionalidade: coisa julgada em matéria tributária**. 2000. Belo Horizonte: Editora Del Rey.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. **El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Enero/Junio de 2004. *In*: *Revista Interamericana de Derecho*. Año 1. Nº 1. Disponível em: <<http://juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/1/art/art5.pdf>>. Acesso: 09 jan. 2017.

FLOCH, Fabio. **Direito Internacional Contemporâneo: Elementos para a Configuração de um Direito Internacional na Ordem Internacional Neo-Vestfaliana**. *In*: SOARES, Guido Fernando Silva; CASELLA, Paulo Borba; et. al. (organizadores). *Direito Internacional, Humanismo e Globalidade*. 2008. São Paulo: Atlas.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. 2003. Clássicos do Direito. Belo Horizonte: Editora Líder.

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

JEFFERSON, Thomas. **Declaration of Independence of 4th of July of 1776**. 1776. Disponível em: < <https://www.archives.gov/founding-docs/declaration-transcript>>. Acesso: 24 nov. 2016.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 2003. Introdução e revisão técnica: Sérgio Sérulo da Cunha. Tradução do alemão: Alexandre Krug. Tradução do italiano: Eduardo Brandão. Tradução do francês: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes.

_____. **Princípios do Direito Internacional**. 2010. Introdução de François Rigaux. Tradução de Gilmas Antonio Bedin e Ulrich Dressel. Revisão da tradução de Arno Dal Ri Júnior. Ijuí: Editora Unijuí.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** 2002. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Clássicos do Direito. Belo Horizonte: Editora Cultura Jurídica.

LIMA, Regina Marta Cedera. **Poder Constituinte e Poder Reformador**. 1996. São Paulo: Livraria e Editora de Direito LTDA.

MACIEL, Adhemar Ferreira. **O acaso, John Marshall e o controle de constitucionalidade**. In: Revista de Informação Legislativa. Out/dez. 2006. Nº 172. Brasília: Senado Federal. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/93276/Maciel%20Adhemar.pdf?sequence=1>>. Acesso: 06 dez. 2016.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 2011. 30ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva.

MARTINS, Pedro Baptista. **Da unidade do Direito e da supremacia do Direito Internacional**. 1998. Atualizado por Luís Ivani de Amorim Araújo. Rio de Janeiro: Editora Forense.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **O Parlamentarismo no contexto histórico do Brasil e do mundo**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coordenação geral). *Parlamentarismo: realidade ou utopia?* 2016. São Paulo: Federação do Comércio. Disponível em: <http://www.fecomercio.com.br/upload/file/2016/09/19/parlamentarismo_tela_final.pdf>. Acesso: 08 de fev. 2017.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 2015. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____. **Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro**. 2009. 2ª edição revista e atualizada. Coleção Direito e Ciências Afins V. 3. BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio; OLIVEIRA, William Terra de. (Coordenadores). São Paulo: Revista dos Tribunais.

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

MENEZES, Wagner. **Ordem Global e Transnormatividade**. 2005. Coleção Relações Internacionais e Globalização, 4. Ijuí: Editora Unijuí.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 2011. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense Editora.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 2013. 29ª edição revista e atualizada até a EC nº 71/12. São Paulo: Atlas.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Teoria da Reforma Constitucional**. 2012. São Paulo: Saraiva.

NEGRI, Antonio. **O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade**. 2002. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A Editora.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Sindona de; SILVA, Caíque Tomaz Leite da. **O décimo aniversário da Emenda 45 e a posição hierárquica dos tratados de direitos humanos**. In: Revista dos Tribunais. 2015. Ano 104. Vol. 952. Fevereiro. São Paulo: RT.

PEREIRA, Antonio Celso Alves. **A Competência Consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos.** *In:* Revista de Interdisciplinar de Direito. 2014. V. 11. Faculdade de Direito de Valença. Juiz de Fora: Editar Editora. ISSN 1518-8167. e-ISSN 2447-4290. Disponível em: <http://faa.edu.br/revistas/docs/RID/2014/RID_2014_01.pdf>. Acesso: 04 fev. 2017.

PIMENTEL JÚNIOR, Jaime. **Poder Constituinte: Pressupostos para estruturar e manter um Estado Democrático de Direito.** 2016. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris.

PINHEIRO, Carla. **Direito Internacional e Direitos Fundamentais.** 2001. São Paulo: Atlas.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 2013. 14ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva.

QUIXADÁ, Letícia Antonio. **O Supremo e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos: debate jurisprudencial em relação ao nível hierárquico-normativo dos Tratados Internacionais.** 2009. Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP. 2009. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/148_Monografia%20Leticia%20Quixada.pdf>. Acesso: 15 fev. 2017.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional.** 2015. 5ª ed. São Paulo: Saraiva.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar.** 2013. 14ª ed. rev., aumen. e atual. São Paulo: Saraiva.

RICCI, Sérgio Miguel Diaz. **Teoria de la reforma constitucional.** 2004. 1ª edición. Buenos Aires: Ediar Ed.

SILVA, Caíque Tomaz Leite da. **A tutela interconstitucional do processo.** *In:* Revista dos Tribunais. 2014. Ano 103. Volume 941. Março. São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____. **Do Realismo à Constitucionalização do Direito Internacional.** *In:* Revista do Direito Público. Jan/abr. 2014. V. 9. Nº 1. P. 135-162. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/17198/14325>>. Acesso: 14 jan. 2017.

_____; OLIVEIRA, Carlos Eduardo Sindona de. **O Décimo Aniversário da Emenda 45 e a Posição Hierárquica dos Tratados de Direitos Humanos.** Revista do Direito Público. Londrina, v.11, n.1, p.137-162, jan/abr.2016. DOI: 10.5433/1980-511X.2016 v11n1p137. ISSN: 1980-511X. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/23625/18826>>. Acesso: 09 de fev. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 2013. 37ª ed. São Paulo: Malheiros.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. **A evolução do controle de constitucionalidade e a competência do Senado Federal.** 1992. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. **Controle de constitucionalidade: com as modificações introduzidas pelas Leis nºs 9.868/99 e 9.882/99.** 2001. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Curso de Direito Internacional Público.** Volume 1. 2002. São Paulo: Atlas.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **L'humanité comme sujet du droit international: nouvelles réflexions.** *In:* Revista da Faculdade de Direito UFMG. Jul./dez. 2012. Nº 61. Belo Horizonte: Imprensa da UFMG.

_____. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos.** Volume I. 2003. 2ª Edição Revista e Atualizada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor

VELASCO, Manuel Diez. **Instituciones de Derecho Internacional Público.** 1999. Doudécima Edición. Madrid: Editorial Tecnos.

VERGOTTINI, Giuseppe de. **Diritto Costituzionale Comparato.** Manuali di Scienze Giuridiche. 1999. Quinta edizione. Itália: CEDAM.

YAMAMOTO, Toru. **Direito Internacional e Direito Interno**. 2000. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.