

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO
(MESTRADO E DOUTORADO)**

**DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONSTITUIÇÃO E
TRATADOS INTERNACIONAIS (ANÁLISE DO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO)**

Weliton Sousa Carvalho

Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, para concorrer ao Título de Doutor em Direito, pelo curso de Pós-Graduação em Direito – Área de concentração: Direito Público.

RECIFE

2003

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO
(MESTRADO E DOUTORADO)**

**DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONSTITUIÇÃO E
TRATADOS INTERNACIONAIS (ANÁLISE DO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO)**

Weliton Sousa Carvalho

Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, para concorrer ao Título de Doutor em Direito, pelo curso de Pós-Graduação em Direito – Área de concentração: Direito Público.

RECIFE

2003

Ficha catalográfica

Carvalho, Weliton Sousa.

Direitos fundamentais: constituição e tratados internacionais (análise do ordenamento jurídico brasileiro). – Recife, 2003

Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco, 2003.

Orientador: Prof. Dr. Raimundo Juliano Feitosa.

Direito Constitucional

Data da Defesa: 13/02/2004

Dedicatória

Para Beatriz, minha mulher, e para minhas filhas Ana Luiza e Ana Sophia sem quem este trabalho não seria possível, pois com elas me fortaleci na eterna lição do amor.

Cela s'est passé. Je sais aujourd'hui saluer la beauté.
Arthur Rimbaud.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Francisco Queiroz Bezerra Cavalcanti
Julgamento: aprovado com distinção.

Prof. Dr. Saulo José Casali Bahia (1º examinador)
Julgamento: aprovado com distinção.

Prof. Dr. José Elias Dubard de Moura Rocha (2º examinador)
Julgamento: aprovado com distinção.

Prof. Dr. Gustavo Ferreira Santos
Julgamento: aprovado com distinção.

Prof^a. Dra. Margarida de Oliveira Cantarelli (4ª examinadora)
Julgamento: aprovado com distinção.

Agradecimentos

Talvez esse seja o momento mais delicado do trabalho que agora já é findo, mas que sempre irá comover minha alma. Escrevo estas palavras em lágrimas. E revelo este estado para tentar traduzir a emoção com que termino uma empreitada que teve de enfrentar inúmeros desafios: desde doenças a incompreensões, as mais diversas. As provações por que tive que passar justificam sobremaneira o verso de Rimbaud que lhe serve de epígrafe.

O difícil nessa hora é lembrar de todos aqueles que contribuíram para que este momento se tornasse real. Ademais, é preciso, antes de tudo, delimitar, porque este trabalho, somente foi possível graças à professora que me alfabetizou, e com todos os mestres que tive até aqui. Então lembro da minha primeira professora, das professoras e irmãs Isabel Cristina e Teresa Cristina. Não me esqueço jamais da professora Marina, que me preparou para o exame de ingresso na 4ª série primária nos Maristas de São Luís. Lembro-me, sobretudo, dos meus pais que, num ato de heroísmo, coloram-me para estudar na capital de meu Estado. Esse dado é fundamental em minha vida. Ali, conheci Irmão Jorge, uma figura humana inesquecível. E não é só de pessoas que a gente se forma. Agora me vêm à lembrança lugares que me são caros: a cidade de Santa Inês, de onde comecei a ver o mundo para perdê-lo sempre. Lembro dos meus amigos de infância, Nonatim, Deuton, Nén, Valmir, Valberto, Nilo, onde estão vocês? Joaquim Aranha já se encantou entre suas lamparinas...

Sei que vou cometer o erro do esquecimento, mas pior seria deixar de mencionar algumas pessoas sem as quais esse momento não poderia existir. Dizem que depois que se constitui família, torna-se difícil estudar. Comigo, tem ocorrido o contrário: o amor e a serenidade de Beatriz têm me dado alento para enfrentar os desafios. Das mais diversas maneiras e por

circunstâncias, por vezes inacreditáveis, minha filha Ana Luiza tem me levado para o estudo e principalmente para o início desse trabalho. Por uma dessas inacreditáveis coincidências, a nova gravidez de Beatriz me deu a oportunidade de concluir esse trabalho em meio a uma crise aguda de sinusite, trabalhei desrespeitando inclusive orientação médica. Enfim, minha família me leva ao estudo numa verdadeira prova de amor, porque somente o conhecimento constrói.

No período de 2001 a 2002 tive problemas de saúde e procurei diversos médicos. Gostaria de agradecer aos médicos Fernando Maciel, Antônio José Jorge, José Albuquerque, Carlos Henrique, Wilson Miranda e Marcius Vinicius. E naquele momento, não fosse a palavra amiga do professor Palhares Moreira Reis, então meu orientador, seguramente teria abandonado o curso. A ele meu abraço fraterno.

Igualmente, agradeço a Rute Bacelar e William Cantanhede, amigos que me deram apoio psicológico em momento crucial para o desenvolvimento desta tese. Também guardo uma palavra ao professor Doroteu Soares Ribeiro que tanto quis que eu voltasse à sua velha Faculdade de Direito do Recife.

Em Recife, tenho amigos. Aqui, trago o apreço a Geraldo Santa Clara, a Floracir, sua mulher, Rogério Santa Clara e Fátima, por terem me acolhido em Recife nos idos de 1985. Não posso esquecer de minha tia Maria (uma segunda mãe), do Sérgio, primo-irmão e de Nádia com quem convive na Veneza brasileira.

Neste ponto, agradeço a Diniz Simões e Ana Lúcia, meus sogros, por me acolherem em sua casa como a um filho e reservarem o meu “escritório” em Recife em estado permanente. Nele passei dois períodos de férias em intenso trabalho. Sem essa ajuda, este texto seria uma utopia a perder-se nas

brumas das melhores intenções. Agradeço a minha cunhada Cláudia e a Clodoaldo por terem se ocupado com Ana Luiza no longo período em que Beatriz permaneceu em repouso por complicações na gravidez. Também agradeço ao meu cunhado Manoel sumariamente despejado de quarto para o do meu outro cunhado, Dinizinho, bastava chegarmos do Maranhão.

Além do círculo familiar, propriamente dito, lembro por todos os sentidos da palavra gratidão ao casal Ivo Dantas e Maria José. A confiança de transitar pela bem montada biblioteca do professor Ivo é uma das grandes honras que tenho comigo. E sem esse acesso, impossível, definitivamente inviável a feitura dessa empreitada.

Agradeço ao meu orientador, professor Raimundo Juliano, por ter assumido meus trabalhos em momento particularmente difícil para nós dois, visto que estava eu próximo do prazo para o depósito da tese e o meu então orientador, professor Palhares Moreira Reis, já não fazia parte do quadro da Instituição. De outro lado, o professor Juliano estava desempenhando a função de Coordenador dos Cursos de Pós-graduação em Direito da UFPE. Guardo aqui uma palavra para o professor Eduardo Rabenhrost que me sugeriu a leitura de Robert Alexy.

Não poderia deixar de invocar a figura de Sebastião Moreira Duarte que, sob o pretexto de incomodá-lo como revisor, termino por colher lições profundas sobre humanidades. Sebastião é uma dessas inteligências que o Maranhão, infelizmente, ainda não soube aproveitar. Recebi todas as suas recomendações, vez que sempre pertinentes. Caro Sebastião, muitíssimo obrigado.

Agradeço a André Rosas por ter me recebido em sua casa após sua jornada como magistrado e professor por ter me colocado esse tema como desafio e expressar suas angústias sobre ele, sempre ponderando sobre as

conseqüências do caminho escolhido.

Nos últimos três meses de trabalho, contei com a amizade e dedicação da professora Margarida Cantarelli que, com sua presteza sem medida, me emprestou livros e discutiu comigo ao término de suas aulas ou nas “caronas” que pegava com ela em seu trajeto até o TRF da 5ª Região, onde atualmente responde pela presidência. Teve ela o cuidado de me trazer um livro de sua última viagem à Europa, onde participou de evento internacional. Não bastasse isso, me colocou em contato com seu assessor Salvino Vasconcelos, com quem pude localizar vários acórdãos do Supremo Tribunal Federal, imprescindíveis ao desenvolvimento do meu trabalho. Muito obrigado, Salvino. Ademais, este terminou por se ocupar da revisão dos capítulos finais de minha tese, num trabalho cuidadoso.

De modo algum poderia esquecer do amigo, professor e poliglota Helcias de Castro Câmara, que repassou comigo as citações em língua estrangeira. Além do próprio Helcias com que iniciei o estudo do francês, agradeço, aqui, a Cláudia Borges com quem tive aulas no Maranhão enquanto me preparava para o exame de ingresso no curso.

Guardo uma palavra de agradecimento ao corpo administrativo da Pós-graduação, especialmente nas pessoas de Josy e Carminha, a quem incomodava até fora do horário de trabalho, em suas residências pela minha situação especial. Muitíssimo obrigado a vocês.

Amiga Eugênia Cristina, minha procuradora-mor, que fez diversas das minhas matrículas, minha mais alta consideração. Sou-lhe eternamente grato.

Mais uma vez quero agradecer ao meu pai e minha mãe pela força de vontade que tiveram em me encaminhar para o estudo. Fosse nesse exemplo que superei os obstáculos que se interpuseram à minha frente. Um beijo

para Isabel e Sylvia, minhas irmãs que sempre acreditaram em mim.

Minhas considerações ao ex-aluno e, hoje, professor Thales Castro que localizou uma referência bibliográfica importante para meu trabalho na biblioteca da Universidade Católica de Pernambuco. Também saúdo a professora Roberta Gozzi Loureira pela sua ajuda sobre questões históricas – que apesar de laterais – tornam-se importantes para o entendimento de determinados aspectos da tese.

Por merecimento, invoca o nome de Miriam de Sá Pereira por ter me inserido no mundo acadêmico, dando-me a chance de lecionar no Departamento de Ciências Sociais da Universidade Católica de Pernambuco.

E só posso encerrar com você, Beatriz, musa e companheira exemplar que nos deu Ana Luiza, um ser lindo, inteligente, cheio de vida, que seguramente já inspira o nosso bebê que chega em maio com as flores e a benção de Deus, que sempre esteve nos guiando.

Sinceramente, agradeço aos que me ajudaram e aos que colocaram obstáculos no meu caminho, pois ambos valorizaram minha vitória.

RESUMO (regimental)

A presente tese tem por objetivo discutir em que nível hierárquico os tratados internacionais sobre direitos humanos ingressam na ordem interna, tendo em vista a polêmica hermenêutica envolvendo a inteligência do art.5º, § 2º da Constituição Federal. Toda o debate terá por substrato o ordenamento positivo brasileiro. Evidente que questão laterais serão levantadas, mas tendo sempre por centro gravitacional a Carta Magna em vigor. As críticas formuladas buscam despertar o poder reformador e os operadores do direito para um questionamento sobre a realidade constitucional e o futuro das relações internacionais diante do atual quadro constitucional.

Todo esforço empreendido tem por suporte uma hermenêutica sistêmica do texto magno na demonstração de que a obra do constituinte é um plexo concatenado de normas jurídicas, não sendo possível qualquer interpretação alheia a esse conjunto por mais altruísta que sejam seus propósitos.

Abstract

This thesis has as objective examine in wich hierarchical level the international treaties on human rights enter in the internal juridical order, considering the polemical interpretation about the article 5, § 2 of Brazilian Federal Constitution.

All debates will be based on Brazilian positive juridical structure. Certainly that securandary questions will be analised, always having as a central point our Constitution. The critics were in order to provoke in Law to question the present constitutional reality and the future of international relations in this legal framework.

The study uses the understanding of the systemic interpretation of Constitution, demonstrating that the constituent work is a complex of juridical rules, being impossible any kind of interpretation besides the legal structure, even guided by altruistic purposes.

SUMÁRIO

Introdução.....	1
-----------------	---

PARTE I
SUBSTRATO DA PRÉ-COMPREENSÃO

I - Poder Constituinte.....	6
1. Noções gerais.....	6
2. Limites.....	11
3. Efeitos.....	18
II - Princípios Constitucionais.....	38
1. Idéia motriz.....	38
2. Sistema constitucional.....	43
3. Funções.....	49
III - Direitos Fundamentais.....	58
1. Precisão terminológica.....	58
2. Apreensão conceitual.....	64
3. Panorama histórico.....	69
4. Construções teóricas.....	77
5. Dimensões.....	90

IV - Teoria dos Tratados.....	98
1. Conceito.....	98
2. Celebração.....	104
2.1. Negociações.....	108
2.2. Assinatura.....	111
2.3. Ratificação.....	115
3. Entrada em vigor.....	126
4. Extinção.....	132
V. Relacionamento entre os direitos interno e internacional.....	150
1. Introdução ao tema.....	150
2. Monismo.....	155
3. Dualismo.....	166

PARTE II

TRATADOS INTERNACIONAIS NA ORDEM BRASILEIRA

I - Tratados internacionais no direito constitucional pretérito.....	172
1. Carta Política de 1824.....	172
2. Constituição de 1891.....	175
3. Constituição de 1934.....	181
4. Carta Política de 1937.....	185

5. Constituição de 1946.....	187
6. Constituição de 1967.....	192
7. Emenda Constitucional n.1.....	195
II - A Constituição vigente e as relações exteriores.....	199
1. Substrato fático.....	199
2. Princípios.....	205
3. Integração.....	225
4. Tratados.....	234
III – Hierarquia dos tratados no direito brasileiro.....	240
1. Paradigma constitucional.....	240
2. Literatura jurídica.....	244
3. Jurisprudência.....	250
3.1. Recurso Extraordinário n. 71.154-PR.....	256
3.2. Recurso Extraordinário n. 80.004-SE.....	261
4. A questão tributária.....	267
5. A questão do Mercosul.....	275
6. Extradicação.....	283

IV - Tratados sobre direitos humanos.....	286
1. Direitos fundamentais: cláusula aberta.....	286
2. Nível hierárquico.....	303
2.1. Paradigma legal.....	308
2.2. Paradigma supralegal.....	328
2.3. Paradigma constitucional.....	344
2.4. Paradigma supraconstitucional.....	358
V - Supremacia constitucional e tratados sobre direitos humanos.....	364
1. Fundamento da supremacia.....	364
2. Hermenêutica sistêmica.....	369
3. Tese da incorporação imediata.....	376
4. Problema das cláusulas pétreas.....	385
Conclusões.....	386
Referências bibliográficas.....	397

I – Introdução

Não se pode negar que – apesar de reprimendas por parte de muitos dos juristas – a Constituição de 1988 ocupa um lugar paradigmático na historiografia brasileira, mormente por ter varrido o caldo autoritário que o movimento de 1964 deixou no ordenamento pretérito. E, como é previsível em casos como tais, o constituinte não se intimidou no sentido de assegurar direitos fundamentais os mais diversos, atualizando-os face às conquistas do Direito Constitucional.

E em seu desejo de assegurar direitos ao indivíduo, o constituinte prescreveu o art.5º da Constituição, de modo analítico, e o seu parágrafo 2º de modo inédito. Se os direitos e garantias constitucionais não se esgotam no texto da Constituição desde 1891, não é menos certo que os tratados internacionais nunca haviam sido invocados como fonte deles. E numa redação obscura, o constituinte deixou perplexo ao intérprete. Daí duas correntes se habilitaram a indicar a melhor hermenêutica para a prescrição do aludido art.5º, § 2º da Constituição. Uma afirmando que os tratados internacionais sobre direitos humanos ingressariam na ordem jurídica brasileira com status de norma constitucional, e outra dizendo que tais direitos fundamentais chegam ao ordenamento pátrio na condição de norma infraconstitucional.

Exatamente discutir essa questão é o propósito da presente tese. Por razões metodológicas, deve-se, de logo, indicar que a Constituição positiva será o substrato sobre o qual irá se trabalhar para se tentar equacionar a questão. Logo, não será uma tese de filosofia constitucional – ao menos em seus objetivos finais – mas voltada a resolver um problema posto pelo Direito positivo.

Em sede de introdução – posto o problema e o objetivo a ser alcançado – é mister uma palavra sobre a engenharia da tese. Em primeiro,

decidiu-se dividi-la em duas partes. A primeira destina a um instrumental para precompreensão do tema. E a segunda, uma análise do ordenamento jurídico brasileiro com prevalência para a Constituição.

Em assim, na primeira parte ocupa-se de uma breve teoria geral sobre o poder constituinte, exatamente para se entenderem os seus limites e a dimensão de sua obra. Ressalta, deste estudo, os efeitos que a Constituição exerce sobre fatos jurídicos futuros e passados.

A seguir, buscou esclarecer algo sobre os princípios constitucionais, pois são eles os vetores da hermenêutica do direito positivo. A preocupação foi demonstrar que a Constituição forma um sistema de normas (regras e princípios). Discute-se, nesta oportunidade, o papel que cada uma dessas normas exerce sobre o intérprete.

Ocupando os direitos fundamentais o cerne da discussão, o mínimo a se esperar é uma exposição sumária de seus conceitos básicos. Questão deveras complexa a se considerar desde a flexibilidade terminológica conceitual até – e por isso mesmo – a questão de sua classificação. Mas é sobretudo nas construções teóricas que o tema ganha densidade e se abre um debate tanto sedutor quanto árido em sede de conclusão definitiva.

Do mesmo modo, não se poderia furtar a uma delineamento mesmo módico dos tratados internacionais. Em princípio, pensou-se em remeter o leitor para as obras clássicas e especializadas sobre o assunto. Mas além de cômoda, a solução denunciaria lacuna de propósito. E o *iter* procedimental da celebração dos tratados internacionais será fundamental para se discutir, numa hermenêutica sistêmica, o que se pretende sustentar.

Com a decisão anterior, não havia como deixar de enfrentar o clássico tema do relacionamento entre o Direito Internacional e o Direito Interno. Optou-se, aqui, por uma visão o mais panorâmica possível, mas sem

deixar de fazer referência ao direito brasileiro vigente. Talvez para que o leitor perceba que os capítulos guardam uma verdadeira concatenação para os propósitos eleitos.

Deixou-se a segunda parte para uma discussão nacional – que, em última apreciação, é o objeto mesmo da pesquisa –, a qual se inaugura com o histórico do constitucionalismo brasileiro. O enfoque é direcionado para o relacionamento internacional do Estado e para a celebração dos tratados internacionais, invocando-se, sobretudo, a cláusula aberta dos direitos humanos, que a norma do artigo 78 da primeira Constituição republicana inaugura no Estado brasileiro. Tal cláusula permite se agregarem ao ordenamento positivo outros direitos fundamentais não expressos na Constituição. A discussão se interrompe com a Emenda n.1 de 1969 para ser retomada no capítulo quarto, devido ao art.5º, § 2º da Carta Magna de 1988, que insere os tratados internacionais como fonte da cláusula aberta.

No capítulo segundo, busca-se demonstrar de que maneira o constituinte arquitetou as relações internacionais. Discute-se aqui o momento histórico em que a Constituição foi produzida, os princípios em que se assentam tais relações, o propósito da integração latino-americana e o papel dos tratados internacionais neste quadro.

Dedica-se o capítulo terceiro ao estudo da hierarquia dos tratados internacionais face ao ordenamento jurídico brasileiro. Invoca-se para tanto a legislação e a jurisprudência – elegendo dois dos seus momentos marcantes. Ademais, coloca-se em debate os casos específicos como a extradição e a questão tributária. Ao final, põe-se em discussão a produção da literatura jurídica sobre a temática.

Os dois últimos capítulos tentam proceder à hermenêutica do art.5º, § 2º da Constituição Federal vigente. No quarto capítulo dessa segunda

parte, denominado *hierarquia dos tratados sobre direitos humanos*, coloca-se em debate as posições que a literatura jurídica e a jurisprudência têm assumido junto ao tema. Filia-se, aqui, à corrente que defende o nível supralegal para essa espécie de tratados internacionais. Não é uma concepção da maioria. Em verdade, trata-se de construção jurisprudencial tímida e de contornos ainda indefinidos. Como se verá, existe um voto do Ministro Sepúlveda Pertence neste sentido. O objetivo é o de demonstrar a viabilidade deste entendimento face à Constituição em vigor. O tratado internacional sobre direitos humanos – pelos princípios constitucionais positivados na ordem constitucional – devem ocupar um nível hierárquico abaixo da Constituição, mas acima da lei.

Finalmente no capítulo *Supremacia constitucional e tratados internacionais de direitos fundamentais* – já com a tese da supralegalidade assumida – parte para ratificar este entendimento e demonstrar a inviabilidade da tese que advoga o nível constitucional para essa espécie normativa.

Neste contexto, procura-se respaldar o fundamento da supremacia constitucional. Em seguida, lança-se mão da hermenêutica sistêmica no intuito de fazer ver que a leitura do art.5º, § 2º do texto constitucional está comprometido com outros dispositivos que cuidam da participação do Congresso Nacional na aprovação dos tratados internacionais, do papel do decreto presidencial de execução destes, das denominadas cláusulas pétreas e principalmente do quórum para reforma da Constituição.

Como se disse no início, todo esforço hermenêutico concentra-se a partir do texto constitucional positivo. Mas a posição aqui assumida não é de conformismo e de aplauso à opção do constituinte. Talvez seja melhor haver uma reforma no sentido de dar aos tratados internacionais de direitos humanos nível constitucional. Para tanto, não se pode olvidar o quórum de aprovação que deve ser o mesmo para a emenda constitucional. Em última

análise, o quórum qualificado é requisito da legitimidade que o sistema democrático não pode desprezar.

O Estado brasileiro precisa repensar seu modelo jurídico em face das transformações multilaterais pelas quais está passando o mundo. É verdadeiramente um jogo complexo, mas do qual tornou-se impossível não participar. Todavia a participação deve ser ponderada sob pena de desvirtuar os princípios constitucionais eleitos. Por exemplo, no caso da integração latino-americana, o comportamento jurídico do Brasil tem sido vacilante para dizer o mínimo. É preciso que o mundo jurídico reconheça que, cada dia mais, a sanção pelo descumprimento dos tratados internacionais gera conseqüências profundas na economia e na diplomacia do Estado.

O tratado internacional aprovado com a ampla participação do Executivo e do Legislativo não pode continuar tombando diante da vontade do legislador. O constituinte deve repensar esta realidade. Pode-se dizer que, paradoxalmente, é a tese aqui sustentada. Em verdade o é, exatamente por faltar argumentos necessários em sentido contrário. A Constituição silencia sobre o tema da hierarquia entre a lei e o tratado internacional genericamente considerado. Ao que parece, não há ilação possível de sustentar que os tratados internacionais são superiores à lei.

Trata-se de tese comprometida com o direito positivo, mas com o objetivo de proceder às críticas pertinentes. Buscou-se fomentar o debate acerca de uma questão que parece crucial para o futuro do Estado brasileiro como país estratégico que é na América Latina – apesar de continuar periférico – na nova geopolítica mundial.

PARTE I

SUBSTRATO DA PRÉ-COMPREENSÃO

I – Poder Constituinte

1. Noções gerais

O conhecimento humano, segmentado o quanto seja, por causa da insuficiência e limitação dos instrumentos mentais para apre(e)ndê-lo, configura-se um esforço seqüenciado de construção intelectual, não obstante, por imperativo da lógica mesma de que se constitui, abri-se à possibilidade de negação de seus postulados e à constante verificação de seus paradigmas.¹ Esse fato por sua vez, impõe duas obrigações ao arquiteto de novo trabalho científico: primeiro, apresentar o suporte de concepções anteriores sobre que se sustenta ou a que se opõe sua nova edificação; concomitantemente, fingir que não é um corte o corte, mais ou menos arbitrário, que vai operar na linha contínua do saber, o que serve, aliás, para atenuar-lhe a percepção da ruptura e conferir-lhe o indispensável teor de validade epistemológica.

O propósito do presente estudo é debater de que modo os direitos fundamentais decorrentes de tratados internacionais ingressam na ordem jurídica brasileira, se com o *status* de norma constitucional, se na categoria de mandamento infraconstitucional.

Estão aí, no próprio tema, as razões metodológicas que obrigam a uma investigação preliminar sobre o poder constituinte, sobretudo ao

¹ A lógica da investigação científica. In. *Os pensadores*. Volume XLIV. São Paulo: Abril Cultural, 1975. 263-379p.

Pode-se discutir em Popper a questão da evolução linear do caminhar científico, mas o que se busca invocar neste momento é que o conhecimento humano é uma acumulação gradativa de fatos científicos.

se constatar, à vista de Constituições brasileiras pretéritas, que se trata, no caso, de dispositivo com conteúdo novo.

Por ser um objeto que pertence ao direito constitucional em tangente com a ciência política, a temática do poder constituinte se reveste de considerável grau de dificuldade. Afinal, estar-se no limiar entre o fato e a norma, sendo a primeira grande dificuldade exatamente estabelecer-lhe a natureza jurídica.

Não se pode negar seu substrato fático, mas não se deve minimizar sua concretização jurídica. Em uma palavra: é um poder fático que ganha substância com a constituição, documento-ápice do Estado. Aqui reside um problema fundamental para o positivismo jurídico: se o Estado é a fonte do direito, e como não se pode conceber este fora do âmbito daquele, só resta aos positivistas negarem a natureza jurídica do poder constituinte.

Neste diapasão, Kelsen, ao cuidar dos fundamentos de validades na hierarquia das normas, atribuiu a um pressuposto lógico-fundamental (comando alheio ao direito positivo) a responsabilidade pela existência da Constituição. Carré de Malberg, ao tratar especificamente sobre o poder constituinte, adere ao positivismo jurídico para dizer que este é um fato estranho a qualquer categoria jurídica. Talvez mais refinado tenha sido Carl Schmitt, ao afirmar que o poder constituinte é um ser político.²

Efetivamente, não se pode deixar de hipertrofiar a natureza factual do poder constituinte, mesmo quando se vislumbram as formulações de matriz jusnaturalista, posto que aí o direito tem a concepção de *algo inerente* ao ser humano e dotado de tal fluidez conceitual que termina por transcender à idéia de um fato em contraposição àquilo que correspondem as normas para o

² V. *Teoria pura do direito*. 6ª ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1984. p. 277-85; *Teoria General del derecho*. 2ª edición. México: Fondo de Cultura Económica, 1998. p.1167; *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1996. p.93.

pensamento positivista. George Budeau formulou a concepção do poder constituinte comprometida com fundamento em um direito anterior ao Estado.

Le pouvoir constituant est un pouvoir initial, autonome et inconditionné (...)

Il ne faudrait cependant pas conclure de ce triple caractère que le pouvoir constituant n'est pas un pouvoir de droit c'est une erreur de ne tenir pour pouvoir de droit que celui dont l'existence et l'exercice sont conditionnés par un statut juridique antérieur (...) Ce qui est vrai, c'est que ce pouvoir de droit n'est pas commandé par le droit positif de l'État. Mais si l'on admet que le droit existe avant l'État, le pouvoir constituant doit être considéré comme le plus éclatant témoignage en faveur de ce droit, qui n'est antérieur à l'État que pour s'imposer à lui.³

Antes de George Burdeau, Sieyès já havia escrito que “uma nação é independente de qualquer formalização positiva, basta que sua vontade apareça para que todo o direito político cesse, como se estivesse diante da fonte e do mestre supremo de todo o direito positivo”.⁴

³ *Traité de science politique*. Tome IV (le statut du pouvoir dans l'État). Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1969. p.184 e 185.

Tradução livre; “O poder constituinte é um poder inicial, autônomo e incondicionado. Entretanto não se deve concluir deste triplo caráter que o poder constituinte não é um poder de direito, é um erro considerar como poder de direito somente aquele cuja existência e exercício estejam condicionados por um estatuto jurídico anterior (...) O que é verdadeiro, é que o poder de direito não é comandado pelo direito positivo do Estado. Mas se admitimos que o direito existe antes do Estado, o poder constituinte deve ser considerado como o testemunho mais contundente em favor desse direito que é anterior ao Estado somente para se impor a ele.”

⁴ *A constituição burguesa* (Qu'est-ce que lê tiers État?). 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2001. p.51.

Tendo-se as linhas gerais do problema apresentado, não resta dúvida que a concepção do poder constituinte como pressuposto sociológico é a mais consistente.

Vencida esta turbulência – ao menos para os limites do presente estudo – uma discussão complementar parece inevitável, relevante, ademais, pelo uso, entre os constitucionalistas, das expressões *poder constituinte originário* e *poder constituinte derivado*.

Antes da discussão jurídica, o problema deve ser levado ao âmbito filológico. O que significa o verbo *constituir* no vernáculo pátrio? Ser a base, a parte essencial de; formar – registram uniformemente os dicionários.

Ora, o poder constituinte é exatamente aquele responsável por construir a ordem jurídica. Dito de outro modo: pela feitura da constituição. Então, é o poder a partir do qual se origina a constituição. E aí se vê que a expressão *poder constituinte originário* torna-se, no mínimo, pleonástica. Por seu turno a locução *poder constituinte derivado* apresenta-se contraditória: em sendo *constituinte*, é, necessariamente, *originário*; jamais *derivado*. A expressão *poder constituinte derivado* apresenta-se formada por significantes inconciliáveis.

Ademais, no âmbito jurídico, a idéia do poder constituinte originário é aquela segundo a qual este cria a Constituição; o poder constituinte derivado apenas reforma, modifica a Carta Magna.⁵ Na própria apreciação dos que advogam a dicotomia se evidencia a fragilidade terminológica.

Ao perceber a diferença ontológica na suposta dicotomia do poder constituinte, Recásens Siches⁶ escreveu que o poder titular da competência de modificar a constituição não possui o caráter de poder constituinte no seu sentido estrito, exatamente por receber suas faculdades da própria Constituição. Não fica difícil perceber a contradição: o poder constituinte derivado nada pode

⁵ V. Nelson Saldanha. *O poder constituinte*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986. p.86.

constituir, porque ele próprio é um ente constituído pelo sujeito a quem pretende modificar. Não se constitui o que já fora construído. No máximo, se reconstitui: vale dizer, se reforma.

Em verdade, o que os autores denominam de *poder constituinte derivado* nada mais é que o poder de reforma. Tanto isso é verdade, que Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁷ partidário da dicotomia, emprega as expressões *poder constituinte instituído* e *poder de revisão*. Não se pode deixar de frisar que o autor se reporta a *poder constituído* ora para se referir aos órgãos dos três clássicos *poderes*⁸ derivados do gênio de Montesquieu, ora como sinônimo de poder constituinte derivado. Não obstante, vale ressaltar a consciência de ser tal poder constituído, como o próprio autor reconhece.

Alguns constitucionalistas brasileiros são partidários da dicotomia *poder constituinte originário* e *poder constituinte derivado*. Na concepção da unicidade encontram-se poucas, mas não menos autorizadas vozes do pensamento constitucional, como é o caso de Ivo Dantas⁹, para quem só se deve adjetivar de *constituente* ao poder que precede ao ordenamento, pois este é o assentador de uma nova ordem jurídica. No mesmo sentido, vale lembrar a posição de José Afonso da Silva.¹⁰

Apesar do alto valor didático apresentado pela corrente partidária da dicotomia do fenômeno constituinte, tem-se por mais consentâneo com a lógica formal do próprio positivismo a existência una de tal poder. Ademais, a concepção pré-jurídica desta *força social*, na expressão de Manoel

⁶ *Tratado general de filosofía del derecho*. México: Editora Porrúa, 1970. p. 307.

⁷ *O poder constituinte*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999. p.108 e 123.

⁸ A rigor da técnica, deve-se evitar a expressão *poderes* para se reportar aos órgãos que compõem o Estado, pois o Executivo, o Legislativo e o Judiciário são funções do poder. O poder estatal é uno e indivisível, como o é a soberania. A propósito do tema, veja-se Georges Burdeau em companhia de Francis Hamon e Michael Troper (*Manuel de droit constitutionnel*. 25 édition. Paris: Librairie de Droit et de Jurisprudence, 1997. p.105-106)

⁹ *Instituições de direito constitucional brasileiro*. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2001. p.317.

Gonçalves Ferreira Filho,¹¹ não pode conviver com a Constituição, pois com o aparecimento desta, o poder constituinte se esgota temporariamente.

Evidente que o poder constituinte não se acaba com a elaboração da Constituição, mas volta a um estado de latência somente rompido por um *interregno constitucional*, como aliás percebeu Carl Schmitt¹². Portanto se pode inferir que o poder constituinte sobrevive à Constituição, nem com ela convive.

O poder constituinte se forja em substrato fático. Bem o diz Luis Sanches Agesta¹³ ao afirmar que o poder constituinte surge como um raio que atravessa a nuvem, inflama a atmosfera, fere a vítima e desaparece.

Parece ter ficado assentado a força do poder constituinte no sentido de somente ele deter a energia necessária para construir o Estado na sua concepção juspolítica e, por conseqüência lógica, (re)ordenar todo o substrato jurídico que lhe era anterior. Significa isto dizer que novos paradigmas podem surgir para os operadores do Direito, mormente para aqueles que têm o dever de interpretar e aplicar a nova Constituição.

Exatamente daí se alimenta a interpretação que empresta dinâmica ao ordenamento. Importando, pois, neste momento, um estudo sobre os limites do poder constituinte.

2. Limites

Teria o poder constituinte limites para formular a ordem constitucional? Em caso positivo, quais seriam eles?

¹⁰ *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2000. p.68.

¹¹ *Ob. cit.* p. 54.

¹² *Ob. cit.* p.94

¹³ *Principios de teoria política. 6 edición*. Madrid: Nacional, 1976. p.363.

Já se acolheu, aqui, a premissa exposta por Luis Sanches Agesta,¹⁴ segundo a qual o poder constituinte é um substrato fático. Todavia uma observação se impõe: aceitar o poder constituinte como uma grandeza fática não resolve o problema de tal poder ser ou não alheio ao mundo jurídico. Seria o poder constituinte um fato irrelevante para o ordenamento jurídico?

Há certas coisas que estão inseridas no mundo jurídico, e outras que lhe são completamente inalcançáveis. Assim, se celebro verbalmente um contrato de compra e venda, o ordenamento jurídico incide peremptoriamente em meu ato. Todavia, o movimento de uma nuvem é fato desinteressante e inalcançável para o direito. Não há interesse algum para a ordem jurídica regular o movimento das nuvens: nem o direito teria instrumento de coercividade para fazer as nuvens se movimentarem para esta ou aquela direção. Resta, portanto, a pergunta: o poder constituinte é ontologicamente semelhante ao instituto jurídico do contrato, ou alheio à incidência do direito, como o movimento das nuvens?

Ao analisar o prisma da natureza dogmático-constitucional do poder constituinte, os juristas tomam opções que julgam antagônicas: ora tal poder é um fato em si se exaurindo, ora seria uma instituição jurídica. Olvida-se de estabelecer uma equação de interação. A rigor, o poder constituinte é um poder de fato que interage com o ordenamento jurídico. Seria espantoso que um oleiro fizesse um jarro de barro sem entrar em contato com a matéria-prima. Exatamente isso ocorre aqui: como poderia o poder constituinte elaborar a Constituição de um Estado sem interagir com o mundo jurídico?

Não há dúvida de que o poder constituinte entra em contato com o ordenamento jurídico. O que precisa ser esclarecido é se o poder constituinte é uma realidade infensa a qualquer limite jurídico preestabelecido.

¹⁴ *Ob. cit.*, p.363.

A concepção clássica formulada por Sieyès aponta no sentido de ser o poder constituinte ilimitado pelo direito anterior: admite tão-somente uma limitação nos moldes do Direito Natural forjado na Escola do Direito das Gentes concebida pelo gênio de Rousseau.¹⁵ A rigor, na construção clássica de Sieyès, o direito anterior seria ignorado, e assim também o político e o social. O poder constituinte partiria do nada em direção ao absoluto.

José Joaquim Gomes Canotilho¹⁶ constata que a teoria clássica elaborada por Sieyès consagrou uma teologia política para explicar o poder constituinte, o qual teria faculdades divinas. O poder constituinte seria a proclamação do *potestas constituens, norma normans et creatio ex nihilo* (o poder de constituir, o poder de editar normas e o poder de criar a partir do nada).

Após apresentar a versão clássica do problema, o professor lusitano lembra que a literatura constitucional mais atualizada rejeita a teoria clássica do poder constituinte no que diz respeito a sua falta de limites jurídicos.

Neste passo da problemática, é de bom alvitre esclarecer o alcance da expressão *limites jurídicos*. Ou em outros termos: precisar em que sentido está se utilizado o vocábulo direito. Esclareça-se, de logo, que é possível se utilizar o termo *direito* nas mais variadas acepções. Para os contornos do problema posto, duas concepções são suficientes para resolvê-lo. A primeira toma a palavra direito como conjunto de normas vigentes em determinado estado: trata-se do olhar lógico-formal tão bem defendido por Hans Kelsen¹⁷. A

¹⁵ Veja-se Manoel Gonçalves Ferreira Filho (*O poder constituinte*, *Ob. cit.* p. 13-14). A propósito do tema, lembra o professor Manoel Gonçalves que existe um debate entre os constitucionalistas franceses sobre a incidência de limites ao Poder Constituinte de Revisão. Esta discussão está superada no Brasil, diante do art. 60, §4º, da Carta Magna em vigor, por estarem ali consagradas as cláusulas pétreas.

¹⁶ *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3ª edição. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p.76-77.

¹⁷ *Teoria pura do direito*, *ob.cit.* 484p.

segunda é aquela que vislumbra no direito uma experiência cultural do homem, consoante notado por Miguel Reale.¹⁸

Evidente que o poder constituinte não é limitado pelo direito na sua concepção lógico-formal. Não deve a ele qualquer obediência. Tomando-se a discussão nestes termos, razão assiste a Ivo Dantas,¹⁹ quando afirma que o Regimento Interno e o Ato de Convocação da Assembléia Constituinte não são limites jurídicos ao exercício de elaboração da Carta Magna.

Em verdade, o Regimento Interno é documento jurídico disciplinador do funcionamento da Assembléia Constituinte, mas sem nenhum poder de determinar o conteúdo do texto a ser votado e aprovado. Por seu turno, o Ato de Convocação se exaure com a instalação do Poder Constituinte, logo não tem o condão de estabelecer previamente as matérias que devem figurar na futura ordem jurídico-positiva.²⁰

Se é verdade que nenhuma limitação de ordem lógico-formal sofre o exercício do poder constituinte, o mesmo não se pode afirmar quanto ao seu relacionamento com a construção cultural do direito. Com toda razão José Joaquim Gomes Canotilho quando afirma que o poder constituinte “é estruturado e obedece a padrões e modelos de condutas espirituais, culturais, éticos e sociais radicados na consciência jurídica geral da comunidade”.²¹

José Joaquim Gomes Canotilho observa que o conceito cultural do direito extrapola a vontade do Estado, para fomentar uma idéia de

¹⁸ *Teoria tridimensional do direito*. São Paulo: Saraiva, 1968. p.96.

¹⁹ *Ob. cit.* p.312.

²⁰ É verdade que a Emenda Constitucional nº 26 de 27.11.85 – Ato de convocação da Assembléia Constituinte que aprovou o texto magno em vigor no Brasil – quis delimitar o exercício dos senhores constituintes. Isto, todavia, não elide as idéias aqui expostas. Antes revela e reafirma o desconhecimento de seus autores em lições elementares de teoria constitucional.

²¹ *Ob.cit.* p.77.

justiça que não se encontra fora dos quadrantes jurídicos, mas dentro da ordem de conduta humana em convivência com seus pares.

Conclui-se, peremptoriamente, que o poder constituinte não se depara com um vácuo histórico-cultural a partir do qual irá reorganizar a nação na sua formatação juspolítica. No caldo cultural com que se depara, vai o poder constituinte encontrar o sentimento de direito, daquilo que é razoável, idéias forjadas ao longo do tempo. Em síntese: o poder constituinte consegue romper com o direito lógico-formal posto pelo Estado, mas não com a construção cultural do direito, que passa a lhe impor limites.

A rigor, Juan Luis Requejo Pagés²² tem razão ao afirmar que a idéia clássica do poder constituinte como força incondicionada é um mito, pois o ordenamento enquanto energia não se cria nem se destrói, somente se transforma. Essa metáfora do autor baseada em Lavousier ratifica o pensamento segundo o qual o direito enquanto construção cultural não sofre solução de continuidade.

No plano prático, Juan Luis Requejo Pagés demonstra que o mito do poder constituinte incondicionado esbarra em situações fáticas irrespondíveis. Afirma, por exemplo, o autor que o poder constituinte não tem força suficiente para modificar os limites territoriais do Estado que está juridicamente recriando. De fato, as normas internacionais do direito de fronteiras são marcos preestabelecidos ao exercício do poder constituinte.²³

²² *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998. p. 17.

²³ In Pagés, *Ob. cit.*, p. 55. O exemplo do autor tem por fito demonstrar que não é plausível ao poder constituinte desconsiderar as normas de direito internacional, sob pena de inviabilizar a existência do Estado que está surgindo frente à ordem mundial. Certamente seria pouco provável se elaborar uma Constituição, nos dias que correm, sem se prestigiar alguns princípios de direito internacional, quais sejam: princípio da independência, princípio da autodeterminação, princípio da observância de direitos humanos.

Sobre os direitos humanos como limites materiais ao poder constituinte, V. Paulo Thadeu Gomes da Silva, *Poder constituinte originário e sua limitação material pelos direitos humanos*. Campo

Não é novidade a postulação de limites ao poder constituinte frente aos condicionantes daquilo que a sociedade, ou parcela dela, entende por direito. Basta se voltar a Lassale²⁴ para se perceber isto. Alguém irá protestar no sentido de que as denominadas *forças reais de poder* – na terminologia do autor – não são realidade jurídica. Se por realidade jurídica entende-se o direito positivo posto, não há o que se discutir. Mas se por *realidade jurídica* concebe-se a fonte do direito, local do qual irá invariavelmente surgir a Constituição, então há muito a ser considerado.

Aliás, é o próprio Ferdinand Lassale quem afirma que residem no seio de cada sociedade as *forças reais de poder* que influenciam diretamente na formação das leis e das instituições jurídicas. Lassale sabe tanto da consciência jurídica dessas forças reais (agentes sociais organizados) que afirma que cada uma delas é um fragmento de Constituição. Quem ousa duvidar de que a atividade das *forças reais de poder* decorre de suas experiências com o direito?

Vale registrar que, além da segmentação social desencadeada por interesses econômicos organizados, o direito (na acepção de tradição cultural) ainda fomenta aquilo que Pierre Pactet denominou de *pressions diffuses*²⁵ ao estudar o embate entre o corpo social e o poder político. Após vislumbrar que as mentalidades se formam a partir de hábitos intelectuais e de maneiras de perceber e pensar dos grupos sociais, o autor conclui no sentido de que é essencialmente sobre o direito e por intermédio do poder político que esta pressão de mentalidades e de costumes vai ser exercida.

Com as considerações acima expostas, não fica difícil constatar que o poder constituinte não sofre nenhuma limitação lógico-formal do direito

Grande (MS): Solivros, 1999. p.23-32. V., igualmente, Maurício Antonio Ribeiro Lopes. *Poder constituinte reformador: limites e possibilidades da revisão contitucional brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. 287p.

²⁴ ¿ *Qué es una constitución?* 4ª edición Barcelona: Ariel, 1994. p.84-92.

²⁵ *Institutions politiques. Droit constitutionnel*. Paris: Armand Colin, 1998. p.29.

positivo anterior. Nenhum dos autores consultados ousou defender tese diferente. Posição interessante esboça Raul Machado Horta,²⁶ que, ao afirmar a limitação jurídica formal do poder constituinte somente consegue colecionar exemplos que ratificam a limitação decorrente do direito enquanto catalizador das *forças reais de poder*.

É certo que o professor Raul Machado Horta cita documentos jurídicos que pretenderam limitar o exercício do poder constituinte, como se verificou por ocasião da elaboração da Constituição brasileira de 1934, ocasião em que o Governo Provisório baixou o Decreto nº 19.398, de 11 de novembro de 1930 que em seu art. 12 endereçou limitações à Assembléia Constituinte: manutenção da forma republicana federativa e não-restrição das garantias individuais constantes da Constituição de 24 de fevereiro de 1891.

Se é certo que o poder constituinte atendeu às reivindicações do grupo revolucionário, o fez não por dever jurídico, mas por ser este exemplo clássico de grupo social com *fragmento de constituição*, vale dizer, poder de influenciar no conteúdo material da constituição.

Depois de citar a crise constitucional provocada pela transição do modelo ditatorial de 1937 para o democrático de 1946, Raul Machado Horta uma vez mais retrata exemplo de limites decorrentes das *forças reais de poder* às quais se submete qualquer assembléia constituinte.

Na seara do direito estrangeiro, Raul Machado Horta invoca a crise italiana de 1946, quando um decreto legislativo impôs à constituinte a decisão popular sobre a forma do Estado. Evidente que o fato de as limitações impostas serem aquiescidas pelo poder constituinte não lhe retira, ao menos no plano da teoria constitucional, o caráter de independência em face à ordem jurídica formal.

²⁶ *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.p.28-32.

Interessante deixar assente que ao finalizar seus estudos, indica Raul Machado Horta as restrições sofridas pela Constituinte Portuguesa de 1975, ocasião em que termina por conceder que a limitação ao poder constituinte encontra-se fora do direito positivo vigente.²⁷

Questão igualmente importante sobre a limitação do poder constituinte – e que está na ordem do dia – diz respeito à possibilidade de seu exercício para a composição de blocos de estado, como ocorre com a Comunidade Económica Européia e o Mercosul. Haveria um poder constituinte transnacional para formar tais comunidades? É possível se imaginar um poder constituinte interdependente?

Responder a tais perguntas não é objeto da presente empreitada, em que pese ser um interesse que a tangencia. Será bastante para o momento, saber que o poder constituinte pode romper com a Constituição pretérita no seu aspecto formal, pois em nada lhe deve obediência.

3. Efeitos

O núcleo da discussão que aqui se pretende travar reside nos efeitos produzidos pela obra realizada pelo poder constituinte frente ao ordenamento pretérito. Em outros termos: terminada a obra do poder constituinte – a Constituição – é oportuno indagar qual a reengenharia que sofre o ordenamento jurídico diante de um fato de tamanha magnitude.

Dois problemas, portanto, surgem: o primeiro irá indagar a relação entre a Constituição atual e a Constituição pretérita; o segundo questiona a interação entre as normas infraconstitucionais e a Constituição agora em vigor.

²⁷ *Ob. cit.* p. 32.

Contemplando-se a precisão científica, trata-se de um único problema dividido em duas partes, visto que os efeitos do poder constituinte se verifica na ordem jurídica considerada em sua totalidade. Não faz outra coisa o poder constituinte, senão implantar no ordenamento jurídico um novo fundamento de validade ou autoridade.²⁸

Já que a Constituição produz uma varredura sistêmica no mundo jurídico passado, opta-se, aqui, por abordar, em primeiro, o problema da sucessão entre as constituições nova e pretérita.

Que a Constituição nova substitui a pretérita é idéia intuitiva e observável à luz solar. Relevante é saber de que maneira ocorre tal sucessão. Tem-se entendido que a Constituição nova revoga a anterior pelo princípio *lex posterior derogat legi priori*, vetor clássico na problemática do conflito intertemporal²⁹ entre as normas. A literatura jurídica, portanto, trata a sucessão de Constituições exatamente como sucessão de leis,³⁰ atendo-se ao critério de a norma posterior revogar a que lhe é anterior, desde que assim o declare, seja com ela incompatível, ou regule inteiramente a mesma matéria.

Mas seria, de fato, a sucessão de Constituições equiparada à de normas comuns? Em primeiro é preciso notar que a constituição ocupa o

²⁸ V. Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, tomo II, 1996, p.271.

²⁹ O ordenamento jurídico pátrio disciplina na seara doméstica com muita precisão a problemática do conflito intertemporal, através do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil: “Art.2º. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue

§1º. A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§2º. A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a anterior.

§ Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.”

³⁰ Neste sentido, Maria Helena Diniz, *Norma constitucional e seus efeitos*, 1992, p. 46.

referencial subordinante de toda a ordem jurídica. Exatamente esse o grande legado de Kelsen³¹ para a evolução do direito enquanto sistema lógico-formal.

Em assim sendo, uma vez promulgada, a Carta Magna somente convive com as outras normas numa relação de hierarquia. Exatamente isso não se dá com uma lei, por exemplo. Se ela entra em vigor, a norma que lhe era contrária será extirpada da ordem positiva, mas outra que lhe é compatível sobrevive a ela no mesmo nível de importância. Já a constituição não convive no mesmo plano de importância com nenhuma outra norma jurídica, nem mesmo com a constituição pretérita. E não convive por um segundo sequer.

Entende-se que o princípio *lex posterior revogat legi priori* é simplista para se explicar o problema, se não se aprofundar no tema. Note-se que a revogação de uma Constituição por outra é global ou de sistema,³² não uma revogação norma a norma, na inteligência de Jorge Miranda.³³ Em assim sendo, a Constituição nova substitui a antiga não apenas por uma questão cronológica. Assim se dá exatamente, porque a constituição nova lhe é superior.

E por que a constituição nova é superior a antiga? Pelo simples fato de o poder constituinte ter retirado da Constituição pretérita o fundamento de validade sobre o ordenamento jurídico, no momento que promulga (ou outorga) a nova Constituição.

A superioridade da Constituição nova é tão nítida frente à antiga que nenhuma das normas desta migra até aquela. A constituição pretérita se exaure por inteiro. Percebe-se que a lei *A* que revoga a norma *B*, pode não fazê-lo integralmente: se a revogação não for total, a lei *B*, naquilo que não for

³¹ *Ob. cit.*, p.310.

³² Para a idéia de sistema, V. José de Oliveira Ascensão, *O direito. Introdução e teoria geral*, p.276 e 282-283.

³³ Manual de Direito Constitucional, tomo II, cit., p.272.

incompatível com a lei \mathcal{A} , continua em vigor.³⁴ Há, é verdade, quem defenda a revogação parcial das constituições. Pontes de Miranda é explícito neste sentido: “A regra é não se considerarem revogadas as leis ordinárias, ainda que o tenham sido, no todo, ou em parte, as Constituições.”³⁵

Defende Pontes de Miranda entendimento segundo o qual a constituição pretérita pode ter, em seu corpo formal, normas estranhas ao seu núcleo que não se chocam com os mandamentos da Constituição nova. Diante disso, pode a nova Ordem Magna reconstitucionalizar tais disposições. Este fenômeno (reconstitucionalização) – na concepção de Pontes de Miranda – autoriza falar-se em revogação parcial da Constituição. A concepção do jurista esbarra em duas constatações: a existência de poder vinculante das normas constitucionais tidas por meramente *formais*³⁶ e o fato da reconstitucionalização³⁷ derivar do poder constituinte. Não é difícil perceber que o fundamento de validade para levar determinada matéria à dignidade jurídica máxima repousa na nova ordem, não naquela que sucumbiu.

Pontes de Miranda se contradiz ao admitir a revogação parcial de uma Constituição, apoiando-se naquilo que denomina reconstitucionalização.

³⁴ Apenas para demonstrar a veracidade da tese, pode-se invocar, dentre tantos exemplos, a lei nº 4.090/62 e a de nº 4.749/65. Ambas tratam do 13º salário do empregado brasileiro. Todavia, a segunda não revogou inteiramente a primeira, que continuou parcialmente em vigor conforme noticia o art. 3º da lei 4.749/65: “Art.3º. Ocorrendo a extinção do contrato de trabalho antes do pagamento de que trata o art.1º desta lei, o empregador poderá compensar o adiantamento mencionado com a gratificação devida nos termos do art.3º da lei 4.090/62, e, se não bastar, com outro crédito de natureza trabalhista que possua o respectivo empregado”. Jamais situação similar irá ocorrer tratando-se de duas constituições, exatamente porque somente uma delas é soberana. Uma constituição ou foi revogada ou continua em vigor: não há meio termo.

³⁵ Comentários à constituição de 1946, 2ª edição, v .I,1953, p.163.

³⁶ A teoria constitucional que advoga o antagonismo entre norma formal e material cede a passos largos para um pensamento de fusão. Jorge Miranda afirma: “(...) toda Constituição formal é Constituição material, qualquer preceito formalmente constitucional é, desde logo, materialmente constitucional” (*Ob. cit.*, p. 274).

³⁷ O que para Pontes de Miranda é reconstitucionalização para parte da literatura jurídica significa recepção material

Bem sabe o domínio comum que o prefixo *re*, no vernáculo, significa voltar ao ponto de partida. Evidente que a criação humana tem por característica não se repetir do mesmo modo, nas mesmas circunstâncias. Imagine-se um oleiro que destrói um vaso de barro já construído pensando em refazê-lo. Evidente que o novo vaso nada guardará do primeiro, salvo a matéria-prima: trata-se de objeto novo, realizado em outro momento de criação do artesão.

Assim também ocorre com o mundo jurídico. Se o constituinte repete matéria pertencente à constituição anterior, este substrato normativo terá outro fundamento de validade: o poder constituinte que o criou,³⁸ o momento histórico serão outros, a sociedade estará mais amadurecida frente àquela substância normativa, enfim a interação não guardará afinidade com o passado.

Além dessa possibilidade de recepção material, ou reconstitucionalização, a literatura jurídica se reporta também à situação de desconstitucionalização. Para Carl Schmitt³⁹ e Esmein⁴⁰ – dois grandes arquitetos dessa tese – as normas da constituição pretérita que não fossem antagônicas à recente constituição permaneceriam na nova ordem como normas ordinárias.

Interessante notar que José Afonso da Silva⁴¹ afirma ter Pontes de Miranda lançado mão do pensamento de Esmein – sem citá-lo, contudo – para construir a mesma doutrina. É preciso um reparo. Pelas evidências, tudo leva a crer que Pontes de Miranda tenha se respaldado em Esmein. Acontece, porém, que o autor brasileiro utiliza tais fundamentos para engenhar a teoria da

³⁸ Talvez fosse mais apropriado falar em exercício do poder constituinte para se dar a precisa idéia de que tal instituto não é estático no tempo. Evidente que o poder constituinte que produziu a Constituição brasileira de 1891 não é o mesmo que realizou a Carta vigente. Somente se pode pensar em um poder constituinte de modo indistinto à luz da compreensão lógico-formal do direito.

³⁹ *Teoría de la constitución*, cit., p.51.

⁴⁰ *Éléments de droit constitutionnel français et compare*. Tome premier. Paris: REcueil Sirey, 1927. p.620-621.

⁴¹ *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 1998, p.222.

reconstitucionalização e não da desconstitucionalização. Textualmente se pronuncia Pontes de Miranda.

Se a Constituição derrubada continha princípios de ordem penal, civil ou administrativo, sem ligação necessária à Constituição – defeito de técnica do conteúdo – a derrogação não se dá quanto a êles, porque os incluíra o propósito de lhes assegurar maior estabilidade ou cerceamento de atividade legislativa. Com o desaparecimento da Constituição, isso, não os princípios, desaparece. O artificial cai; desfaz-se o laço fictício: as regras, inconfundíveis em sua concepção, ficam. Os novos princípios constitucionais ou as novas Constituições podem, ou revogá-las, ou mantê-las expressamente, ou desinteressar-se da solução, ou reconstitucionalizá-las.

Se a Constituição caiu e êles não caíram, pelo só desdar do nó que os prendia ao corpo da Carta fundamental, deixaram de ser constitucionais. Só artificialmente o eram; o natural volta. A reconstitucionalização, que vier, terá de operar ex nunc. No tempo que medeou entre a queda da velha Constituição e a nova foram preceitos de lei ordinária.⁴²

Nota-se com clarividência meridiana que o conceito de reconstitucionalização empregado por Pontes de Miranda é sinônimo de recepção material, diferente, portanto, de desconstitucionalização. Apesar dos dois institutos ostentarem de comum uma transmutação intrínseca de preceitos –

⁴² *Ob. cit.*, p. 163 (Mantida a ortografia original).

no dizer de Jorge Miranda⁴³ – seguem objetivos diferentes. Pela primeira tese, tenta-se sustentar que determinadas normas da constituição pretérita, ao serem inseridas no corpo da nova Constituição, não perdem a dignidade máxima junto ao ordenamento jurídico; pela segunda, as normas constitucionais pretéritas que não colidirem com a nova Carta Magna permanecem na ordem positiva, mas com caráter de lei ordinária.

À luz de maior cuidado metodológico, as duas construções são imprecisas: não há reconstitucionalização nem desconstitucionalização – ao menos nos termos aqui expostos. O ponto nodal da questão é entender que o poder constituinte não conhece limites no plano lógico-formal do ordenamento, levando tudo de vencida.

Em assim sendo, a idéia de reconstitucionalização como sobrevivência de parte de uma constituição revogada é totalmente inaceitável. Aliás, disse bem Norberto Bobbio⁴⁴ que o fato de o novo ordenamento ser constituído em parte por normas pré-existentes não lhe retira o caráter de novidade, posto que mudou o fundamento de validade da ordem jurídica.

Por outro turno, também não merece guarida pensar-se em desconstitucionalização como sinônimo de rebaixar norma constitucional revogada em lei ordinária.

Evidente que o poder constituinte desconstitucionaliza toda a ordem jurídica, no sentido de retirar o fundamento de validade da constituição pretérita, não alterando, automaticamente, níveis normativos, salvo disposição expressa da Constituição promulgada.⁴⁵ Mas, como se disse: tal fenômeno ocorre

⁴³ *Ob. cit.*, p. 274.

⁴⁴ *Teoria do ordenamento jurídico*, 1996, p. 170.

⁴⁵ A Constituição portuguesa de 1976 e a Constituição paulista de 1967 utilizaram do expediente da desconstitucionalização. Esses dois exemplos são lembrados por Luis Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da constituição*, 1996, p. 57.

A Constituição portuguesa de 1976 dispõe em seu art. 290º sobre o tema: “Art.290º. (Direito anterior) 1. As leis constitucionais posteriores a 25 de abril de 1974 não ressalvadas neste

por vontade exclusiva do poder constituinte, que dota o texto constitucional promulgado (ou outorgado) de novo fundamento de validade. Nesse sentido, procedem as palavras de Luis Roberto Barroso⁴⁶ no sentido de afirmar que se o poder constituinte tem força para reformar, também o tem para conservar. Importante, todavia, assentar que o sentido do verbo *conservar* deve ser lido na apreensão puramente material, posto que o conteúdo mantido recebe novo comando de validade (uma constituição nova), como bem reconhece o autor.

Luís Roberto Barroso chega a esta conclusão, por considerar que a Constituição suprimida está no mesmo nível de hierarquia da nova Carta Magna. Em assim, segue a clássica lição do direito intertemporal, de uma norma posterior revogar a anterior se com ela incompatível, se o determinar expressamente, se regular a mesma matéria. É nesta última hipótese que o jurista vislumbra a possibilidade de uma constituição revogar outra. Cabe uma ressalva no pensamento de Luís Roberto Barroso: a igualdade entre a constituição pretérita e a norma-ápice suprimida é apenas teórica, posto que não podem gozar de vigência no mesmo tempo e espaço.

Há, em rigor, uma hierarquia ontológica entre a Constituição que chega e aquela que se retira do palco jurídico, posto que não podem conviver. É verdade que Ivo Dantas⁴⁷ se reporta a hiato constitucional. É preciso entender que o autor quer se referir à quebra do fundamento de validade da ordem pretérita e não a existência de vácuo jurídico, visto que a perda de vigência

capítulo são consideradas leis ordinárias, sem prejuízo do disposto no número seguinte. 2. O direito ordinário anterior à entrada em vigor da Constituição mantém-se, desde que não seja contrário à Constituição ou aos princípios nela consignados.”

Por seu turno, a Constituição paulista também dispôs analogamente sobre a problemática: “Art.147. Consideram-se vigentes, com o caráter de lei ordinária, os artigos da Constituição promulgada em 9 de julho de 1947 que não contrarie esta Constituição.”

No âmbito da literatura jurídica aceitam a desconstitucionalização, desde que autorizada pela nova constituição, Jorge Miranda, *Ob. cit.*, p. 274 e Luis Roberto Barroso, *Ob. cit.*,p.57-58.

⁴⁶ *Ob. cit.*, p. 56.

⁴⁷ O Valor da Constituição, 2001, p.188.

de uma constituição dar-se no mesmo instante em que a sua sucessora recria o Estado na sua feição juspolítica. Logo, a relação entre as duas Constituições não pode ser a mesma verificada entre as leis: estas podem parcialmente sobreviver às sucessoras; a constituição revogada, não.

José Afonso da Silva⁴⁸ chegou a admitir a hipótese de desconstitucionalização, por entender que ela satisfazia integralmente o princípio de compatibilidade entre as normas da ordem jurídica. Atualmente, o autor renega esse pensamento, entendendo que se o poder constituinte não reproduz determinadas normas do texto magno pretérito é porque as quis desqualificar como referencial normativo vigente, não podendo, portanto, se transmudar em norma infraconstitucional. Lembre-se a lição aqui repetida: a Constituição revoga o ordenamento jurídico em sua totalidade e não norma a norma.

Para os limites do objeto desta tese, pensa-se superado a indagação que envolve a sucessão entre as Constituições. Tenta-se equacionar a segunda face do problema: o relacionamento entre a Constituição aprovada e as leis que a antecederam. Esta discussão, em que pese arraigada à teoria da Constituição projeta efeitos práticos relevantes. Reside em complexa investigação terminológica saber se as normas antecessoras à Constituição são revogadas, ou se se tornam inconstitucionais.

O tema reclama delimitação precisa, pois as normas anteriores à Constituição são de duas categorias: àquelas que lhe são compatíveis e as que lhe são antinômicas. Quanto às primeiras, a questão se resolve pelo princípio da continuidade do ordenamento jurídico. Significa isto dizer que as normas compatíveis com a constituição sucessora não têm seu fluxo de vigência interrompido, posto que renovado no novo paradigma de validade da ordem

⁴⁸ *Ob. cit.*, p.222.

jurídica. Teoricamente possível, não obstante pouco provável, uma Constituição ser antagonista a todas as normas infraconstitucionais.

Em defesa do princípio da continuidade do ordenamento positivo, José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira afirmam⁴⁹ que ele se impõe, sob pena de esvaziamento da ordem jurídica. Não há, de fato, nenhuma razão plausível para que as normas compatíveis com a norma-ápice não sejam por ela referendadas e, portanto, continuem em vigor.

Antes de se avançar na discussão, deixe-se assentado que a compatibilidade de que se trata é a meramente substancial e não a de natureza formal. É assente na literatura constitucional a incidência do princípio *tempus regit actum* no processo legislativo. A nova Constituição não deita efeitos *ex tunc* sobre as leis preexistentes. Vincula tão-somente as leis futuras.

Quanto à questão das normas anteriores e incompatíveis com a constituição, ter-se-ão duas opções: ou estas são revogadas juntamente com a constituição pretérita ou precisam ser declaradas inconstitucionais.

Em defesa da primeira opção, encontram-se os defensores da aplicação do princípio *lex posterior revogat legi priori*, em que pese reconhecerem tratar-se de normas em diferentes níveis hierárquicos, detalhe que sustenta tese em sentido diametralmente oposto.

A segunda opção esclarece que as normas infraconstitucionais, quer anteriores quer posteriores à nova ordem, ocupam a mesma dignidade no ordenamento e dele só podem se retirar quando declaradas incompatíveis com a ordem vigente. Plasma-se, aqui, a denominada inconstitucionalidade superveniente. Ou em outros termos: uma norma preexistente conforme com a carta magna, torna-se antagonista com o advento da nova Constituição.

⁴⁹ *Fundamentos da constituição*, 1991, p.253-254.

É evidente que, para saber se uma norma anterior subsiste ao novo paradigma do sistema jurídico positivo, tem-se imperativamente de se fazer um exame sobre sua conformidade constitucional, consoante lembram José Joaquim Canotilho e Vital Moreira⁵⁰. Todavia, não é exatamente essa a preocupação. Claro que só se pode afirmar ser uma norma desconforme com uma Constituição se incidir em inconstitucionalidade. Interessa é saber se esse exame precisa ser formalizado ou se a mera prática empírica o supre.

Interessante, neste passo, notar que José Joaquim Gomes Canotilho tenta conciliar as duas teses antagônicas à luz da Constituição portuguesa de 1976. Essas duas passagens do autor são sintomáticas.

A solução adoptada pela Constituição é claramente a primeira: o direito ordinário anterior incompatível com a Constituição deixou de vigorar (por revogação ou caducidade) com a entrada em vigor da Constituição (art. 290º).⁵¹

A extensão do controlo ao direito pré-constitucional (inconstitucionalidade superveniente) não oferece hoje dúvidas perante a norma inequívoca do art. 290º/2. E o facto de as leis ordinárias anteriores inconstitucionais terem deixado de vigorar com a entrada em vigor da Constituição não significa a inutilidade de uma declaração expressa de inconstitucionalidade a efectuar pelo órgão com competência para esse efeito.⁵²

⁵⁰ *Ob. cit.*, p.254.

⁵¹ *Ob. cit.*, p.254.

⁵² *Ob. cit.*, p.1222.

Em essência, pode-se discordar de José Joaquim Gomes Canotilho no que se refere a utilidade de se declarar inconstitucional uma norma revogada. Se uma norma é revogada, deixa de ter vigência e, por conseqüência, validade, não podendo mais incidir na vida jurídica de um povo. O controle de constitucionalidade tem exatamente essa função: a de retirar vigência e validade das normas que contrariem a Constituição. Se a revogação já retirou a norma da vida jurídica, qual a utilidade do controle de constitucionalidade?

Revogação e declaração de inconstitucionalidade são institutos que não podem coexistir tratando-se de uma mesma norma. Ou uma norma é revogada e abandonou o mundo jurídico ou continua vigendo e precisa ser declarada inconstitucional.

Lógico que somente se pode dizer que uma norma foi revogada pela carta magna se ela for substancialmente inconstitucional (assim como só possível dizer que um decreto é ilegal se este colidir com a espécie de norma denominada lei). Isso nada mais é a que a comparação entre os níveis normativos desencadeada pela dinâmica do ordenamento. A revogação nesse caso supre o controle da constitucionalidade. Ou dito de outro modo: a revogação, neste caso, é um mecanismo sumário de controle da constitucionalidade.

Na apreciação dos juristas pátrios o tema também é controvertido. Pontes de Miranda⁵³ é partidário da revogação no embate entre as normas pré-constitucionais e antagônicas à nova carta magna, admitindo o controle da constitucionalidade apenas para o futuro. Como sempre o jurista é preciso na terminologia, pois diferencia ab-rogação de derrogação. Trata-se da retirada total ou parcial, respectivamente, do sistema jurídico⁵⁴.

⁵³ *Comentários à constituição de 1946*, cit.,p.163.

⁵⁴ V. Maria Helena Diniz, *Lei de introdução ao código civil*, 2000, p.66.

Maria Helena Diniz⁵⁵ defende o poder ab-rogatório da constituição inclusive contra as normas pragmáticas, pois estas não destituídas de eficácia. Oswaldo Luiz Palu⁵⁶ também defende a revogação das normas anteriores e contrárias ao novo texto constitucional, lembrando que tal fenômeno ocorre exatamente porque quando uma constituição substitui outra retira da norma infraconstitucional pré-existente seu suporte normativo sem lhe atribuir outro.

Interessante fazer constar o posicionamento de José Afonso da Silva,⁵⁷ que, embora partidário da revogação das normas anteriores e contrárias à nova Constituição, indaga se entre a Constituição e as leis anteriores que lhe são contrárias ocorre um conflito horizontal ou vertical. Por intuitivo o primeiro se verifica entre normas do mesmo nível e o segundo entre comandos normativos de estratificações diferentes.

Sobre essa questão, a literatura jurídica comete dois equívocos: aceitar a explicação pleonástica da literatura conservadora, que afirma que a incompatibilidade horizontal somente acontece entre normas do mesmo nível, e advogar que determinadas Constituições admitem o princípio da incompatibilidade horizontal.

⁵⁵ *Ob. cit.*, p.42.

Evidente que a autora se reporta, neste passo, ao embate entre a constituição e as normas inferiores e a ela anteriores. Todavia este mesmo argumento bem pode ser utilizado para refutar a possibilidade de recepção material de uma constituição por outra.

⁵⁶ *Controle de constitucionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 192.

Luiz Palu levanta inclusive uma tese interessante ao declinar que pode-se pensar em que a revogação patrocinada pela constituição frente às leis ordinárias seria qualificada e não meramente cronológica como ocorre entre duas leis, por retirar destas o fundamento de validade.

⁵⁷ *Ob. cit.*, p. 216-217.

Deixe-se registrado que José Afonso se refere a uma revogação por inconstitucionalidade. Não obstante, deve-se entender que tal inconstitucionalidade é o mero paradigma empírico para se dizer que uma norma foi revogada, por ser substancialmente antagônica à constituição. José Afonso não defende um controle formal da inconstitucionalidade das anteriores e contrárias à Carta Magna.

É visível, à luz elementar da lógica, que a incompatibilidade horizontal somente pode ocorrer entre normas do mesmo nível – daí o pleonasma. A rigor, o que se pretende defender é a aplicação do princípio *lex posterior derogat priori* na sucessão de normas do mesmo nível, onde não estariam a Constituição, as leis ordinárias e complementares. Evidente que a revogação das leis pela Constituição nova não decorre do mero aspecto cronológico enunciado pelo princípio *lex posterior derogat priori*, mas pela implantação de um novo paradigma de validade para a ordem jurídica, ao qual não se adaptam as normas precedentes.

A afirmativa de que algumas Constituições admitem ou admitiram o princípio da incompatibilidade horizontal entre elas e as normas inferiores sofre de defeito terminológico.⁵⁸ Em verdade, quando uma Constituição preserva as normas infraconstitucionais anteriores com ela compatível – conforme aconteceu na ordem pátria com o advento do art. 83 da Constituição de 1891 – não se dá o reconhecimento de incompatibilidade horizontal de normas, mas a incidência do princípio da continuidade da legislação precedente catalizado pelo fenômeno da recepção das normas compatíveis com a nova carta magna. Com a máxima pertinência, escreveu Rui Barbosa ao analisar o art.83 da Constituição brasileira de 1891:

*Não se havia mister de que a Constituição formalmente o declarasse, para se ver ou saber que não repudiava as leis e instituições anteriores, com ela compatíveis, ou dela complementares. Em todas as constituições está subentendida essa disposição.*⁵⁹

⁵⁸ O próprio José Afonso faz essa afirmação (ao menos parcialmente) para depois refutá-la, *Ob. cit.*, p.217 e 218, respectivamente.

⁵⁹ *Comentários à constituição federal brasileira*, 1934, volume 6, p.406.

Castro Nunes é a voz referencial para sustentar a tese da inconstitucionalidade das leis anteriores e contrárias à nova ordem instituída. Em síntese, o pensamento do autor se reporta à aplicação restrita do princípio *lex posterior derogat priori* a normas do mesmo nível hierárquico, o que excluiria sua incidência em qualquer confronto intertemporal envolvendo a constiuição e as normas que lhe são anteriores e colidentes. Interessante notar que o próprio autor tangencia a teoria da retirada do fundamento de validade, tese que patrocina exatamente os argumentos dos adeptos da revogação:

A teoria da ab-rogação das leis supõe normas da mesma autoridade. Quando se diz que a lei posterior revoga, ainda que tacitamente, a anterior, supõem-se no cotejo leis no mesmo nível. Mas se a questão está em saber se uma norma pode continuar a viger em face das regras ou princípios de uma Constituição, a solução negativa só revogação por efeito daquela anterioridade; mas tem uma designação peculiar a êsse desnível das normas, chama-se declaração de inconstitucionalidade.⁶⁰

Se visto com precisão metodológica, as normas inferiores guardam relação de constitucionalidade com a ordem que se extinguiu: com a ordem atual tem-se revalidação, se estiverem sintonizadas com o novo substrato de validade; ou de revogação, se antagônicas a ele.⁶¹

Não é mais possível evitar a discussão sobre a aplicação prática da querela. Qual o efeito pragmático em se considerar uma norma anterior e

⁶⁰ *Teoria e prática do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1943. p.603.

contrária à constituição como revogada ou inconstitucional? Não é outro senão o de poder desencadear o controle concentrado de constitucionalidade. Vale dizer: a incidência da ação direta de inconstitucionalidade.

Há, em princípio, situação de exclusão total quanto aos efeitos de se aceitar uma das duas teses. Ao se entender pela revogação, afasta-se o controle de constitucionalidade. Apesar de tal entendimento, Ivo Dantas,⁶² partidário da tese da revogação, defende a incidência de ação direta de inconstitucionalidade, quando o choque entre a norma infraconstitucional não estiver objetivamente evidenciado. A posição de Ivo Dantas somente tem validade em sede de Teoria da Constituição, pois, apesar de alguns países a admitirem,⁶³ esta posição não merece acolhida no direito nacional. Neste passo assiste razão a Ronaldo Polletti⁶⁴ ao afirmar que a ação direta de inconstitucionalidade de lei anterior à constituição não deve ser conhecida.

Na realidade brasileira, portanto, a matéria somente pode chegar ao Supremo Tribunal Federal por meio de recurso extraordinário, quando preenchidos os seus requisitos. Aliás, esta a posição dominante naquele tribunal.⁶⁵ Por mais controvertido que venha a ser o conteúdo da lei anterior e colidente com a constituição aprovada, a contenda deverá ser eliminada pelos instrumentos de hermenêutica disponíveis aos aplicadores do direito. O direito brasileiro desconhece, pois, a denominada inconstitucionalidade superveniente.⁶⁶

⁶¹ V. Ronaldo Poletti, *Ob. cit.*, p.172-173.

⁶² *Ob. cit.*, p.314.

⁶³ No direito alemão a matéria recebe tratamento dúplice: se a contenda sobre a validade de lei anterior e contrária à constituição vigente for suscitada em caso concreto, a competência é do juiz singular. Todavia se a indagação for sobre a constitucionalidade de uma lei em tese, a competência é do Tribunal Constitucional. V. Luís Roberto Barroso, *Ob. cit.*, p. 72.

⁶⁴ *Ob. cit.*, p. 174.

⁶⁵ V. Oswaldo Luiz Palu, *Ob. cit.*, p.193.

⁶⁶ Terminologia usada em língua portuguesa por J.J Gomes Canotilho, *Ob. cit.*, p.1223; Jorge Miranda, *Ob. cit.*, p. 285 e Luis Roberto Barroso, *Ob. cit.* p. 77, por exemplo.

A questão da revogação ou inconstitucionalidade das normas pré-existentes e antagônicas à nova ordem jurídica necessita de um estudo que o relacione com a função da constituição.

Em primeiro lugar é verdade empírica que, em um substrato escalonado, a grandeza que ocupa o seu ápice é referenciada por todos os componentes do sistema. Exatamente assim ocorre no mundo jurídico, em seu aspecto lógico-formal,⁶⁷ que é a perspectiva que interessa para os objetivos enunciados.

Não se nega ser a Constituição uma norma qualquer, mas uma norma especial dentro do sistema: todas as outras lhe devem reverência. A constituição detém com exclusividade o fundamento de validade de toda a ordem estabelecida: nenhuma norma subsiste ou nasce sem coadunar-se com tal vetor normativo.

Em sendo assim, uma constituição revoga outra, não pela aplicação do princípio *lex posterior derogat legi priori*, que seria um critério cronológico arbitrário, mas por patrocinar a superação do fundamento de validade da velha ordem, implantando outro em seu lugar. É esse novo fundamento de validade que revoga a ordem constitucional pretérita, e não o mero fato de um documento constitucional suceder a outro no tempo.

Isto explica com lucidez o fato apontado por Luis Roberto Barroso,⁶⁸ de uma norma infraconstitucional recepcionada ter leitura e interpretação diversas, em que pese ter sido mantido seu conteúdo. É que a

⁶⁷ Discussão interessante, mas fora dos limites dessa empreitada, é sustentar a tese da legitimidade na construção de um sistema escalonado de normas.

⁶⁸ *Ob. cit.*, p. 67.

Talvez a expressão *recepção* não seja a mais precisa, porque passa a idéia de receber algo no estado em que se encontra, e, no caso em tela, a norma ingressa na nova ordem jurídica modificada pelo recente fundamento de validade. Melhor talvez falar-se em *reconvalidação*. Seja como for, não se pode perder de vista que houve uma recriação do ordenamento jurídico para receber a norma infraconstitucional preexistente.

norma agora deve obediência a outro vetor de validade da ordem jurídica. E este fundamento de validade pode ser assentado em princípios e fins distintos da ordem revogada, mas nem por isso antagônicos.

Imprescindível, pois, perceber isso: a norma pré-existente guardava relação com o fundamento de validade agora superado. Se esta fonte de validade sucumbiu à norma preexistente, com ela se exauriu, se retirou do mundo jurídico, somente podendo a ele retornar, se o futuro vetor de validade o permitir. Daí por que a Constituição nova revoga todo o sistema jurídico precedente. Equivale dizer: a Constituição pretérita e as normas que lhe serviam.

Ademais, seria, no mínimo, ilógico admitir que a Constituição nova revogasse a Constituição pretérita e fosse obrigada a declarar inconstitucionais as normas que deviam obediência a uma ordem superada. As normas infraconstitucionais pretéritas são retiradas do mundo jurídico a reboque da revogação da constituição passada, substrato de validade de cada uma delas.

Não se pode olvidar que frágil à luz da lógica mais elementar a tese de que a norma posterior somente pode revogar norma de igual hierarquia. Se o sistema é escalonado, torna-se intuitivo que a norma de grau mais elevado tem o condão de revogar aquela de calão mais baixo. Como conceber que uma norma de igual hierarquia pode revogar outra, pela simples sucessão no tempo, e não admitir que um comando superior não tenha como fazê-lo? Definitivas são as palavras de Norberto Bobbio.

O critério hierárquico, chamado também de lex superior, é aquele pelo qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a hierarquicamente superior: lex superior derogat inferior.
(...)

*Uma das conseqüências da hierarquia normativa é justamente esta: as normas superiores podem revogar as inferiores, mas as inferiores não podem revogar as superiores.*⁶⁹

Em consonância com o pensamento de Norberto Bobbio, pode-se observar em Pontes de Miranda⁷⁰ que a hierarquia entre Constituição e demais normas serve para plasmar a segurança do direito. De fato, o sistema normativo, apesar de hierarquizado, não cria componentes incomunicáveis, o que autoriza a revogação de uma norma inferior por outra de maior hierarquia.

Em argumentação final em defesa da tese da revogação, pode-se dizer o seguinte: se é impossível a Constituição aprovada estabelecer uma relação de inconstitucionalidade com a Constituição pretérita, também o é com as normas infraconstitucionais anteriores que possuem centro de validade neste último documento magno. Afinal as normas anteriores compatíveis com a constituição substituída são, substancialmente, parcelas desta constituição na medida que lhe davam efetividade.

Logo, a norma infraconstitucional anterior tem para com a Constituição pretérita um vínculo de subsidiariedade: as normas ordinárias (sentido genérico) são acessórias à Constituição. Ora, se a relação da Constituição nova com a anterior é de revogação não pode ser diversa frente aos seus componentes acessórios.

Por tudo que ficou afirmado aqui, importa deixar assentado que o poder constituinte patrocina um rompimento total com o ordenamento jurídico⁷¹ pretérito, ao estabelecer novo paradigma que fundamenta a nova ordem

⁶⁹ *Ob. cit.*, p.93.

⁷⁰ *Sistema de ciência positiva do direito*, tomo 4, 2000, p.210.

⁷¹ A propósito das conseqüências do novo paradigma para os operadores do direito, V. José Carlos Barbosa Moreira, O poder judiciário e a efetividade da nova constituição. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v.304, a. 84, p.151-155, nov./dez 1988.

lógico-formal. Seja por meio de revogação, seja por meio de controle da constitucionalidade, fato é que há uma superação de paradigma normativo vinculando o passado e o futuro.

Ademais, razão assiste a Jorge Miranda⁷² e Luís Roberto Barroso,⁷³ quando declinam que, no plano lógico-formal concreto, trata-se de opção política do constituinte considerar o tema no âmbito da revogação ou do controle da constitucionalidade.

⁷² *Ob. cit.*, p. 285.

⁷³ *Ob. cit.*, p.77.

II – Princípios Constitucionais

1. Idéia-motriz

Claus Wilhem Canaris⁷⁴ afirma que a questão do significado da idéia de sistema para a ciência do direito é dos temas mais discutidos da metodologia jurídica. A problemática do sistema tangencia outra talvez mais complexa, não obstante indispensável à sua compreensão: o universo dos princípios.

A definição clássica de sistema declinada por Kant e trazida pelo próprio Claus Wilhem Canaris,⁷⁵ é exatamente aquela que o caracteriza como um conjunto de conhecimentos ordenados segundo princípios.

Evidente que a construção do pensamento sistemático no universo jurídico sofreu críticas, conforme observa o autor,⁷⁶ mas a necessidade do sistema encontra abrigo no princípio da segurança jurídica, postulado maior a que se destina o conjunto de normas que se dispõe – pela mais premente necessidade – a disciplinar as relações de convívio entre os seres humanos.

Não demorou para que a idéia inicial de sistema se revelasse como substrato unitário estruturado por princípios. Passou a ser intuitivo o conteúdo unitário do ordenamento jurídico. Essa constatação torna-se quase unânime dentre todas as escolas que pretendem explicitar a dinâmica do conjunto de normas que formam o intrincado comando emitido pelo Direito. Todavia, é a partir da teoria lógico-formal elaborada por Hans Kelsen⁷⁷ que a engenharia unitária das normas escalonadas em função da hierarquia ganha força irrefutável.

⁷⁴ *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986. p.5.

⁷⁵ *Ob. cit.* p. 9-10.

⁷⁶ *Ob. cit.* p.22.

⁷⁷ *Teoria pura do direito*. 6ª ed. Coimbra: Armênio Amado, 1986. p. 285.

Partindo das idéias de Kelsen, Norberto Bobbio⁷⁸ admite a existência de dois tipos de ordenamento: o simples e o complexo. No ordenamento simples, as normas estão no mesmo patamar hierárquico; no complexo, as normas encontram-se escalonadas. O jurista italiano entende que a unidade decorre de modo intuitivo no primeiro tipo, sem necessidade de maiores explicações.

Todavia, para explicitar a existência de unidade no ordenamento complexo, o jusfilósofo peninsular escreve:

Que seja unitário um ordenamento simples, isto é, um ordenamento em que todas as normas nascem de uma única fonte, é facilmente compreensível. Que seja unitário um ordenamento complexo, deve ser explicitado. Aceitamos aqui a teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico, elaborada por Kelsen. Essa teoria serve para dar uma explicação da unidade de um ordenamento jurídico complexo. Seu núcleo é que as normas de um ordenamento não estão todas num mesmo plano. Há normas superiores e normas inferiores. As inferiores dependem das superiores. Subindo das normas inferiores àquelas que se encontram mais acima, chega-se a uma norma suprema, que não depende de nenhuma outra norma superior, e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento jurídico.⁷⁹

⁷⁸ *Teoria do ordenamento jurídico*. 8ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996. p. 48-49.

⁷⁹ *Ob. cit.* p. 48-49.

Interessante notar: o pensamento de Kelsen demonstra que a unidade do sistema decorre exatamente da hierarquia existente entre as normas que o compõem. Parte da literatura jurídica não admite a possibilidade de considerar a existência de hierarquia entre os princípios constitucionais. Tal debate merece e será oportunamente retomado para se esclarecer que não há antagonismo entre hierarquia e unidade como advogam alguns constitucionalistas.

No momento, a preocupação desse estudo é demonstrar que os princípios dão fundamento ao sistema jurídico. A idéia-motriz de sistema em direito não pode prescindir da presença dos princípios. E por quê? Exatamente pela elasticidade que estas categorias demonstram possuir para resolver a dinâmica da vida que teima insistentemente em ultrapassar os estreitos limites das regras.

Em sede preliminar, cabe, de logo, deixar claro que o sistema jurídico se compõe de normas, e que estas se subdividem em regras e princípios. Já há muito que o conceito de princípio – no âmbito positivo do direito – deixou de ser uma categoria abstrata, para ganhar contornos mais definidos e cada vez de maior concretude. Todavia a presença corporificada dos princípios não lhe retirou a elasticidade capaz de acomodar situações novas para os limites dogmáticos das regras.

Ronald Dworkin,⁸⁰ ao estabelecer uma dicotomia entre *diretrizes, princípios e regras*, trouxe para o centro do debate científico a necessidade de se determinar com precisão o conteúdo normativo dos princípios, exatamente pela necessidade do sistema da *Common Law* em valorizar sobremaneira a necessária dinâmica do ordenamento jurídico diante da complexidade da vida sempre em ebulição.

⁸⁰ *Los derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel, 1999. p. 72-80.

Dworkin lança mão do termo *diretrizes* para evidenciar proposições que definem objetivos genéricos de natureza política, social ou econômica, ao que passo que reserva ao termo *princípio* um conteúdo axiológico indispensável à apreensão de justiça. Assim, para ele, a disposição legal que visa a diminuir os acidentes de trânsito define uma diretriz, ao passo que a proposição que afirma “Ninguém poder beneficiar-se de sua própria torpeza” encerra um princípio.⁸¹

Não menos sutil é a diferença entre *princípios* e *regras* proposta pelo autor. Para ele, o substrato fático, ao se adequar a uma regra, exclui uma outra: o convívio entre as regras é, neste caso, disjuntivo. Em suma, para regular um mesmo fato, só pode haver uma regra válida. Essa realidade não ocorre com os princípios que não se relacionam de modo excludente em face da versatilidade de que dispõem frente às regras.⁸² Entre as regras, a relação é de tudo ou nada, o que não pode se verificar na interação de princípios. Em Dworkin, pois, a diferença entre *princípios* e *regras* encontra-se no grau de generalidade: aqueles mais gerais; estas, menos.

Estudando a problemática do sistema jurídico – notadamente no âmbito dos direitos fundamentais – Robert Alexy⁸³ vislumbrou uma dicotomia existente nas normas: algumas seriam *regras* e outras seriam *princípios*. O núcleo do pensamento de Robert Alexy é partir do critério de qualidade para diferenciar *princípios* e *regras*, naquilo que denomina “os princípios como mandato de otimização”.⁸⁴ Consiste tal tese em considerar que não há princípio absoluto,

⁸¹ *Ob. cit.* p.72-73.

⁸² *Ob. cit.* p. 74-76. Utiliza-se, aqui, a expressão *norma* no sentido de fidelidade à obra de Dworkin, visto que, ao menos na versão espanhola, é este o vocábulo empregado. Em realidade, sabe-se que mais acertadamente andou Robert Alexy, ao distinguir as normas entre *princípios* e *regras*, como ser verá em seguida.

⁸³ *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 81-172.

⁸⁴ *Ob. cit.*, p.86.

mas que o âmbito de possibilidade de determinado princípio depende das contradições existentes entre princípios e regras que convivem no sistema jurídico, o qual por definição existe para satisfazer diferentes interesses. Ao eliminar o caráter absoluto dos princípios, Robert Alexy oferece uma concepção mais realista que aquela proposta por Dworkin.

Quanto ao conceito de *regras*, as construções de Robert Alexy e Dworkin se equivalem, posto que o jurista germânico ratifica a teoria “do tudo ou nada” do colega americano.

*(...) las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos.*⁸⁵

A rigor, Claus Wilhelm Canaris,⁸⁶ ao estudar o sistema jurídico como ordem dos princípios gerais do Direito, já havia detectado a característica teleológica do ordenamento e, portanto, a necessidade de encontrar elementos de conexão entre as normas, proporcionando a unidade do conjunto de proposições que formam o Direito posto.

Evidente que, aqui, não se quer hipertrofiar a importância dos princípios frente às regras. Inviável um sistema jurídico formado exclusivamente por uma dessas categorias, consoante demonstra José Joaquim Gomes Canotilho:⁸⁷ um sistema constituído somente por regras formaria uma realidade jurídica de limitada racionalidade prática; ao invés, elaborado apenas por

⁸⁵ *Ob. cit.*, p. 87.

Tradução livre: “As regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então deve-se fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos”.

⁸⁶ *Ob. cit.*, p. 76.

⁸⁷ *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p.1088.

princípios, levaria a um ordenamento inseguro pela ausência de determinação que somente a regra é capaz de patrocinar.

Utilizando-se de uma metáfora, pode-se comparar o sistema jurídico ao motor de um automóvel onde este representaria as regras, e o óleo o conteúdo dos princípios. O motor sem o óleo deixaria de funcionar, e este, sem aquele não poderia gerar energia.

A idéia-motriz de princípio enquanto fundamento do sistema jurídico repousa na necessária fluidez ontológica do qual é dotado, para enfrentar situações novas trazidas pela dinâmica da vida, que sempre supera o modelo de rigidez inerente às regras.

2. Sistema constitucional

Já de posse do entendimento de ser o sistema de normas (regras e princípios) substrato onde o operador do Direito se coloca, impõe-se estudar a interação de tais unidades dentro do sistema constitucional, por ser este a macrovisão do ordenamento jurídico.

Importante declinar, de logo, que a expressão *sistema constitucional* é mais densa de significado que *Constituição*. A idéia de sistema traduz a dinâmica do ordenamento jurídico capitaneado pela Constituição. Em síntese: sistema perpassa o ordenamento em movimento; Constituição, uma realidade normativa estática.

Somente a expressão *sistema constitucional* é capaz de traduzir o compromisso político da Constituição, consoante percebeu Rudolf Smend.

*Logicamente el Estado no limita su “vida” sólo a aquellos momentos de la realidad contemplados por la Constitución: para tener una vigencia efectiva en la vida política, la Constitución ha de tener en cuenta toda la enorme gama de impulsos y de motivaciones sociales de la dinámica política, integrándolos progresivamente.*⁸⁸

A complexidade da sociedade a quem o Direito serve por destino e necessidade reclama compromisso político, no sentido mais digno da expressão, o qual foi reclamado a partir da transição do Estado liberal para a formulação do Estado do bem estar-social. Somente a visão da Constituição como realidade juspolítica pode viabilizar uma hermenêutica que evite o divórcio entre sociedade e Estado.

Evidente que a hermenêutica forjada no sistema constitucional somente terá êxito se ultrapassado o formalismo extremo de característica silogística tão útil ao caráter lógico do Direito, mas imprestável para acomodar as indagações promovidas pela dinâmica dos fatos.

Os instrumentos de hermenêutica utilizados pelo constitucionalista não diferem daqueles existentes para se manejar qualquer outra parte do ordenamento. Não se há negar que havia uma indagação sobre a juridicidade da norma constitucional, já agora superada. Se é verdade que a Constituição é documento político na estrutura do Estado e nas relações deste com os cidadãos, não menos lúcido é perceber que essa engenharia tem como matéria-prima a norma jurídica na sua essência elementar. Total razão assiste a

⁸⁸ *Constitucion y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985. p. 132-133.

Tradução livre: “Logicamente o Estado não limita sua ‘vida’ só àqueles momentos da realidade contemplados pela Constituição: para ter vigência efetiva na vida política, a Constituição há de ter em conta toda a enorme gama de impulsos e de motivações sociais da dinâmica política, integrando-a progressivamente”.

Eduardo García de Enterría ao afirmar que “*La Constitución jurídica transforma el poder desnudo en legítimo poder jurídico*”.⁸⁹

No intuito de explicitar o sistema constitucional, duas correntes de diferentes matrizes se habilitaram: a axiomático-dedutiva e a teleológico-valorativa.

Os partidários da corrente axiomático-dedutivo, que teve em Hans Kelsen seu mais reputado gênio, buscam pensar o sistema constitucional como uma realidade formal capaz de absorver de maneira mais objetiva possível todos as demandas existentes na sociedade. Debate-se essa corrente com a persistência das lacunas que o mero silogismo é incapaz de solver.

Em movimento dialético, surge no cenário constitucional o sistema de fundo teleológico-valorativo, que busca superar o formalismo monótono para incluir na interpretação jurídica todas as potencialidades dos *valores* de que se reveste a ideologia escolhida para plasmar o ápice da ordem jurídica.

Não se pode negar que o sistema constitucional forjado no binômio teleológico-valorativo pode *politizar* a interpretação, retirando toda a carga de juridicidade da norma magna. Diante de tal fato, a melhor hermenêutica é aquela que parte do formalismo em direção ao teleológico, pois a exclusão de um desses instrumentos torna frágil a realização da prestação jurisdicional. Há duas lições a que deve estar atento o intérprete da Constituição: o modelo axiomático-dedutivo amesquinha os valores, ao passo que o figurino teleológico-valorativo hipertrofia o subjetivismo. O melhor, portanto, é utilizar-se de ambos num movimento de freios e contrapesos.

Neste âmbito da discussão, cabe uma investigação mais demorada sobre a juridicidade das normas constitucionais, mormente dos

⁸⁹ *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. Madrid:Editorial Civitas, 1985, p. 48.

princípios que sustentam o edifício da Lei Maior. Não há dúvida de que a Constituição embute regras no seu conjunto normativo, explicitadas pela teoria de que tão bem cuidou Kans Helsen.⁹⁰

A rigor o aspecto normativo das regras constitucionais é premissa já bastante aceitável nos meios jurídicos. Aliás, quando se considera a Constituição em seu conjunto não é difícil se deparar com afirmações como esta de Eduardo García de Enterría: “Pero la Constitución no sólo es una norma, sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, *lex superior*.”⁹¹

Konrad Hesse, ao rebater a crítica de Ferdinand Lassale que via na Constituição um documento meramente político, advoga a juridicidade do texto magno.

*Ainda que não de forma absoluta, a Constituição jurídica tem significado próprio. Sua pretensão de eficácia apresenta-se como elemento autônomo no campo de forças do qual resulta a realidade do Estado. A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia.*⁹²

Se por um lado a Constituição está visceralmente ligada à realidade circundante, esta não a determina na medida em que todo o edifício jurídico é construído tendo por base o ideal, o dever-ser ao passo que o mundo físico é o universo do ser. A Constituição, em última análise, sonha com outra

⁹⁰ *Ob. cit.*, p.119-120, momento em que Hans Kelsen estuda a causalidade e imputação da lei jurídica.

⁹¹ *Ob. cit.* p. 49.

Tradução livre: “Porém a Constituição não é só uma norma, mas precisamente a primeira das normas de todo ordenamento, a norma fundamental, *lex superior*”.

⁹² *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 15-16.

realidade: ela quer transformar, melhorar a realidade que está posta. Esta constatação fica evidente quando se pensa no exercício do poder constituinte: ele não apenas referenda a falência de uma ordem, mas, sobretudo constrói para o futuro. Neste aspecto, a intervenção de Konrad Hesse.

*Por eso la constitución jurídica no es sólo expresión de un ser sino también de un deber ser, es más que un simple reflejo de las condiciones reales de su vigencia, de las fuerzas políticas y sociales particularmente. En virtud de esta su pretensión de vigencia la norma constitucional intenta a su vez ordenar y conformar la realidad política y social.*⁹³

Konrad Hesse somente consegue se contrapor a Ferdinand Lassalle por vislumbrar a Constituição como documento jurídico. Se fica clara a força normativa da Constituição em seu conjunto, a juridicidade dos princípios constitucionais – apesar de já consagrada desde 1950 – ainda arregimenta polêmicas quanto ao seu grau e à sua praticidade. Em verdade, há nesta resistência uma constatação histórica ligada ao desempenho dos princípios gerais do direito que sempre foram vislumbrados em caráter metafísico-subsidiário pelo jusnaturalismo e desprezados pelo positivismo de feição clássica que no máximo atribuía-lhes sentido programático sem força vinculatória.

Somente com a denominada fase pós-positivista é que se pode falar com segurança na normatividade dos princípios, graças, sobretudo aos

⁹³ *Escritos de derecho constitucional*. 2 edición. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p.62.

Tradução livre: “Por isso a Constituição jurídica não é somente expressão de um ser, mas também de um dever ser, é mais que um simples reflexo das condições reais de sua vigência, das forças políticas e sociais particularmente. Em virtude desta sua pretensão de vigência a norma constitucional tenta por sua vez pôr em ordem e conformar a realidade política e social”.

trabalhos de Dworkin e posteriormente de Alexy, conforme anteriormente citados. A importância do tema encontra ressonância nesta passagem de Paulo Bonavides: “A teoria dos princípios depois de acalmados os debates acerca da normatividade que lhes é inerente, se converteu no coração das Constituições.”⁹⁴

Não se pode deixar de assinalar que o reconhecimento da normatividade dos princípios em sede constitucional tenha sido um marco na historiografia do Direito. Todavia, reconhece-se que os princípios ocupam lugar de superioridade pragmática frente às regras, exatamente por serem, aqueles detentores de maior flexibilidade na solução dos conflitos de interesses, ao contrário destas. A rigor, o conflito entre princípios não elimina a validade do *antagônico*, exatamente por ser este afastado temporariamente, podendo prevalecer frente ao caso concreto seguinte. Já uma regra não convive com outra que lhe seja contrária. Com razão, portanto, Paulo Bonavides que em síntese afirmou: “*as regras vigem, os princípios valem*”.⁹⁵

Abandonaram, pois, os princípios as esferas metafísicas para tornarem-se normas às quais todas as demais se vinculam em obediência, o que leva Bonavides⁹⁶ a falar em Estado principial como característica do Estado de Direito contemporâneo.

Não resta dúvida que o sistema constitucional constrói toda sua inteligência a partir dos princípios nele consagrados. Em face desta constatação, resta discutir as funções dos princípios no âmbito da Constituição, enquanto documento jurídico. Evidente que neste trabalho não se ousa negar (e o contrário já foi assumido) o caráter político da Constituição. Não obstante, busca-se demonstrar que a ideologia constitucional é formada juridicamente, vale

⁹⁴ *Curso de direito constitucional*. 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 253.

⁹⁵ *Ob. cit.*, p. 260.

⁹⁶ *Ob.cit.*, p.264.

repetir: numa linguagem Kelseniana o centro de sua imputação é a norma de Direito.

Para melhor expressar a idéia que se quer expor, recepciona-se, aqui, a diferença que José Joaquim Gomes Canotilho⁹⁷ realiza entre norma e preceito. Para o autor, *preceito* é enunciado de um texto legal e *norma* o significado jurídico-normativo do enunciado lingüístico. Em outros termos: *preceito* é o objeto da interpretação; a *norma*, o produto hermenêutico.

Logo, o estudo que se quer empreender diante das funções dos princípios jurídicos – enquanto espécie normativa – visa a indagar do poder que tem de vincular regras e apresentar soluções para o sistema constitucional.

3. Funções

Paulo Bonavides,⁹⁸ partindo de uma perspectiva dinâmica do sistema constitucional e apoiando-se em autores como F. de Castro, Trabucchi e Norberto Bobbio, reconhece três funções aos princípios: *fundamentadora*, *interpretativa* e *supletiva*.

Desde logo, deve ficar assentado que essa trilogia somente didaticamente pode ser vislumbrada, visto que, a rigor, são três momentos da mesma realidade. Somente posso afirmar que um princípio fundamenta determinado sistema constitucional, se assim interpreto, e em decorrência do exercício hermenêutico é que posso lhe exigir uma função supletiva.

A função fundamentadora dos princípios constitucionais tem como núcleo de verdade estabelecer os marcos definitivos da Constituição, determinando os vetores mais caros ao exercício de hermenêutica e de construção do ordenamento subalterno à lei maior. Consoante pode-se notar no

⁹⁷ *Ob. cit.*, p. 1126-1128.

estudo que aqui se empreendeu a propósito do poder constituinte, a Constituição derroga todo ordenamento anterior que lhe seja contrário e vincula todas as normas futuras.

Prefere Jorge Miranda⁹⁹ empregar a expressão *função ordenadora* para discorrer sobre as marcas fundantes que os princípios deixam no ordenamento jurídico. O professor lusitano indica que a função ordenadora se faz deveras marcante nos momentos de crise (revoluções),¹⁰⁰ quando é nos princípios que se assenta a nova idéia de Direito que o Estado impõe.

A função interpretativa corresponde a apontar para a probabilidade de soluções disponíveis no sistema constitucional. Neste sentido, pode-se afirmar sem reservas que os princípios iluminam os preceitos constitucionais e aqueles que estão na legislação infranconstitucional.

Em sede de interpretação supletiva, como se denuncia pela própria etimologia do termo preenchem-se os *vazios* encontrados na ordem jurídica. A esta função preferiu Jorge Miranda¹⁰¹ denominar *prospectiva*, *dinamizadora* e *transformadora*, visível naqueles momentos em que se exercita uma interpretação evolutiva, mormente diante de normas pragmáticas para aqueles que as reconhecem.

O estudo das funções dos princípios constitucionais deve ser empreendido a partir da visão dinâmica do conceito que estes gozam no ápice do sistema jurídico. Ruy Samuel Espíndola¹⁰² desenvolve interessante estudo nesta perspectiva, muito embora seja possível lhe atribuir certo eurocentrismo por colocar os estudos do professor José Joaquim Gomes Canotilho acima daqueles

⁹⁸ *Ob. cit.*, p. 254-255.

⁹⁹ *Manual de direito constitucional*. Tomo II. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p.226.

¹⁰⁰ Note-se que o termo *revolução* está empregado em sentido amplo, vez que tanto corresponde ao exercício de tomada do poder pela força, como por intermédio de uma crise do paradigma constitucional vigente a desafiar o exercício do poder constituinte.

¹⁰¹ *Ob. cit.*, p.227.

¹⁰² *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. 274p.

desenvolvidos por juristas brasileiros, quando, em realidade, trata-se de enfoque diferente.

Não há negar que os estudos de José Joaquim Gomes Canotilho estão afinados com aquilo que há de mais atual sobre a problemática dos princípios. Todavia, impõe-se reconhecer que a verdadeira ciência se revela em porções pulverizadas entre os pesquisadores. A título de ilustração do desenvolvimento do tema entre os juristas brasileiros, tome-se a seguinte questão: no exercício das funções ordenadora e interpretativa, haveria entre os princípios constitucionais uma hierarquia?

José Joaquim Gomes Canotilho seguindo os ensinamentos de Dworkin e de Robert Alexy não inova no tema, observação feita pelo próprio Ruy Samuel Espíndola.

A temática do conflito entre princípios constitui-se num dos elementos de cognição que integram o conceito de princípios constitucionais. Canotilho não fugiu a sua tematização, muito embora não a tenha feito de modo a satisfazer, plenamente, a curiosidade que o tema suscita. Ou melhor, não elaborou um discurso abrangente e sistematizado para essa problemática, deixando aos estudiosos e operadores do Direito a tarefa de colher em sua obra – de alguns momentos narrativos – as idéias tendentes à elucidação da questão.¹⁰³

A inteligência de José Joaquim Gomes Canotilho é no sentido de se realizar uma ponderação entre os princípios circunstancialmente conflitantes, pois assume a posição de não existir um padrão invariavelmente

¹⁰³ Conceito de Princípios Constitucionais, ob. cit. p.242.

válido em termos gerais e abstratos. Por outro turno, José Souto Maior Borges e Ivo Dantas, dois juristas brasileiros, ousaram apresentar à comunidade científica a tese segundo a qual existiria uma hierarquia entre os princípios constitucionais, o que implica uma nova visão nas funções ordenadora e interpretativa dos princípios em caso de *suposta colisão* entre estes.

José Souto Maior Borges defende, explicitamente, uma hierarquia no interrelacionamento entre os princípios dispostos na Constituição. Partindo de uma análise empírica do texto constitucional pátrio em vigor, percebe ele que os princípios fundamentais eleitos pelo poder constituinte estariam, por exemplo, acima dos princípios gerais da ordem econômica, cabendo-lhe constatar:

*Há uma hierarquia no inter-relacionamento desses princípios com outras normas da CF e sobretudo com outros princípios constitucionais (sintaxe jurídico-constitucional) que põe a lume a maior importância dos seus princípios fundamentais no confronto com outros princípios. Muitos desses podem ser objeto de reforma constitucional. Nada o impede. Mas, no tocante aos princípios fundamentais, a CF é rigidíssima. Não podem, a teor do seu art.60,§ 4º, ser abolidos senão por via revolucionária e, pois, extraconstitucional.*¹⁰⁴

O pensamento de Ivo Dantas¹⁰⁵ nasce igualmente da constatação empírica da Carta Magna em vigor, todavia dá um passo a mais que o elaborado por José Souto Maior Borges. Na concepção de Ivo Dantas fica

¹⁰⁴ Pro-dogmática: por uma hierarquização dos princípios constitucionais. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n.1, 1993. p.145.

¹⁰⁵ *Princípios constitucionais e interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1995. 119p.

irrefutavelmente demonstrada a normatividade dos princípios fundamentais, inclusive trazendo ao debate uma sentença normativa que sustenta a construção hierárquica dos princípios constitucionais.

Para desautorizar a tese de hierarquia entre os princípios constitucionais e, por via de consequência, novo ângulo das funções ordenadora e interpretativa deles decorrentes, Ruy Samuel Espíndola afirma que tal tese confronta-se com o princípio da unidade normativa da constituição.¹⁰⁶

A rigor, é preciso notar que não há antagonismo entre hierarquia e unidade. Aliás a inteligência lógico-formal construída por Hans Kelsen laborou harmonicamente com essas duas grandezas. A grande contribuição de José Souto Maior Borges e Ivo Dantas é de exatamente indagar ser viável a construção kelseniana no interior da Constituição.

Na ciência jurídica nacional não constitui novidade a adoção dessa idéia de hierarquia inter-princípios, como se pode notar nesta passagem de Geraldo Ataliba:

O sistema jurídico – ao contrário de ser caótico e desordenado – tem profunda harmonia interna. Esta se estabelece mediante uma hierarquia segundo a qual normas descansam em outras, as quais por sua vez, repousam em princípios que, de seu lado, se assentam em outros princípios mais importantes. Dessa hierarquia decorre que os princípios maiores fixam as diretrizes gerais do sistema e subordinam os princípios menores. Mesmo no nível constitucional há uma ordem que faz com que as regras tenham sua interpretação e eficácia condicionadas pelos princípios. Estes se harmonizam,

¹⁰⁶ *Ob. cit.*, p.155-156.

*em função da hierarquia entre eles estabelecida, de modo a assegurar plena coerência interna ao sistema.*¹⁰⁷

Deve-se reconhecer que admitir hierarquia principiologica dentro da Constituição não afeta a sua unidade, antes pelo contrário: todos os princípios movimentando-se em redor de uma grandeza maior, preserva-se melhor a ideologia-jurídica constitucional. Em sede de documento constitucional, ninguém discute que há princípios de maior repercussão por todo o texto. O próprio José Joaquim Gomes Canotilho¹⁰⁸ assim pensa, pois, ao se reportar aos princípios estruturantes, afirma que estes representam o núcleo essencial da Constituição. A rigor, admite uma *hierarquia* indireta ao proferir que os *subprincípios* concretizam (*densificam*) os princípios estruturantes. Os princípios fundamentais estabeleceriam uma relação de coordenação entre os *subprincípios*.

Evidente que ao se admitir hierarquia entre os princípios, dota-se os princípios fundamentais de normatividade ainda mais visível. Por esse caminho trilhou Ivo Dantas ao escrever sua obra.¹⁰⁹

Aliás, vale ressaltar que Ruy Samuel Espíndola¹¹⁰ aplaude com entusiasmo a tese de que há princípios constitucionais que podem ser fonte de direito subjetivo, ao se reportar a afirmação proferida por Celso Antônio Bandeira de Mello.

O n .II do art.160, da Constituição de 67, emendada em 69] estabelece obrigatória a 'valorização do trabalho, como condição da dignidade humana'.

¹⁰⁷ *República e constituição*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 33.

¹⁰⁸ *Ob. cit.*, p.1099 e 1110.

¹⁰⁹ *Ob. cit.*, 119p.

¹¹⁰ *Ob. cit.*, p.116.

Essa regra não é apenas – embora também o seja – um comando para o legislador e uma diretriz inafastável quer para o Executivo, na produção de sua política econômica e social, quer para os empregadores. Ela é – mais que simples programa – uma fonte de direito subjetivo para o trabalhador. Quer-se dizer, qualquer ato, normativo ou concreto, que traduza desrespeito à valia do trabalho como condição da dignidade da pessoa humana, será inconstitucional e estará, desde logo, transgredindo um direito de todos e de cada um dos indivíduos atingidos.

Donde, qualquer trabalhador pode comparecer a juízo para anular o ato assim gravoso, sem necessidade de fundar-se em qualquer dispositivo específico outro que não este mesmo do art.160, II.

Deveras, a Carta Constitucional não pode valer menos que uma lei, que um regulamento ou uma Portaria do Ministério do Trabalho.

Se o texto constitucional proclama que a ‘valorização do trabalho é condição da dignidade humana’ e erige esta noção em princípio, vale dizer, em cânone mais forte que uma simples regra, ele é invocável como supedâneo imediato de uma pretensão jurídica.¹¹¹

Sem dúvida que merece aplauso o pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello exposto em meados de 1980, quando vigia a Carta Magna de 1967. Não obstante, imperdoável é a incoerência de Ruy Samuel

Espíndola, ao se pronunciar sobre o trabalho de Ivo Dantas – que avança na normatividade dos princípios constitucionais – nos seguintes termos:

Convém destacar, por imperativos metodológicos, que seu texto, muito embora monográfico e mais recente (1995), não trouxe nada novo sobre princípios constitucionais. E já que seu trabalho se dedicava à exploração do conceito de princípios constitucionais, relacionados à interpretação constitucional, não será metodologicamente injusto apontar algumas ausências categoriais constatadas em seu discurso (de resto, indispensável à conceituação de princípio constitucional): (ii) não especificou o caráter de norma jurídica dos princípios constitucionais.¹¹²

Só há que se aplaudir o brilhantismo da tese de Celso Antônio Bandeira de Mello, mormente considerando-se que seu pensamento nasceu em meados de 1980. Todavia o gênio do professor paulista trabalha com a interpretação tradicional de hierarquia de norma (da espécie *princípio*) em face de normas inferiores (regras). Não se quer amesquinhar a grandeza de sua criação que, verdadeiramente, demonstra a normatividade dos princípios constitucionais como vetores capazes de gerar direitos subjetivos, de sustentar pretensões. Acontece, porém, que Ivo Dantas demonstra a normatividade dos princípios frente a regras constitucionais, advogando que estas se submetem àqueles. Coincidentemente, os dois autores (Celso Antônio Bandeira de Mello e Ivo Dantas) discutem o valor *dignidade da pessoa humana* frente aos direitos sociais:

¹¹¹ Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público*. São Paulo: RT, ano XIV, vol. 57/58, jan./jun. de 1981, p.249.

Celso Antônio Bandeira de Mello, afirmando que este valor gera direito subjetivo frente à ordem jurídica infranconstitucional, e Ivo Dantas ocupando-se em demonstrar que, no âmbito constitucional, as regras trabalhistas devem se conformar aos princípios fundamentais (dentre os quais, lança a dignidade da pessoa humana como substrato).

Em síntese apertada, Ivo Dantas demonstra que, em sede de despedida arbitrária o art. 7º, I deve prevalecer em face do art.10, I e II do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ambos da Carta Magna em vigor. Utilizando-se de um caso concreto, Ivo Dantas demonstra a possibilidade de reintegração de empregado da Administração Indireta quando a rescisão ocorrer sem observância do art. 37, caput, da Constituição Federal, respaldando-se na função ordenadora e interpretativa dos princípios fundamentais.¹¹³

Como se pode notar, a função dos princípios constitucionais tem intrínseca ligação com o grau de desenvolvimento de seu conceito que somente pode evoluir em sede de hermenêutica sistêmica.

¹¹² *Ob. cit.*, p.152-153. O texto de Ivo Dantas referido é exatamente *Princípios constitucionais e interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995. 119p.

¹¹³ Em sentido mais amplo para a inteligência do art. 7º, I, da Constituição Federal, veja-se Weliton Sousa Carvalho. *Despedida arbitrária no texto constitucional de 1988*. Curitiba: Juruá, 1998. 230p.

III – Direitos Fundamentais

1. Precisão terminológica

Tornou-se lugar comum notar a precária precisão terminológica de que está impregnado o complexo denominado *Ciências Sociais*. O mundo da ciência busca, incessantemente, a clarividências de seus termos no intuito de atingir uma comunicação inteligível. Em defesa da precisão terminológica na seara do direito, Karl Larenz¹¹⁴ lembra que a linguagem vulgar quase nunca produz um sentido unívoco para os significantes da comunicação.

A presente empreitada ocupa-se, neste instante, de substrato que sofre de polissemia, consoante fazem prova as muitas expressões utilizadas pelos constitucionalistas, no intuito de designá-lo.

Todas as expressões utilizadas pelos diversos autores buscam indicar um conjunto de que direitos que o ser humano é dotado nas suas relações intersubjetivas, seja com os particulares ou com o próprio Estado.

Tendo em vista que o objetivo é tão só traçar um quadro panorâmico da dificuldade terminológica do fenômeno jurídico em tela, considerar-se-ão apenas as expressões *direitos humanos*, *direitos dos povos*, *liberdades públicas*, *direitos civis*, *direitos da personalidade* e *direitos fundamentais*.

A inquietação por este complexo de direitos começa surgir a partir da doutrina do Direito Natural. E conforme nota Jorge Miranda¹¹⁵ tais direitos seriam paradigmas transcendentais para o exercício do próprio poder constituinte.

¹¹⁴ *Metodologia da ciência do direito*. 2ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969. p.367.

¹¹⁵ *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. 51.

Não obstante os diversos termos serem utilizados como sinônimos, deve-se delimitar cada uma das expressões, ao menos para acentuar os contornos que cada uma delas recebe da maioria dos autores.

A expressão *derechos humanos* ganhou, de logo, prestígio universal, pois é aquela que está mais próxima do Direito Natural. Nesta dimensão, o testemunho de Antonio Pérez Luño,¹¹⁶ ao afirmar que, para o pensamento naturalista, a teoria dos direitos humanos lhe deve toda fundamentação. Note-se que se trata, aqui, das expressões *derechos humanos* e *derechos do homem* como sinônimas, ao molde do que faz Gregório Peces-Barba Martinez.

En el origen de la historia de los derechos humanos, éstos aparecían como derechos naturales y en la primeras Declaraciones liberales del siglo XVIII en los modelos americano y francés encontramos consagrada esta expresión como la habitual para designar a los derechos del hombre.¹¹⁷

A expressão *derechos humanos* guardar uma tautologia insuperável, posto que todos os direitos têm como núcleo de imputação o ser humano. Nesta oportunidade, procede a ironia de Paulo Ferreira da Cunha,¹¹⁸ ao afirmar que todos os direitos (pelos menos os positivos) seriam humanos e não animais, minerais, vegetais, ou divinos.

Apesar da procedência da crítica, a expressão *derechos humanos* não é imprestável, desde que bem empregada. Não se pode negar a esta

¹¹⁶ *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 5ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1995. p. 30.

¹¹⁷ *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*. Madrid: Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, 1999. p.25.

Tradução livre: “Na origem da história dos direitos humanos, estes apareciam como direitos naturais e nas primeiras Declarações liberais do século XVIII nos modelos americano e francês encontramos consagrada esta expressão como a habitual para designar os direitos do homem”.

¹¹⁸ *Teoria da constituição*. Tomo II. Lisboa: Verbo, 2000. p.42.

expressão forte conteúdo filosófico, retratando os anseios por respeitar-se o homem universalmente considerado, sem a vinculação a qualquer Estado. Resguarda-se, pois, *direitos humanos* para designar o conjunto de normas prescritivas e de cunho deontológico atribuído ao bem-estar do ser humano constante de documentos internacionais.

Por seu turno, alguns autores utilizam-se da expressão *direitos dos povos*, para designar o complexo de direitos agregados aos seres humanos. Não há dúvida que esta expressão deve ser utilizada para designar direitos das pessoas enquanto súditos de um determinado Estado, como ocorre com a clássica faculdade de autodeterminação de cada povo no exercício da soberania. Então, os denominados *direitos dos povos* plasma-se por ser de índole coletiva, consoante o preciso magistério de Jorge Miranda.¹¹⁹

Surge no cenário terminológico a expressão *liberdades públicas* forjada na inteligência francesa, fruto da tentativa de positivizar na sua Constituição os termos da declaração de 1789 que se recente de visível substrato naturalista. A rigor, o art.9º da Constituição francesa de 1789 emprega o termo no singular *liberdade pública*¹²⁰. Somente com a Constituição de 1852, introduziu-se, em França, o termo *liberdades públicas*. Nesta oportunidade elege-se o Senado como guardião do pacto fundamental e das liberdades públicas, consoante se ler em Maurice Duverger.¹²¹

¹¹⁹ *Ob. cit.* p.64.

¹²⁰ o art.9 da Constituição francesa de 1789 prescreve textualmente que ‘la loi doit proteger la liberté publique et individuelle contre l’oppression de ceux qui government’. Tradução livre: “a lei deve proteger a liberdade pública e individual contra a opressão daqueles que governam”.

¹²¹ *Constitutions et documents politiques*. 14ª ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1996. p.159 e 161.

Prescreve a Constituição francesa de 1852: “Art.25 – Le Sénat est le gardien du pacte fondamental et des libertés publiques. Aucune loi ne peut être promulguée avant de lui avoir été soumise ”

Tradução livre : “O Senado é o guardião do pacto fundamental e das liberdades públicas. Nenhuma lei pode ser promulgada antes de a ele ser submetida”

Em face dos denominados *direitos do homem*, entendeu-se em Franca que a expressão ‘liberdades públicas’ significou um avanço, como é lição de Jean Morange, nesta passagem em que tenta diferenciar ambos os conceitos:

*Plus mobilisatrice, la défense des droits de l’homme est aussi plus incertaine. Plus ternes, les libertés publiques sont, en revanche, plus réelles. Leur étude consiste à préciser le régime juridique des droits et libertés dont disposent les ressortissants d’un Etat donné à un moment donné de son histoire.*¹²²

A intenção dos juristas alemães, ao vislumbrarem os *direitos públicos subjetivos* foi eliminar qualquer influência jusnaturalista ao plexo de direitos pertencentes aos homens frente ao Estado que passava a ser positivado em texto constitucional. Daí por que pode-se, sem perda de qualquer substância crítica, tomar as expressões *liberdades públicas* e *direitos públicos subjetivos* como similares. Não é outro o ensinamento de Gregório Peces-Barba Martinez.

Podríamos decir que, con los rasgos propios de la cultura jurídica francesa, viene a significar lo mismo que derechos públicos subjetivos para la alemana, aunque con mayor capacidad de expansión, por su inferior tenor técnico-jurídico,

¹²² *Droits de l’homme et libertés publiques*. 4 éd. Paris: Press Universitaires de France, 1997. p.12.
Tradução livre : “Mais flexível, a defesa dos direitos do homem é também mais incerta. Mais tênues, as liberdades públicas são, em compensação, mais reais. Seu estudo consiste em precisar o regime jurídico dos direitos e liberdades de que dispõem às atribuições de um determinado Estado em um dado momento de sua história”.

*y por su mayor vinculación con un lenguaje natural con arraigo en la cultura europea.*¹²³

No núcleo de verdade empreendido nas *liberdades públicas* ou *direitos públicos subjetivos* reside o caráter individualista construído pelo Estado dos séculos XVIII e XIX. Com a transição do Estado liberal para o Estado social o paradigma das *liberdades públicas* começa a ruir, posto não se adequar com as prestações positivas que o Estado passa a assumir.

Não se pode desprezar a construção das *liberdades públicas*, mas deve-se delimitar sua abrangência conceitual em prol da precisão terminológica em face do direito constitucional. Tal categoria passa a ser empregada, quando se quiser expressar os direitos de índole individual, excluindo-se aqueles de matriz social, cultural, ou econômica, e aquele de fundo participativo no processo eleitoral.

Como bem lembra José Joaquim Gomes Canotilho,¹²⁴ os denominados *direitos civis* aparecem positivados na Constituição francesa de 1791 em contraposição aos ali nominados *direitos naturais*. Frise-se que a Carta francesa não distingue em seu texto *direitos naturais* de *direitos civis*: usa a expressão *direitos naturais* e *civis* como locução unitária de sentido.¹²⁵ Mas como se sabe *direitos*

¹²³ *Ob. cit.*, p.29.

Tradução livre: “Poderíamos dizer que com os traços próprios da cultura jurídica francesa, vem a significar o mesmo que direitos públicos subjetivos para a alemã, embora que com maior capacidade de expressão por seu inferior sentido técnico-jurídico, e por sua maior vinculação com uma linguagem natural com base na cultura européia”.

¹²⁴ *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3ª edição. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 370-371.

¹²⁵ Como se nota em Maurice Duverger (*Ob. cit.* p. 19) a Constituição francesa de 1791 se reporta a *direitos naturais e civis* no seu título inaugural denominado Disposições Fundamentais garantidas pela Constituição. Repita-se a expressão *direitos naturais e civis* para o constituinte francês de 1791 tem o mesmo núcleo de comunicação, vale dizer os direitos ali elencados são ao mesmo tempo *naturais e civis*. A distinção entre ambas as categorias coube à literatura jurídica.

naturais são de natureza metafísica ao passo que os ‘direitos civis’ são aqueles concretizados no corpo da Constituição.

A rigor, *direitos civis* são os direitos individuais, na sua feição liberal, os *civil rights*, da terminologia anglo-saxônica. Cabe, ainda, declinar que os ‘direitos civis’ não se confundem com os *direitos políticos*. Em realidade os *direitos políticos* para serem exercidos reclamam do indivíduo determinada qualificação, ao passo que os *direitos civis* se agregam a todos, indistintamente. Em assim sendo, verifica-se que os ‘direitos civis’ não podem traduzir o plexo de todos os direitos que os indivíduos possuem dentro do ordenamento jurídico.

Ainda no século XVIII, nasce a expressão *direitos fundamentais*, mais exatamente em 1770 quando do movimento cultural que forjou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, à época da Revolução francesa.¹²⁶ Não obstante, coube a Carta Magna de Weimar de 1919 utilizar-se da expressão no mais alto nível do ordenamento jurídico positivo de um Estado.

De posse de tais informações, fica fácil entender por que muitos estudiosos do direito constitucional admitem que os *direitos fundamentais* corresponde à positivação no documento jurídico máximo do Estado dos *direitos humanos*. Exatamente neste sentido o entendimento de Antonio E. Perez Luño¹²⁷ que advoga a tese segundo a qual *direitos humanos* seria uma categoria prévia e informadora dos *direitos fundamentais*. Estes concretizados na Constituição de cada Estado.

Em conseqüência desse entendimento, afirma Antonio Pérez Luño¹²⁸ que os crimes ocorridos na Alemanha nazista ferem os direitos humanos, mas não se pode afirmar que sejam contrários aos direitos fundamentais dos

¹²⁶ *Ob. cit.* p.30.

¹²⁷ Los derechos fundamentales. 6ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1995. p. 43-44 e 51.

¹²⁸ *Ob. cit.* p.47-48.

alemães, exatamente por que o Estado germânico naquele momento histórico não os reconhecia em sua Constituição.

Com essas considerações, tentou-se delimitar conceitos afins que guardam peculiaridades capazes de reclamar emprego preciso em benefício da segurança na comunicação os interlocutores do Direito.

2. Apreensão conceitual

A expressão *direitos fundamentais* é a que melhor engloba o plexo de garantias existentes na interação jurídica do indivíduo frente ao Estado, enquanto pólo condutor da sociedade. Todavia, não se pode afirmar que haja nesta locução um conceito definitivo. Há, em verdade, uma apreensão conceitual. Deseja-se com isso afirmar que o conceito de *direitos fundamentais* está em contínuo desenvolvimento.

Mesmo percebendo um núcleo de verdade que plasma os direitos fundamentais, Jean Rivero¹²⁹ não deixa lhes de apontar certa fluidez conceitual, a qual é agravada pelo aumento de seu catálogo ao longo dos tempos.

Antonio E. Pérez Luño¹³⁰ declina que os próprios textos normativos não conseguem precisar o conceito de *direitos fundamentais*. Evidente que esta tarefa bem poderia ser enfrentada pela literatura jurídica. Não obstante, as normas constitucionais que os apresenta é dotada de alta complexidade, como nota Francisco Rubio Llorente, ao analisar a realidade constitucional espanhola: “La riqueza del contenido no se corresponde, desgraciadamente, con una igual claridad en su concepción.”¹³¹

¹²⁹ Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux. Paris: Economica, 1987. p.522.

¹³⁰ *Ob. cit.*, p.31.

¹³¹ *La forma del poder* (Estudios sobre la constitución). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p.54.

A dificuldade em se estabelecer um conceito definitivo, apontando detidamente os direitos que teriam a marca da fundamentalidade, somente pode ser validamente construído para plasmar determinado momento histórico de uma realidade jurídica de um povo. Trata-se, em uma palavra, de um conceito ainda em evolução.

A partir do instante em que o ordenamento jurídico (sentido lato) entendeu que o verdadeiro sujeito de direito, o homem, teria que ser valorizado perante o Estado constitucionalmente organizado, o âmbito de abrangência dos *direitos fundamentais* não mais deixou de se expandir. Em verdade, o reconhecimento dos *direitos fundamentais* acontece em decorrência da tripartição das atividades do Poder. A reengenharia do Estado, a partir das grandes revoluções liberais do século XVIII legou à humanidade outro paradigma na convivência dos indivíduos com o pólo de poder soberano.

Não é sem sentido que a expressão *separação dos poderes* se faz notar nas mais diversas Declarações de Direitos. A mais célebre delas, como lembram Georges Budeau,¹³² Francis Hamon e Michel Troper, é exatamente a Declaração dos Direitos do Homem de 1789, cujo art.16 prescreve: “Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n’a point de constitution.”

Tradução livre: “A riqueza do conteúdo não corresponde, infelizmente, com uma igual clarividência em sua concepção”.

¹³² *Droit constitutionnel*. 25 éd. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1997. p. 106.

Tradução livre: “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada nem a separação dos poderes é determinada não há Constituição”

Com este marco histórico para o constitucionalismo, os *direitos fundamentais* passaram a se agregar aos preexistentes na proporção direta do aperfeiçoamento da legitimidade do Estado de Direito.

Somente a utilização mais aberta possível do tema em tela pode oferecer uma apreensão conceitual imune à voracidade do tempo. E, neste particular, o professor Jorge Miranda se desincumbiu da difícil empreitada ao ministrar um conceito panorâmico.

Por direitos fundamentais entendemos os direitos ou as posições jurídicas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material – donde, direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material.¹³³

A lucidez com que Jorge Miranda desenvolve a apreensão conceitual de *direitos fundamentais* esta no conhecimento histórico do autor sobre a dicotomia existente entre direitos fundamentais formais e materiais.

A distinção de direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material remonta ao IX Aditamento (de 1791) à Constituição dos Estados Unidos e encontra-se, expressa ou implícita, em diversas Constituições – entre as quais a portuguesa.

Na verdade, lê-se nesse Aditamento que “a especificação de certos direitos pela Constituição não significa que fiquem

¹³³ *Manual de direito constitucional*. 2ª ed. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editorial, 1998. p.7.

excluídos ou desprezados outros direitos até agora possuídos pelo povo”. E, segundo o art.16º, nº1, da actual Constituição da República, “os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras de direito internacional”. Quer isto dizer que há (ou pode haver) normas de Direito ordinário, interno e internacional, atributivas de direitos equiparados aos constantes de normas constitucionais.¹³⁴

Note-se que o plexo dos direitos fundamentais não se esgota no elenco constitucional. Outros advirão das mais diversas formas de manifestação da norma jurídica. Neste sentido, a redação do art.5º,§ 2º da Constituição brasileira em vigor, que recebeu da literatura jurídica a denominação de *conceito materialmente aberto de direitos fundamentais*.¹³⁵ E exatamente na interpretação desse conceito face aos tratados internacionais que a presente tese repousa sua razão de existir.

A rigor, a dicotomia aqui apontada entre *os direitos fundamentais* remonta à divisão entre Constituição formal e material. Em realidade está divisão é meramente didática, posto que ambos os conceitos defluem de uma mesma realidade, na arguta inteligência de Klaus Stern.¹³⁶ Na perspectiva material, toma-se em consideração o substrato ideológico da Carta Magna; no seu prisma formal, valoriza-se o estudo da posição hierárquica e o relacionamento de suas normas dentro do ordenamento jurídico.

¹³⁴ Ob. cit. p.11.

¹³⁵ V. Ingo Wolfgang Sarlet. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p.81.

¹³⁶ *Derecho del estado de la Republica Federal Alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p.214.

Para sobre o aspecto material da Constituição, o questionamento sobre o cerne ontológico de suas normas.¹³⁷ Há uma discussão qualitativa das matérias que merecem ocupar o ápice da ordem jurídica. Guilherme Braga Peña de Moraes¹³⁸ verifica que em termos simétricos acontece a mesma realidade com os direitos fundamentais.

Assim, para alguns juristas, uma norma pode ser formalmente constitucional, sem o ser na sua acepção material. Jorge Miranda¹³⁹ advoga a tese de que todos os *direitos fundamentais* que forem reconhecidos formalmente pela Constituição adquirem o caráter material. Em sentido diametralmente oposto, posiciona-se Paulo Ferreira da Cunha¹⁴⁰ observa que duas correntes aparentemente antagônicas se prestam a promover a descrença dos direitos fundamentais: os maximalistas e minimalistas.¹⁴¹ Os primeiros, por tudo resumirem a *direitos fundamentais*, terminam por promover a banalização da categoria; os segundos, ao propalarem o descrédito em qualquer desses direitos, acabam lhes retirando qualquer possibilidade de eficácia.

Não se pode deixar de reconhecer que ambas as posturas são desaconselháveis. Somente pelo bom senso de verificar a real necessidade do ser humano, em cada momento da civilização e dentro das reais condições políticas de cada ordenamento jurídico, o operador do direito estará capacitado para avaliar a existência dos verdadeiros direitos fundamentais.

Fique, pois, assente que a Constituição não esgota o elenco dos direitos fundamentais, posto que estes advêm de outras formas de manifestação da norma jurídica.

¹³⁷ A propósito de Constituição material e formal V. Ivo Dantas. *Constituição federal: teoria e prática*. Vol I. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p.3-78.

¹³⁸ *Dos direitos fundamentais: contribuição para uma teoria*. São Paulo: LTr, 1997. p.24.

¹³⁹ Manual de Direito Constitucional. 2ª ed. Tomo IV, ob. cit. p.9.

¹⁴⁰ *Teoria da constituição* (Direitos humanos. Direitos fundamentais). Lisboa: Editorial Verbo, 2000. p.45.

¹⁴¹ Ob. cit.p.44.

Todavia, a questão de fundo é saber se o status de direito fundamental somente se vislumbra se inserido na Constituição ou se estende igualmente àqueles que se agregarem ao sistema jurídico em patamares inferiores.

Por ora basta constatar que se está diante de um conceito em processo de expansão. Aliás, lembra Paulo Bonavides, apoiando-se em Carl Schmitt, que os direitos fundamentais variam segundo a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra.¹⁴²

Em assim sendo, somente uma formula genérica tal qual concebida pelo professor Jorge Miranda¹⁴³ é capaz de patrocinar ao menos mera apreensão do conceito.

3. Panorama histórico

Não se pode conceber com profundidade determinado tema, sem apresentar suas matizes históricas. No âmbito dos direitos fundamentais, tal empreitada é ainda mais imperativa, pois em torno de sua origem e *desenvolvimento* giraram conotações metafísicas intrinsecamente ligada à idéia de serem derivações dos direitos naturais. Razão assiste a Nelson Saldanha¹⁴⁴ ao dizer que esta perspectiva reduz o problema a uma visão supra-empírica.

Esta ponderação deve-se em parte à interação do mundo jurídico com o teleológico e com a própria filosofia metafísica no estudo dos direitos fundamentais. Não obstante, só a pesquisa histórica demonstra que todos os direitos fundamentais advêm da conquista humana ao longo dos tempos. Provando-se, assim, que o direito não é dado, mas reconhecido.

¹⁴² *Curso de direito constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p.515.

¹⁴³ *Ob. cit.*, p.7.

¹⁴⁴ Direitos humanos: considerações histórico-críticas. *Arquivos de Direitos Humanos*. Vol 1. Rio de Janeiro: Renovar, p.115, 1999.

Exatamente pela situação histórica é que se pode justificar por que certo direito fundamental surgiu naquele instante e não em outro. Não há qualquer direito fundamental que despreze a experiência humana no seu embate face ao Poder instituído.

Nessa dimensão, faz-se aqui a opção de traçar um quadro panorâmico da historiografia dos direitos fundamentais¹⁴⁵, enfocando o mundo ocidental.

Em qualquer estudo de cunho filosófico, a citação da cultura grega se impõe. Não seria aqui, o lugar de excetuá-la. Atribui-se a Sófocles¹⁴⁶ o primeiro brado contra os limites do Estado em face do indivíduo. Jorge Miranda¹⁴⁷ afirma que a obra do teatrólogo grego é emblemática.

É preciso chamar a atenção para a cosmovisão do Estado grego naquele momento. Como bem nota Fabio Konder Comparato¹⁴⁸, apoiando-se em Benjamin Constant e na sua célebre conferência *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*, a concepção grega de liberdade individual não era marcadamente participativa. Exauria-se esta na esfera política, onde o cidadão tomava parte nos negócios do governo. Desconheciam e, portanto, não podiam reivindicar o direito individual de limitação do Poder na vida privada.

Na Idade Média, floresce com toda a força o pensamento cristão catalisado por Tomas de Aquino,¹⁴⁹ que, apesar de atribuir aos direitos fundamentais origem meta-histórico, já vislumbra o conceito de humanidade como sentimento que permeia a todos os indivíduos. Não sei se seria exagero vislumbrar aqui pruridos para a formação dos direitos sociais?

¹⁴⁵ Diga-se, de logo, que toda historiografia é arbitrária, no sentido de eleger aspectos mais ou menos relevantes. Não raro a precisão escapa a este difícil mister. E tal se dá por dois motivos: primeiro, a história não se desenvolve linearmente; segundo, não se constrói *per saltum*.

¹⁴⁶ *Antígona*. Rio de Janeiro: Difel, 2001. 112p.

¹⁴⁷ *Ob. cit.*, p. 485

¹⁴⁸ *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Editora Saraiva, 1999. p. 128.

¹⁴⁹ *O ente e a essência*. In. Os Pensadores, V.8. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p.14.

Em termos de documentos jurídicos, não resta dúvida que a Magna Charta de 1215 é marco definitivo na evolução dos direitos fundamentais. Apesar de ter sido uma delimitação de poder entre os estamentos mais destacados da comunidade, não se pode deixar de reconhecer que foi a primeira vez que um instrumento legal faz ver ao núcleo de mando a existência do indivíduo. E mais: em situação inédita, achava-se o monarca limitado pela própria lei que criou.

Interessante notar que, enquanto pacto para superar a crise entre o monarca, a nobreza e o clero, a Magna Charta reforça momentaneamente o regime feudal. Todavia, reside nesse momento histórico o seu ponto de fragilidade: o próprio monarca declara que a nobreza e o clero dispõem de direitos sobre os quais o império não tem disponibilidade.¹⁵⁰

Com o estabelecimento do Estado Absoluto cria-se uma situação inusitada: com exceção do monarca, todos se encontravam em posição de igualdade, ao menos na acepção jurídica. Há uma polarização social flagrante que contribui para a fomentação do Estado de corte liberal, na medida em que todos os súditos aspiravam por liberdade.

E como a história não se desenvolve *per saltum*, como já se acentuou, merece registro a Declaração de Direitos (*Bill of Rights*) publicada na Inglaterra de 1689, com um centenário ainda distante da Revolução Francesa. O *Bill of Rights* figura como documento incipiente da ideologia do Estado liberal, na medida em que prestigia o Parlamento, incumbindo-lhe a relevante missão de legislar e de criar tributos. Nítidos, aí, os rudimentos para a arquitetura do Estado Moderno na sua feição mais definida.¹⁵¹

¹⁵⁰ V. Fábio Konder Comparato, *ob. cit.* p. 65.

¹⁵¹ Aliás, em prestígio à melhor terminologia deve-se reservar a expressão *Estado* para a organização política a partir da Idade moderna. Neste sentido, pode-se mesmo visualizar um pleonasma enfático na expressão. Antes da Idade Moderna, melhor se utilizar da expressão *Poder* e seus sinônimos.

Na observação de Fábio Konder Comparato¹⁵² o *Bill of Rights* traz consigo uma contradição: ao mesmo tempo que garante liberdades civis impôs uma religião oficial aos indivíduos. E mais uma vez avançava-se em uma direção e plantava-se para o futuro. Se naquele momento o que restou de ganho para a sociedade foi assegurar a divisão no exercício do Poder, a liberdade religiosa não tardaria a vir, consoante análise de Jorge Miranda.

*A quebra da unidade da Cristandade, a Reforma e a Contra-Reforma abriram profundas físsuras individuais e políticas, perseguições e guerras político-religiosas que, num contexto de intolerância e absolutismo, acabariam por conduzir à regra de em cada Estado uma religião, a do príncipe. Todavia, também a muitos mostraram que a possibilidade de professar sem constrangimentos a sua própria fé e de praticar os respectivos actos de culto era um valor insubstituível que, quando posto em causa, poderia ser procurado noutras terras: foi o que aconteceu no século XVII na América do Norte.*¹⁵³

Já num contexto mais definido da formação do Estado liberal burguês, surge a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia¹⁵⁴ (*Virginia Bill of Rights*). Datada de 12 de junho de 1776, é considerada pela literatura jurídica com o primeiro documento que de maneira objetiva estruturou o regime

¹⁵² Ob. cit. p.80.

¹⁵³ Ob. cit., p. 20.

¹⁵⁴ Em verdade, todas as colônias inglesas na América do Norte formularam declarações. Evidente que a Declaração de Virgínia tornou-se, pelas características aqui apontadas, a mais importante.

democrático e delimitou o poder governamental.¹⁵⁵ Difere das demais declarações que lhe foram anteriores, pois limita o poder exercido por homens livres e não aquele instituído em prol de um monarca. Ademais, estabelece a privacidade do indivíduo, inclusive frente aos grupos sociais, como a família e a Igreja.

Idéia interessantíssima, pena que ainda localizada entre a comunidade jurídica maranhense, mas que merece vir a conhecimento do público nacional, é a tese defendida por José Cláudio Pavão Santana, segundo a qual houve experiência preconstitucional no continente americano em 1612 quando foram instituídas as Leis Fundamentais da Ilha do Maranhão. José Cláudio Pavão Santana tem consciência das limitações formais do documento, mas não deixa de ressaltar seu engenho político.

Conquanto possa ser lícito negar natureza constitucional à estrutura formal das Leis Fundamentais, sua composição material revela-se bastante ao disciplinamento do quadro político, com o destaque de terem sido instituídas no continente americano em 1º de novembro de 1612, portanto, muito antes da Declaração de Virgínia.¹⁵⁶

Apesar de se perceber nitidamente – e o próprio José Cláudio o faz – que o documento não se reporta a direitos inalienáveis ao gênero humano, não se pode deixar de reconhecer seu valor jurídico, com a mesma matriz declaratória dos textos anteriormente analisados.

¹⁵⁵ V. Guilherme Braga Peña de Moraes. *Ob. cit.*, p. 45-46.

¹⁵⁶ Preconstitucionalismo na América: Uma Abordagem acerca de Manifestações Constitucionais nas Terras do Maranhão no Século XVII. In. *Estudos Jurídicos* (org. Flávio Dino de Castro e Costa). São Luís: Ediceuma, 1997. p.225.

Certo é que somente em 1776, com a Declaração de Independência dos Estados Unidos, tem-se plasmado, de modo indelével, os princípios democráticos na historiografia do Estado.

Este documento solene fomenta o princípio da co-responsabilidade política entre o Estado e os cidadãos, que tomaria feição constitucional em 1787. E a visão constitucional dos direitos fundamentais possibilita a sua garantia judicial, pois de logo se entendeu pela supremacia da Constituição. Tal cosmovisão juspolítica só viria despontar no continente europeu no segundo quartel do século passado.

Não obstante, foi com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789,¹⁵⁷ a qual viria a ser o preâmbulo da Constituição francesa de 1791, que o mundo conheceu o ideal da justiça universal. Enquanto a Declaração Americana de 1776 – em que pese sua contribuição para a engenharia do Estado democrático moderno – teve por mister dignificar os seus concidadãos, ao contrário, a Declaração francesa coloca o homem como sujeito de direitos diante de qualquer Estado.

Nesse ponto, deve-se frisar que, ao expressar a dicotomia homem-cidadão o gênio francês parece dizer que qualquer ser humano tem direitos inalienáveis de feição transnacional. Todavia, enquanto *cidadão* liga-se visceralmente ao seu Estado e dele só pode reclamar os direitos estampados no ordenamento jurídico-positivo.

Com um legado de opressão individual que transpõe a História desde os primórdios até o Estado Absolutista, é visível o anseio do ser humano por liberdade. Quebrar as amarras em relação ao núcleo de poder que o asfixiava

¹⁵⁷ Sobre o tema, V. Christine Fauré. Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos; Fondo de Cultura Económica, 1996. 399p.

era o objetivo primordial naquele momento histórico. Daí se explicar a importância da Revolução Francesa.

Se o Estado garantidor da mera liberdade tornou-se cômodo às aspirações da burguesia, o mesmo não se pode dizer do povo trabalhador. Ilusório pensar-se em qualquer organização social sem diferenciações internas. O Estado que libertou, terminou por oprimir. De que adiantava a liberdade de contratar, se um dos negociadores o fazia pela necessidade mais premente de sobreviver? Colocando-se como exemplo os contratos de emprego (trabalhador x proprietários dos bens de produção), não é difícil imaginar quem faria mais concessões.

Com as contradições do liberalismo econômico, que a lei da oferta e da procura não conseguiu resolver, nasce a necessidade de se estruturar a organização política com base em novos paradigmas.

Porém, essa maturação ideológica durou todo o século XIX, período que se caracterizou por positivar as liberdades, ressalve-se o Manifesto Comunista de 1848. Mas somente com a Constituição mexicana de 1917 a humanidade lançou base jurídica ao amparo social dos indivíduos.

Ao ser pioneira na introdução de direitos trabalhistas no ápice da ordem jurídica, a Constituição mexicana eleva o trabalho como valor intrínseco à dignidade humana diferente das mercadorias como era até então entendido.

Na síntese de Manuel García-Pelayo a nova organização juspolítica inaugurada com a Carta mexicana de 1917 representou o intento do Estado liberal burguês de se adaptar às novas mudanças sociais impostas pela revolução industrial.¹⁵⁸

¹⁵⁸ *Ob. cit.*, p. 18

Seguindo este movimento de implementação dos direitos sociais, a República da Alemanha publica em 1919 a Constituição de Weimar, a qual é tida por muitos como superior à Carta mexicana de 1917. Manuel Gonçalves Ferreira Filho¹⁵⁹ é enfático ao criticar o solene documento mexicano, afirmando que nem de longe espelha a nova versão dos direitos fundamentais.

Por seu turno, a Constituição de Weimar, apesar de muito celebrada e com influência em todo o continente europeu e na organização constitucional dos povos de além-mar, não deixa de receber severo senão em termos de técnica. Fábio Konder Comparato, sem deixar de lhe reconhecer os louvores, aponta-lhe falta de rigor técnico.

A Constituição de Weimar foi votada ainda no rescaldo da derrota, apenas sete meses após o armistício, e sem que se divisassem com clareza os novos valores sociais. Ela não podia deixar, assim, de apresentar ambigüidades e imprecisões, a começar pela própria designação do novo Estado, que quis reconstruir sobre as ruínas do antigo. A Carta política abre-se com a surpreendente declaração de que “o império alemão (das Deutsche Reich) é uma República!”¹⁶⁰

Na historiografia dos direitos fundamentais, há que se fazer notar um momento de relevo entre a Carta mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919: a Revolução Russa.

Há, todavia, uma peculiaridade na Constituição Russa de então: tenta implantar um Estado proletário, o qual configura um rompimento

¹⁵⁹ *Direitos humanos fundamentais*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1998. p.46.

com o status quo apoiado em novo paradigma para a construção de um inédito poder estatal na história das relações humanas. Não se pode, pois, entender o Estado russo como mera derivação das conquistas sociais. Ele tenta uma experiência nova: o socialismo.

Estado social não é, de modo algum, sinônimo de Estado socialista. Como lembra Paulo Bonavides¹⁶¹ o Estado social nunca renunciou a parceria com o sistema de produção capitalista para implantar os direitos fundamentais de matriz social, ao passo que o Estado socialista rompe com esse modelo econômico como condição sine qua non para impor sua identidade.

Após a Segunda Guerra Mundial, a Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁶², realizada pela Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 deu a tônica internacionalista dos direitos humanos. Tal movimento já se esboçava com a Carta das Nações Unidas (de 26 de junho de 1945), a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (de 2 de maio de 1948).

4. Construções teóricas

Neste ponto pretende-se discutir duas proposições: a primeira diz respeito ao cabimento de um substrato capaz de validar a existência dos direitos fundamentais; a segunda volta-se para saber se as normas de direitos fundamentais são regras ou princípios.

¹⁶⁰ *Ob. cit.*, p. 180.

¹⁶¹ *Do estado liberal ao estado social*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p.183-184.

¹⁶² *A Carta das Nações Unidas (de 26 de junho de 1945) e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (de 2 de maio de 1948) forjaram a Declaração Universal. Pode-se, ainda, buscar, como seu primórdio, o projeto de Declaração dos Direitos Internacionais do Homem elaborado entre 1928 e 1929.*

Evidente que a primeira das indagações se impõe, quando se vislumbra que os direitos fundamentais derivam de conotação política – no sentido aristotélico do termo.¹⁶³

A questão, então, parece ocupar o objeto da Teoria do Direito ou da Filosofia Jurídica. Tomem-se, aqui, ambas as expressões no sentido amplo de exercício do pensamento. Exatamente nesta dimensão, ambos os conceitos se interlaçam, consoante faz notar Eduardo Rabenhorts.¹⁶⁴

A sustentação de uma teoria filosófica capaz de abarcar os direitos fundamentais é dos mais intrincados problemas na seara da epistemologia. Jorge Miranda¹⁶⁵ – apesar de ponderar que a existência de variados e até de contraditórios sistemas filosóficos torna a tarefa difícil – termina por entender iniludível haver ao menos uma racionalização do problema em prol da teoria do direito, da interpretação jurídica e da política legislativa.

A mais notável e difundida teorização dos direitos fundamentais busca abrigo nas escolas de direito natural. Toma-se a expressão *direitos fundamentais* no plural, tendo em vista que esta concepção ao ser cultivada ao longo dos séculos adquiriu derivações várias. Todavia, razão assiste a Celso Lafer,¹⁶⁶ quando faz notar que há características nucleares comuns a todas as teorias que se ocupam dos *direitos fundamentais*.

A idéia de um conteúdo forjado fora das leis estabelecidas pelo pólo de poder político remonta ao mundo helênico. O núcleo dessa concepção de direito perdurou até o século XVIII, quando houve um esgotamento desse paradigma, em virtude de um novo discurso científico baseado no

¹⁶³ V. Paulo Ferreira da Cunha. In. *Direitos humanos. Direitos fundamentais*. Lisboa/São Paulo: Verbo, 2000. p. 213-214.

¹⁶⁴ Filosofia ou Teoria do Direito? *Problemata*. João Pessoa, v. 1, n.1, 1998, p.78.

¹⁶⁵ *Ob. cit.*, p. 41-42.

¹⁶⁶ *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 36.

experimentalismo e que tem em Darwin, Marx, Spencer e, principalmente Comte, seus luminares.

Surge, pois, nesta conjuntura histórica, o positivismo jurídico, cujo corifeu, sem dúvida, foi Hans Kelsen com seu clássico *Teoria pura do direito*. Acontece, porém, que se o direito natural esvaziou o normativismo jurídico, o positivismo desidratou o direito na sua obsessão pela norma pura.

Evidente que o modelo meramente descritivo proposto pelo positivismo jurídico encontrava a validade dos direitos fundamentais no mero reconhecimento estatal. A rigor, esta discussão era estranha aos seus objetivos, os quais se limitavam a analisar normas postas.

Tal modelo igualmente esgotou-se definitivamente na metade do século findo, fazendo surgir o que se costumou denominar filosofia pós-positivista. Eduardo Rabenhorst, apoiando-se em Quine, retrata o episódio.

Mas as bases teóricas do paradigma positivista só foram definitivamente minadas nos anos 50, quando o lógico americano W. O. Quine mostrou como a epistemologia positivista se alicerçava em dois dogmas insustentáveis: o da existência de uma distinção rígida entre enunciados analíticos e enunciados sintéticos, e o de que os enunciados científicos poderiam ser verificados isoladamente (Quine, 1980). De acordo com o lógico americano, todas as tentativas de definição da analiticidade são circulares e não existe um critério permitindo a distinção entre “verdades conceituais” (analíticas) e “verdades empíricas” (sintéticas). Por outro lado, Quine defendeu uma concepção holística do conhecimento científico, segundo a qual – e ao contrário do que afirmam os

*positivistas lógicos – apenas o conjunto de enunciados que compõem uma teoria científica (e nunca um enunciado destacado) pode ser submetido a uma verificação empírica. A crítica de Quine teve um efeito devastador não apenas para o positivismo lógico como também para o próprio projeto de uma filosofia analítica.*¹⁶⁷

Atualizadas com este novo paradigma, surgem as obras de Herbert Hart, Peces-Barbas, Ronald Dworkin e Robert Alexy.¹⁶⁸ Tais autores retomam paradigmas metajurídicos para explicar os direitos fundamentais.

Herbert Hart¹⁶⁹ afirma que a moral influencia o direito em dois momentos: na elaboração legislativa e na atividade judicial. Deve-se, inicialmente, esclarecer que as expressões *moral rights* e *legal rights* não têm tradução perfeita nos idiomas de origem latina, segundo a explicação de Norberto Bobbio¹⁷⁰, visto que somente podem ser devidamente apreendidas como *direito positivo e direito natural*, respectivamente.

Na concepção de Hart, os direitos fundamentais encontrariam seu cerne de validade no substrato da moral, posto que este tem por função inspirar o ordenamento positivo por estabelecer com este uma relação de subordinação.

¹⁶⁷ *Ob. cit.*, p.87.

¹⁶⁸ Muito a propósito, V. Marcio Monteiro Reis. Moral e Direito. A Fundamentação dos Direitos Humanos nas Visões de Hart, Peces-Barba e Dworkin. In. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.p. 121-156. Note-se que o autor usa o vocábulo *moral* sem proceder à explicação de seu sentido no universo jurídico da *Common Law*, o que pode levar o leitor menos avisado a raciocinar com o sentido vulgar que a palavra possui no idioma pátrio.

¹⁶⁹ *O conceito de direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994. p.170.

¹⁷⁰ *Ob. cit.*, p. 7.

Por seu turno, Ronald Dworkin¹⁷¹, sucessor de Herber Hart na Universidade de Oxford, defende uma teoria monista no sentido de que moral e direito se fundem, tanto que advoga em prol de uma teoria geral do fenômeno jurídico com duas vertentes: a conceitual e a normativa.

Todavia, não ocorre uma fusão por igual, pois se visto detidamente, percebe-se com facilidade que no pensamento de Dworkin a moral abarca o Direito. Este – o Direito positivo – é apenas parte daquela. Há uma reserva moral que o Direito positivo não consegue alcançar. Para se constatar tal assertiva, basta lembrar que o autor defende a desobediência civil quando a norma imposta pelo Estado for antagônica aos direitos fundamentais.¹⁷² Neste sentido, os direitos fundamentais só podem encontrar seu centro de validade na estrutura extra-legal (*moral rights*). Logo, os direitos fundamentais se impõem ao ordenamento jurídico mesmo sem previsão legal.

No mundo hispânico, Gregório Peces-Barba Martínez¹⁷³ afirma que o jurídico é realidade indissociável do poder no mundo moderno. Para ele, os direitos fundamentais, enquanto valores, surgem no âmbito da racionalidade moral, cabendo ao poder político integrá-los ao ordenamento jurídico. Para o jurista, moral e direito são planos distintos, mas que se encontram em intersecção, quando o poder legitima positivamente os valores da sociedade. Diferentemente de Dworkin, Gregório Peces-Martínez não admite reivindicação da parte não positivada da moral. Os direitos fundamentais, em que pesem advindo da racionalidade moral, só podem ser reivindicados quando referendados pelo poder.

¹⁷¹ *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel Derecho, 1999. p.32.

¹⁷² *Ob. cit.*, p.304-326.

¹⁷³ *Ob. cit.*, p.344

Robert Alexy¹⁷⁴ detecta que a explicação filosófica dos direitos fundamentais esbarra em um problema com duas variáveis: ou a teoria sofre de abstração, por ser genérica, ou de unilateralidade, por ser pontual. Diante da dificuldade em se atingir aquilo que denominou *teoria ideal dos direitos fundamentais*, limitou-se o jurista alemão a estudar tais direitos já a partir de um momento constitucional construído, onde laborou com êxito sobre a natureza normativa de tais direitos, consoante se verá.

A constatação de Robert Alexy de até agora não se ter atingido uma teoria capaz de sustentar o núcleo de validade dos direitos fundamentais é magistralmente defendida por Norberto Bobbio no ensaio *Sobre os fundamentos dos direitos do homem*.¹⁷⁵ Nele, Norberto Bobbio observa que o fundamento absoluto para abarcar todos os direitos fundamentais resulta em ilusão.

Norberto Bobbio, após declinar que esta ilusão é multissecular no jusnaturalismo em suas diversas variações, lança quatro argumentos para sustentar a inviabilidade de um substrato absoluto de validade dos direitos fundamentais.

O primeiro deles reside na falta de precisão terminológica¹⁷⁶ da expressão *direitos do homem*. Essas definições ou são tautológicas (*os direitos do homem são os direitos que cabem ao homem enquanto homem*), ou se limitam a se reportar ao estatuto de tais direitos sem indicação de seu conteúdo (*direitos do homem são aqueles que pertencem, ou deveriam pertencer, a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado*) ou, ainda, quando se plasma termos avaliativos (*direitos do homem são aqueles cujo reconhecimento é condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana*,

¹⁷⁴ Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p.35.

¹⁷⁵ *Ob. cit.*, p.15-24. As citações em itálicos encontram-se à página 17.

¹⁷⁶ Remeta-se o leitor para o item inaugural desta capítulo, onde se discute a falta de precisão terminológica entre os institutos das denominadas ciências sociais.

ou para o desenvolvimento da civilização).¹⁷⁷ Evidente que o conteúdo avaliativo (conceitos fluidos) ficam à deriva das ideologias eleitas pelo operador do direito.

Em seguida, Bobbio pondera que os direitos humanos constituem uma classe variável ao longo da história. Evidente que o historicismo jurídico detém parcela da verdade jurídica. Não é difícil aceitar – posto que uma afirmação empírica – que os direitos fundamentais do século XVIII não são os mesmos reivindicados no século que se inicia. E não só: há direitos que foram ditos fundamentais no passado, dotados de validade absoluta e que sofreram limitações consideráveis no presente, como classicamente exemplifica o direito de propriedade. Tal postulado explicita não haver direitos fundamentais por natureza. A conclusão de Bobbio é peremptória: “Não se concebe como seja possível atribuir um fundamento absoluto a direitos historicamente relativos.”¹⁷⁸

Após frisar que os direitos não nascem de uma vez, o pensador italiano apresenta o terceiro argumento contrário ao núcleo absoluto de validade de tais direitos. Exatamente a heterogeneidade dos direitos fundamentais, a qual por vezes, se mostra colidente. Norberto Bobbio lança mão do seguinte exemplo para defender o terceiro argumento de sua tese.

na Itália, por exemplo, pede-se a abolição da censura prévia dos espetáculos cinematográficos; a escolha é simples se se puser num prato da balança a liberdade do artista e no outro o direito de alguns órgãos administrativos, habitualmente incompetentes e medíocres, de sufocá-la; mas parece mais difícil se se contrapuser o direito de expressão do produtor do filme ao direito do público de não ser escandalizado, ou chocado, ou excitado. A dificuldade da escolha se resolve com a introdução dos limites à extensão de

¹⁷⁷ *Ob. cit.*, p.20-21.

*um dos dois direitos, de modo que seja em parte salvaguardado também o outro; com relação aos espetáculos, para continuarmos com nosso exemplo, a Constituição italiana prevê o limite posto pelo resguardo dos bons costumes.*¹⁷⁹

Conclui Bobbio dizendo que direitos de eficácia tão diversa não podem ter o mesmo fundamento absoluto, ademais quando se nota em um deles a necessidade de restrição.

O quarto e último argumento exposto – que é uma especificação do segundo, apesar de não o dizer explicitamente seu autor – consiste em se verificar antinomia entre direitos reivindicados simultaneamente pela mesma pessoa. Antinomia aqui significa que ambos os direitos não se concretizam em amplitude na mesma dimensão temporal. Neste sentido, esclarece Norberto Bobbio que direitos fundamentais antinômicos não podem gozar de um mesmo vetor absoluto de validade. A propósito, recorda que a ilusão de um fundamento absoluto para os direitos humanos terminou por obstaculizar o reconhecimento de novos direitos, como ocorreu com os empecilhos posto à legislação social que irremediavelmente diminuiria a amplitude das faculdades que gozavam os proprietários dos bens de produção.

Para demonstrar a força de sua tese, Bobbio considera – por hipótese – a existência de um vetor de validade absoluto para os direitos fundamentais. Em outros termos, propõe a seguinte questão: se tal substrato existisse, qual a conseqüência para a concretização dos direitos fundamentais? A resposta que apresenta é a da total indiferença. Ou seja, não se pode dizer que houve maior concretização dos direitos fundamentais quando se estabeleceu um consenso de sua origem pelos eruditos.

¹⁷⁸ *Ob. cit.*, p.19.

Por outro lado e em observação diametralmente oposta, observa Norberto Bobbio, em arremate final, que apesar da crise de uma teoria capaz de sustentar um fundamento absoluto de validade, os direitos humanos se fazem presentes na maioria dos ordenamentos jurídicos dos ditos povos civilizados, e, ainda assim, seu grau de realização não é substancial. O problema dos direitos humanos não está na carência de um fundamento absoluto de validade (a razão das razões), mas na falta de exequibilidade.

Evidente que não deve a teoria do direito – tomada a expressão em sinonímia com a filosofia jurídica – renunciar à busca por um fundamento de validade dos direitos fundamentais. Aliás, pondera Jorge Miranda¹⁸⁰ que isto seria negar a problemática filosófica das relações entre a pessoa, a sociedade e o Estado. Isto implicaria – na visão de Jorge Miranda – a uma renúncia ao referencial ético que retiraria dos direitos fundamentais uma posição de proeminência frente ao ordenamento jurídico. Retiraria, em última análise, o lado lúdico da luta dos homens por um mundo mais igual.

Em sentido mais real – conjectura Jorge Miranda – a existência de um consenso sobre os direitos fundamentais implica num fundamento de legitimidade do regime político consagrado e da própria Constituição. A não ser assim, o documento magno dos povos seria o mero embate do poder econômico, político e social – as forças reais de poder de que se ocupou Ferdinand Lassalle.¹⁸¹ Ademais – continua Jorge Miranda – necessário se faz uma unidade de sentido entre os direitos fundamentais para se viabilizar uma leitura sistêmica das Constituições e das Declarações de Direito.

Apesar de procedentes as ponderações de Jorge Miranda, deve-se observar que não se encontram em linha de confronto com a ilação de

¹⁷⁹ *Ob. cit.* p.21.

¹⁸⁰ *Ob. cit.*, p.43.

¹⁸¹ *¿Qué es una constitución?* 4ª ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1994.p.77-99.

Norberto Bobbio, no sentido de que a grande questão dos direitos fundamentais hoje não é tanto a de lhes dar um vetor absoluto de validade, mas de efetivá-los. Nesta dimensão, trata-se, pois, de um problema mais político que filosófico.

Superada a questão do núcleo de validade dos direitos fundamentais, ao menos para os estreitos limites da presente empreitada, tenta-se responder à indagação a propósito da natureza jurídica que este plexo normativo encerra. Vale dizer: são eles meras regras ou princípios?¹⁸²

Os direitos fundamentais constituindo-se em matéria-prima das mais diversas aspirações do homem – enquanto ser ético, porque único animal dotado de consciência – provocam tão notável dinâmica na interpretação das normas que não se acomodam nos provincianos limites das regras. Neste sentido, pôde constatar Konrado Hesse: “Pertenece desde los orígenes a la tradición de los derechos fundamentales la idea de que estos no son sólo derechos subjetivos, sino al mismo tiempo principios objetivos del orden constitucional.”¹⁸³

José Antonio Estévez Araújo¹⁸⁴ se debruça sobre o problema de analisar os direitos fundamentais como princípios. Em primeiro, expõe a idéia inicial de configurarem os direitos fundamentais como âmbitos de liberdade ilimitada. Neste particular, vale-se do pensamento de Carl Schmitt,¹⁸⁵ que, ao restringir o âmbito de tais direitos à liberdade, afirma que tais são anteriores e superiores ao Estado. Note-se que com o argumento da anterioridade dos direitos fundamentais à organização política – o que os caracterizaria

¹⁸² Remeta-se o leitor ao capítulo II, desta primeira parte, onde se discutiu a diferença entre regras e princípios como espécies do gênero normas.

¹⁸³ *Significado de los derechos fundamentales*. In: Manual de Derecho Constitucional.. Madrid: Marcial Pons, 1996. p.91.

Tradução livre: ‘Advém desde as origens mais tradicionais dos direitos fundamentais a idéia de que estes não são somente direitos subjetivos, mas ao mesmo tempo princípios objetivos da ordem constitucional’

¹⁸⁴ *La constitución como proceso y la desobediencia civil*. Madrid: Editorial Trotta, 1994. p.91-118.

ontologicamente – o autor nega esse mesmo status aos direitos sociais, visto que estes dependeriam de prestação positiva do ente político já constituído.¹⁸⁶

Após concluir o primeiro bloco de suas considerações, ocupando-se das garantias institucionais como instrumentos capazes de assegurar a concretização dos direitos fundamentais, José Antonio Estévez Araújo passa a demonstrar que os direitos fundamentais plasmam um sistema de valores. O autor apóia-se em Rudolf Smend,¹⁸⁷ para quem o objeto da teoria do Estado e do direito constitucional é o Estado enquanto parte da realidade espiritual.

Neste sentido, não fica difícil constatar que a legitimidade da Constituição repousa em certos valores. Tais valores na concepção de Rudolf Smend são derivados da própria comunidade que os dota de sentido na práxis da vida.

Si el Estado existe, es únicamente gracias a estas diversas manifestaciones, expresiones de un entramado espiritual, y, de un modo más decisivo, a través de las transformaciones y renovaciones que tienen como objeto inmediato dicho entramado inteligible. El Estado existe y se desarrolla exclusivamente en este proceso de continua renovación y permanente reviviscencia; por utilizar aquí la célebre caracterización de la Nación en frase de Renan, el Estado vive de un plebiscito que se renueva cada día.¹⁸⁸

¹⁸⁵ *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1996. p.169-170.

¹⁸⁶ Voltar-se-á a esta questão quando do estudo das *dimensões* dos direitos fundamentais no próximo item.

¹⁸⁷ *Constitución y derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985. p.62.

¹⁸⁸ Ob. cit. p.62-63.

Tradução livre: “Se o Estado existe, é unicamente graças a estas diversas manifestações, expressões de um suporte espiritual, e, de um modo mais decisivo, através das transformações e renovações que têm como objeto imediato dito suporte inteligível. O Estado existe e se

José Antonio Estévez Araújo conclui, apoiando-se em Dürig¹⁸⁹, que todo o sistema de valores gravita em torno da dignidade humana. Esta é o epicentro hermenêutico – onde se estabelece a força gravitacional de toda Constituição comprometida com os direitos fundamentais.

Ao passo precedente, de tratar dos direitos fundamentais como categorias principiológicas, José Antonio Estévez trata de expor a metodologia da concepção institucional dos direitos fundamentais. Segundo o autor, a estruturação desse pensamento cabe a Häberle, o qual, retomando a apreensão de valor¹⁹⁰ na esteira de Rudolf Smend, trabalha com o conceito de *magnitudes*. Entende Häberle que o alcance de cada direito fundamental só pode ser avaliado no caso concreto através da ponderação de bens. Nitidamente antecede Häberle, ao menos parcialmente, o que viria a ser desenvolvido por Ronald Dworkin e por Robert Alexy.

Häberle, citado por José Antonio Estévez Araújo, afirma que cada direito nasce de novo em cada situação conflitante e é atualizado e concretizado caso por caso.¹⁹¹ Textualmente, não há para ele direito fundamental com conteúdo fixo. Mesmo quando as disposições constitucionais prescrevem limites ou condições específicas aos direitos fundamentais, a ponderação será facilitada pela existência de um norte, nunca pela dispensa de seu exercício.

desenvolve exclusivamente neste processo de contínua renovação e permanente revivência; por utilizar aqui a célebre frase caracterização de Renan, o Estado vive de um plebiscito que se renova cada dia”.

¹⁸⁹ Note-se que, enquanto Rudolf Smend vislumbra os valores dentro da comunidade, Dürig volta-se para valores extra-sociais, ao sabor do naturalismo, onde os dados axiológicos são eternos e imutáveis.

¹⁹⁰ O conceito aberto de valor construído a partir da comunidade e utilizado como vetor de interpretação da ordem jurídica está assento por Peter Häberle In. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997. 55p.

¹⁹¹ *Ob. cit.*, p.104.

Robert Alexy,¹⁹² respaldando-se em Dworkin, torna-se pioneiro em aplicar com sucesso e rigor metodológico o conceito de ponderação na construção dos direitos fundamentais enquanto princípios. Dworkin¹⁹³ fornece a Alexy a distinção entre diretrizes, regras e princípios. Note-se que Robert Alexy somente se utiliza das duas últimas, as quais aperfeiçoa brilhantemente para desenvolver o tema dos direitos fundamentais face ao princípio da proporcionalidade. Interessante verificar que a teoria desenvolvida por Robert Alexy tem densa base pragmática.¹⁹⁴

Na visão de Robert Alexy, princípios são mandamentos de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferente intensidade, sendo que a medida devida de seu cumprimento não depende apenas das possibilidades reais, mas também das circunstâncias jurídicas. O âmbito das circunstâncias jurídicas está gizado pelos princípios e regras opostos.¹⁹⁵

Se um conflito de regras se resolve pelo duelo de vida ou morte, quando o antagonismo é global, ou pela incidência de exceções, o choque entre os princípios, na visão de Robert Alexy (e também de Dworkin) é menos drástico. Aqui, não há um duelo de vida ou morte. Um deles recua em prol do outro em face de determinadas circunstâncias. Trata-se da aplicação do princípio da ponderação.

Com a clarividência de ser tarefa das mais difíceis estabelecer um vetor fundante de caráter absoluto para os direitos fundamentais, consoante já se deixou assentado na primeira das indagações deste item, Robert Alexy partiu

¹⁹² *Ob. cit.*, p.81-170.

¹⁹³ *Ob. cit.*, p.72-80.

¹⁹⁴ V. Gustavo Ferreira Santos. Direito de Propriedade e Direito a um Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado. In. *Revista de Informação Legislativa*, jul-set, Brasília, ano 37, n.147.

¹⁹⁵ Sobre a distinção entre normas e princípios nos pensamentos de Dworkin e de Alexy, veja-se o item 1 do capítulo II dessa primeira parte.

do conceito formal de tais direitos, para exercitar a ponderação. Frise-se que, mesmo escolhendo o critério formal, o autor germânico termina por reconhecer suas limitações e invocar o que chama *normas adscritivas*, que em tradução livre podem ser definidas como normas derivadas. As denominadas *normas adscritivas* gravitam em torno dos direitos fundamentais positivados. Logo, somente um caráter principiológico pode sustentar a tese de existências das normas derivadas ou anexas, na expressão preferida por José Antonio Estévez Araújo.¹⁹⁶

Exatamente pela convivência de normas derivadas (anexas) ao lado de normas positivadas é que Robert Alexy advoga a existência de normas do tipo regra e normas do tipo *princípio* a plasmar o universo dos direitos fundamentais.

Neste sentido, total razão assiste a Suzana de Toledo Barros,¹⁹⁷ quando, mesmo apoiando-se em Robert Alexy, declina, com certa dose de originalidade, que mesmo quando os direitos fundamentais estão expressos nas regras reconduzem a princípios, a se considerar o substrato axiológico que tende a proteger.

Com tais considerações, pode-se concluir que, apesar de ainda não se dispor de um vetor absoluto de validade para os direitos fundamentais, pode-se afirmar que estes possuem caráter principiológico, mesmo quando dispostos em regras positivas.

¹⁹⁶ *Ob. cit.*, p.117.

¹⁹⁷ O Princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 157.

5. Dimensões

Não há que se fugir dessa verdade empírica: os direitos fundamentais têm sido uma conquista do homem no transcurso do processo histórico.

E em nascendo do embate histórico, tais direitos se plasmam em momentos diferentes. Neste quadro evolutivo, quer tomando-se a construção teórica, quer levando-se em conta o ingresso nos ordenamentos positivos dos diversos Estados, os direitos fundamentais são classificados em *gerações*. Agudamente observa Norberto Bobbio¹⁹⁸ que o agrupamento dos direitos fundamentais em *gerações* resulta em aspecto didático, posto que a qualquer delas somente duas funções são plausíveis: ou impedir os malefícios do poder constituído ou obter seus benefícios.

Note-se, por oportuno, que a positivação jurídica dos direitos fundamentais (ingresso de tais direitos na ordem normativa do Estado) sempre é precedida de elucubrações dos teóricos que buscam oferecer respaldo jurídico-filosófico para justificar suas existências. Portanto, o evoluir das denominadas *gerações* tem, por consequência lógica, influência direta no catálogo dos direitos fundamentais, quando do processo de recepção pelos ordenamentos dos Estados.

Há, em sede de literatura jurídica, uma discussão terminológica a propósito do termo *gerações*. Por um lado, entende-se que este desempenha bem o papel de comunicar a historicidade dos direitos fundamentais e já se encontra sedimentado na seara dogmática. Não obstante, as críticas formuladas ao seu uso são respaldadas em consideráveis argumentos. Aponta-se que a expressão *gerações* declina uma sucessividade entre os direitos, conquistas pelos homens ao longo da

¹⁹⁸ *Ob. cit.*, p. 6.

história. Assim, uma *geração* iria substituindo outra numa relação de eliminação na convivência. Os direitos agrupados em uma *geração* não se aglutinariam a outra.

Com estes argumentos, os opositores do termo *gerações* apresentam a expressão *dimensões* como a mais capaz de transmitir o processo aglutinativo que se dá às conquistas dos direitos fundamentais nascidos em diferentes momentos da história. Paulo Bonavides¹⁹⁹ – apesar de utilizar-se do vocábulo *gerações* – declina que esta utilização decorre de um equívoco de linguagem, pois o termo *dimensões* é portador de vantagem lógica e qualitativa face àquele, exatamente por não induzir sucessão cronológica.

Ingo Wolfgang Sarlet²⁰⁰ e Flávia Piovesan,²⁰¹ prestigiando o aspecto de complementariedade e da dinâmica de interação entre os diversos direitos fundamentais, utilizam-se da expressão *dimensões*. Na literatura alienígena, José Joaquim Gomes Canotilho²⁰² perfila-se a esta corrente, ao afirmar que a idéia de generatividade geracional não é correta, pois os direitos são de todas as *gerações*.

Por se entender que a ciência jurídica deve perseguir de modo obsessivo a precisão terminológica para se fortalecer em unidade de pensamento, faz-se, aqui, a opção pela expressão *dimensões*.

A problemática das *dimensões* dos direitos fundamentais quanto ao número não é unânime entre os estudiosos. Para alguns, já há que se falar em direitos fundamentais de quarta dimensão.²⁰³ Não obstante, a maioria se reporta ao estágio de três *dimensões* dos direitos fundamentais.

Há, por outro lado, uma aproximação de uniformidade quanto ao conteúdo das três *dimensões* dos direitos fundamentais. José Joaquim Gomes

¹⁹⁹ *Ob. cit.*, p. 525.

²⁰⁰ *Ob. cit.*, p. 47

²⁰¹ *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 27-28.

²⁰² *Ob. cit.*, p. 362.

²⁰³ V. Paulo Bonavides, *Ob. cit.*, p.524-526.

Canotilho²⁰⁴ alinha as três *dimensões* na seguinte ordem: direitos de liberdade, direitos de prestação (igualdade) e direitos de solidariedade.

Apesar de tal tendência a uma uniformidade quanto ao conteúdo, autores há que reconhecem a tricotomia apenas em seu aspecto histórico, não lhe reconhecendo cientificidade quanto ao conteúdo. Jorge Miranda²⁰⁵, por exemplo, afirma que o direito ao meio ambiente (classificado como de terceira *dimensão*) releva dos direitos sociais e dos próprios direitos de liberdade.

Neste mesmo sentido, Carlos Weis²⁰⁶ advoga que mais científico seria referir-se aos direitos humanos prestigiando o conteúdo. Assim, poder-se-ia falar de direitos humanos liberais ou direitos civis e políticos, em direitos econômicos, sociais e culturais e em direitos globais.

A expressão *dimensões* não prescinde da matriz histórica para explicar a formação dos diversos direitos fundamentais. Evidente que os idealistas chegam a antever direitos ainda não concretizados na ordem de cada Estado. A este propósito, merece transcrição literal a interessantíssima intervenção de Paulo Bonavides sobre a vidência dos atores da Revolução Francesa no construir das variadas dimensões dos direitos fundamentais.

Em rigor, o lema revolucionário do século XVIII, esculpido pelo gênio político francês, exprimiu, em três princípios cardiais, todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a seqüência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade.²⁰⁷

²⁰⁴ *Ob. cit.*, p. 362.

²⁰⁵ *Ob. cit.*, p. 24.

²⁰⁶ *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 41-42.

A primeira *dimensão* dos direitos fundamentais remonta ao esgotamento do modelo absolutista do Estado, em face do surgimento da classe burguesa, que fomentou os direitos de liberdade indispensáveis ao surgimento do Estado liberal. Neste catálogo constam, portanto, os direitos políticos e civis.

Era interesse da burguesia implementar um Estado que reconhecesse a liberdade do indivíduo, mormente o direito de livre circulação de bens, representado principalmente pela garantia de propriedade. Para os domínios da burguesia, o Estado deveria ser abstencionista, o oposto exato do modelo anterior de poder (Estado absoluto). Toda a construção teórica do século XVIII foi no sentido de prestigiar a liberdade. Estes direitos seriam de defesa, demarcando uma zona de não-intervenção do Estado face à autonomia individual. São na lição de Paulo Bonavides direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

Importa frisar que os direitos de primeira *dimensão* foram a espécie que marcou o ingresso no ápice do ordenamento positivo do Estado, ocupando um lugar sagrado na historiografia do constitucionalismo ocidental.

No processo dialético, os direitos de primeira dimensão começaram a demonstrar suas contradições e insuficiência frente às conseqüências da Revolução Industrial: o surgimento do proletariado. Somente as denominadas liberdades públicas não eram mais suficientes para estabelecer a igualdade entre os homens.

A elaboração dos direitos sociais tende a responder à complexa construção da igualdade, pois, como lembra Nelson Saldanha,²⁰⁸ a dificuldade reside em encontrar-se a conexão de que os seres humanos são igualmente dignos e ao mesmo tempo diferentes em cada individualidade. Perceba-se que os

²⁰⁷ C *Ob. cit.*, p. 516.

²⁰⁸ *Ob. cit.*, p. 123.

direitos fundamentais de segunda *dimensão* foram objeto de densa construção teórica de fundo marxista e social-democrata.

A segunda *dimensão* dos direitos supera o paradigma do modelo liberal do poder, para instaurar o Estado Social, que, além de garantir as liberdades públicas, também chama a si a responsabilidade de garantir direitos trabalhistas, culturais e econômicos. Constitui o direito de participar do bem-estar social, na intervenção de Celso Lafer.²⁰⁹

Alguns juristas estabelecem o critério comissivo para separar os direitos de primeira e de segunda dimensões. Quanto aos direitos de primeira *dimensão*, o Estado deveria ter uma postura negativa, posto que caberia a ele não intervir para garantir as liberdades públicas. Já, agora, no Estado Social teria a obrigação positiva, de fazer. Esta concepção é superficial, pois nada se garante sem comportamento comissivo. Da inação nada surge. O Estado liberal não apenas se compromete a não interferir (postura negativa), mas igualmente assegurar o gozo de tais liberdades frente a terceiros. E, neste segundo momento, somente com ação poderá fazê-lo.

Neste sentido, Ingo Wolfgang Sarlet,²¹⁰ que, apesar de utilizar a expressão *dimensão positiva* ao se referir aos direitos sociais, termina por observar que os direitos de segunda *dimensão* não englobam apenas direitos de feição positiva, também as *liberdades sociais* como o direito à greve.

Os direitos de segunda *dimensão* se incorporam na Constituição Mexicana de 1917 e, com mais repercussão, na Carta de Weimar de 1919, para atravessar todo o século XX, tornando-se realidade cotidiana dos diversos pactos internacionais.

A intensificação do relacionamento internacional e as conseqüências imediatas daí advindas fazem surgir a necessidade de cada Estado

²⁰⁹ Ob. cit., p. 126-127.

introduzir, em seus ordenamentos, direitos fundamentais²¹¹ de cunho transnacional. Surge a partir daí o que se convencionou chamar direitos de terceira dimensão. Tais são o direito à paz, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à proteção do patrimônio comum à humanidade, dentre outras derivações.

Juristas justificam tal classe de direitos como decorrentes da fraternidade ou solidariedade. Em que pese poder se tomar as expressões por sinônimos perfeitos, entende-se melhor fazer opção pelo fundamento da solidariedade.

O vocábulo *fraternidade*, além de possuir maior fluidez conceitual, está historicamente comprometido com a idéia de desprendimento religioso. Parece que o termo solidariedade traduz com maior densidade uma corrente forjada na necessidade de sobrevivência. Imagine-se que, se os países não se preocuparem, conjuntamente (solidariamente), com o meio ambiente, todos os seres (humanos ou não) correm perigo de morte. Ademais a história da construção dos direitos tem por substrato o embate dialético catalizado na necessidade e não no mero altruísmo, mormente quando se vislumbra a interação entre Estados.

A nota característica dos direitos de terceira dimensão seria o deslocamento da titularidade do indivíduo para grupos humanos, posto que teriam formação difusa ou coletiva. Com razão Ingo Sarlet,²¹² quando faz notar que esta *dimensão* de direitos fundamentais está se afirmando em nível internacional, mais precisamente na celebração de tratados e outros documentos internacionais, sem grande reconhecimento nos textos constitucionais.

²¹⁰ *Ob. cit.*, p. 50.

²¹¹ Nesta terceira *dimensão*, os direitos fundamentais se aproximam ao máximo dos direitos humanos, considerando-se a dicotomia feita por Antonio E. Pérez Luño. *Ob. cit.*, p. 46.

²¹² *Ob. cit.* p.51. Esta observação não é válida para a Constituição brasileira de 1988, que se comprometeu intensamente com os direitos de terceira *dimensão*.

Finalmente, registre-se a indicação por parte de alguns juristas, da formação de um novo bloco de direitos fundamentais, os de quarta *dimensão*. Entre nós, o maior expoente dessa posição é Paulo Bonavides,²¹³ que entende serem tais direitos a mais acabada fase da institucionalização do Estado Social. Para o autor, a quarta dimensão seria representada pelo direito à democracia, à informação e ao pluralismo. Neste aspecto, digna de registro a posição de Vladimir Brega Filho,²¹⁴ ao entender que os direitos indicados por Paulo Bonavides como de quarta *dimensão* são, em verdade, apenas aperfeiçoamento de direitos fundamentais (políticos) já reconhecidos.

Não se deve encerrar este capítulo sobre a observação polêmica de alguns autores, no sentido de que a ampliação do leque dos direitos fundamentais termina por vulgarizá-los.²¹⁵ Não se pode, por evidente, incluir todo direito como fundamental, por mero modismo ou tendência expansionista irresponsável. Mas se deve considerar que a própria dinâmica do processo civilizatório haverá de declinar sempre novos direitos ao ser humano. A rigor, não existe relação de antagonismo entre a formação de novos direitos e o paradigma científico capaz de lhe oferecer sustentação. O que se verifica é uma maior dificuldade em se atender à demanda sempre crescente dos direitos fundamentais, mormente em sede de países periféricos.

Por outro turno, existe uma constatação empírica irrefutável: impossível barrar o fluxo da história. O equacionamento do problema se dá em se exigir critérios sustentáveis para se incluir direito novo na categoria fundamental das Constituições, sob pena de se esvaziar o conteúdo dessa categoria tão cara a toda humanidade.

²¹³ *Ob. cit.*, p. 524 e 525.

²¹⁴ *Direitos fundamentais na constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p. 25.

IV – Teoria dos Tratados

1. Conceito

Tópico que parece elementar e mesmo dispensável, revela-se de fundamental importância para se compreender com precisão o objeto de um tratado internacional e, via de consequência, situa o objeto diante da análise que está se procedendo com o fim de demonstrar sua repercussão no interior do ordenamento jurídico brasileiro ao longo de sua historiografia constitucional, com ênfase à Carta Magna em vigor.

Como é de costume ocorrer no âmbito do fenômeno jurídico, a busca pelo conceito de tratado foi uma necessidade experimentada, primeiro, em sede de literatura jurídica. Depois das agruras sofridas pelos internacionalistas é que o conceito ganhou forma universal, com o advento da Convenção de Viena de 1969.

Antes, porém, desse documento fundamental para as relações entre os povos, os juristas se debatiam em busca de um norte, que os pudesse guiar. Sintomático, neste passo, o depoimento de Teodoro Niemeyer: “El concepto de tratado político (Staatsvertrag) se revela como una idea insuficiente para la técnica del Derecho internacional.”²¹⁶

Com uma fundamentação calcada na literatura civilista dos contratos, procurava-se plasmar o conceito de tratado. Tal concepção foi, de logo, rechaçada por Teodoro Niemeyer, que detinha a clarividência de ter a vida internacional peculiaridades estranhas aos limites dos contratos civilistas.

²¹⁵ V. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Ob. cit.*, p. 67.

²¹⁶ *Derecho internacional público*. Barcelona: Editorial Labor, 1925. p. 111.

Tradução livre: “O conceito de tratado político (Staatsvertrag) se revela como uma idéia insuficiente para a técnica do Direito internacional”.

Interessante notar que Niemeyer anteviu a necessidade de uma regulamentação internacional capaz de atribuir conseqüências de direito²¹⁷ ao conceito de tratado internacional. Evidente que o questionamento mais apurado do problemas das relações internacionais – e que o autor apontou com pertinência – é exatamente o de detectar em que consiste a força jurídica capaz de obrigar dois ou mais entes internacionais e quais as conseqüências daí advindas.

O núcleo do pensamento de Teodoro Niemeyer está tão bem sintetizado nesta passagem, que inevitável não citá-lo:

*Mientras no exista ni una codificación internacional del derecho del tratado ni una instancia superior a todos los Estados para la inspección, juicio e imposición coactiva, la cuestión relativa a si un Estado se ha obligado o no y si su asentimiento ha sido jurídico o meramente moral sólo puede decidirse mediante la interpretación de las declaraciones de los Estados y esto sólo desde un punto de vista meramente empírico.*²¹⁸

A angústia dos internacionalistas foi amenizada com o texto da Convenção de Viena de 1969,²¹⁹ que teve por objetivo disciplinar a aplicação dos

²¹⁷ *Ob. cit.*, p.112.

²¹⁸ *Ob. cit.* p. 114.

Tradução livre: “Enquanto não exista nem uma codificação internacional do direito do tratado nem uma instância superior a todos os Estados para a inspeção, juízo e importância coativa, a questão relativa a se um Estado se obrigou ou não e se seu consentimento foi jurídico o meramente moral só se pode dizer mediante a interpretação das declarações dos Estados e isto só a partir de um ponto de vista meramente empírico”.

²¹⁹ Esta Convenção que exigiu vinte anos de trabalho por parte da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas somente começou a vigorar internacionalmente em 27 de

tratados entre os Estados.²²⁰ A importância dessa convenção é tamanha que passou a ser considerada entre os operadores do direito na sua feição internacionalista passou a considerá-la *Lei dos Tratados* ou *Código dos Tratados*. Não obstante, mesmo com o advento da Convenção de Viena de 1969, Paul Reuter²²¹ nota que não debelou por completo a incerteza terminológica em relação aos tratados internacionais.

A Convenção de Viena de 1969 entendeu no seu artigo 2º, 1 que “tratado significa um acordo internacional celebrado por escrito entre os Estados e regido pelo direito internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação particular.”

Na problemática do conceito de tratado, José Francisco Rezek²²² fornece uma síntese mais precisa e mais ampla que aquela construída pela Convenção de Viena de 1968. Entende ele que “tratado é o acordo formal, concluído entre sujeitos de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos.”

Rezek procura problematizar o conceito de tratado partindo para uma análise comparativa entre o que concebeu, as análises doutrinárias precedentes, e o próprio texto da Convenção de Viena de 1969.

Dizer que o tratado é um acordo formal, significa que o ato jurídico construído pela vontade expressa dos pactuantes se reveste em

Janeiro de 1980, quando foi atingido, por exigência do seu art. 84, o número mínimo de 35 Estados-partes.

²²⁰ Note-se que inicialmente o âmbito de abrangência da Convenção era apenas os Estados. A comunidade internacional, por intermédio da Convenção de 1986, ampliou aquele leque, ao permitir a celebração de tratados entre os Estados e as Organizações Internacionais, bem como entre estas.

²²¹ *Introducción al derecho de los tratados*. México: Facultad de Derecho; Universidad Nacional Autónoma de México; Fondo de Cultura Económica, 1999. p. 44. A primeira edição francesa data de 1972, portanto após a Convenção de Viena de 1969.

²²² *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 21.

documento escrito. Esse traço é característico dos tratados que os distingue dos costumes – outra fonte do direito internacional – como lembra Valério de Oliveira Mazzuoli.²²³

Francisco Rezek faz questão de frisar que o vocábulo *concluído* presente em sua definição, tem o sentido de ato jurídico apto a produzir efeitos, na compreensão de algo definitivamente acabado. Em sentido contrário, os autores franceses – como ele próprio reconhece – indicam que a conclusão ocorre com o encerramento das negociações.

Quanto aos atores da cena internacional, a práxis chegou antes da Convenção de Viena de 1986, quando se estabeleceu formalmente a capacidade de as Organizações Internacionais celebrarem tratados entre si e com os Estados. Neste passo, deve-se registrar que a soberania deixou de ser elemento dispensável aos sujeitos internacionais, pois as Organizações Internacionais são dela desprovidas.

No que se refere à capacidade de as Organizações Internacionais celebrarem tratados, a Convenção de Viena de 1969 foi retrógrada, principalmente considerando-se a observação de Antonio Augusto Cançado Trindade²²⁴, segundo a qual, em 1949, a Corte Internacional de Justiça reconheceu tal poder à ONU.

Superada a possibilidade de as Organizações Internacionais celebrarem tratados, discute-se se é possível o indivíduo ser sujeito transnacional de direito. Valério de Oliveira Mazzuoli,²²⁵ apesar de reconhecer a limitação da

²²³ *Tratados internacionais*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001. p.8.

²²⁴ *Princípios de direito internacional*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981. p.12. Esclarece o autor que o fato de a Convenção de Viena não reconhecer o poder das Organizações Internacionais em celebrar tratados causou estranheza à 55 delegações, tanto que o art.3º da aludida Convenção acrescentou que tal exclusão não prejudicava o valor jurídico dos acordos celebrados entre os Estados e os outros sujeitos da ordem internacional (ob. cit., p.12)

²²⁵ *Ob. cit.*, p.8-9.

personalidade humana frente à comunidade internacional e apoiando-se no que declinava o Tribunal de Nuremberg, não deixa de indicar responsabilidade direta ao indivíduo, mormente em casos de crimes de guerra e genocídio. Melhor, neste sentido, parece Rezek,²²⁶ que admite direitos e deveres aos indivíduos frente à ordem internacional somente em vias mediatas e indiretas. No mesmo sentido do autor brasileiro se porta Paul Reuter,²²⁷ ao afirmar que o indivíduo apenas usufrui direitos de um sujeito de direito internacional.

Para concluir o conceito de tratado, resta analisar o seu destino em produzir efeitos jurídicos. Neste sentido, o próprio Rezek chama a atenção para a palavra *acordo* – léxico por ele utilizado na elaboração do conceito de tratado – no sentido de explicitar que este vocábulo pode significar mera sintonia entre pontos de vista, sem qualquer força vinculativa.

Evidente que o acordo designativo de tratado internacional tem a pretensão de produzir efeitos jurídicos. O tratado, pois, deve ser concebido como ato jurídico e norma, consoante Paul Reuter.²²⁸ Como ato jurídico, o tratado revela a norma de direito que vincula os pactuantes. Lamenta Rezek que o equívoco dos internacionalistas em mostrar o tratado apenas como ato jurídico, olvidando de indicar-lhe o caráter normativo, tenha sido recepcionado na Convenção de Viena de 1969.

Evidente que somente se detecta o caráter normativo, ao se proceder com acuidade uma análise do documento internacional em questão. Somente com esta análise pode-se distinguir o tratado com diferenciação com o *gentlemen's agreement*.²²⁹ Aquele não dispõe de caráter normativo, presente

²²⁶ Introduction au droit des traités, *ob. cit.*, p.26.

²²⁷ *Introduction au droit des traités*. Paris: Librairie Armand Colin,1972. p.44.

²²⁸ *Ob. cit.* p.33-35.

²²⁹ Note-se que não é na diferença dos pactuantes que se manifesta a diferença entre esses dois documentos internacionais. Não basta dizer que no *gentlemen's agreement* não há sujeitos de direito internacional, posto que são pessoas investidas no cargo de mando que os celebram. A rigor, essa percepção literária não fica evidente em tais documentos, a não ser depois de

neste último. E por sutil que pareça, é a forma e não o conteúdo que irá revelar se o documento é um tratado internacional. Neste sentido, precisa a observação de Charles Rousseau para quem: “Au sens étroit, le traité international se définit par la procédure utilisée pour sa conclusion, c’est-à-dire par sa forme, non par son contenu.”²³⁰

O fato de a Convenção de Viena de 1969 declinar que o tratado será regido pelo Direito Internacional e de que este se materializa em um único ou em dois ou mais instrumentos conexos – que não inviabiliza a terminologia genérica de *tratado* –, recebeu de José Francisco Rezek o seguinte comentário:

*Estes dois últimos elementos, cientificamente desnecessários à definição do tratado internacional, são de todo modo úteis, porque explicativos da realidade e ao mesmo tempo incapazes de dar alento a qualquer concepção teórica sujeita a controvérsias.*²³¹

Apesar de serem indicados como elementos suplementares à luz da cientificidade, são, em verdade, importantes, para dirimir situações reais. Já se encontra tranqüila a possibilidade de Estados pactuarem sob a regência de determinado direito interno de qualquer deles ou até de um outro estranho ao pacto. Neste caso, como opina Paul Reuter²³², está-se diante de contrato e não de um tratado.

acurada leitura. “Não se conhece um único exemplo de *gentlemen’s agreement* em cujo cabeçalho os cavalheiros pactuantes tenham declarado agir a título pessoal” (Rezek, *Ob. cit.*, p.74-75).

²³⁰ *Droit international public*. 9ª edition. Paris: Dalloz, 1972. p.22.

Tradução livre: “Em sentido exato, o tratado internacional se define pelo procedimento utilizado para sua conclusão, vale dizer por sua forma, não por seu conteúdo”.

²³¹ *Ob.cit.*, p. 78.

²³² *Ob. cit.*, p.45.

No que se reporta à terminologia, deve-se esclarecer que não é o número de instrumentos que caracteriza a existência de um tratado internacional, em sentido estrito. Mesmo o uso das palavras *tratados* e *convenções* feito pelo constituinte brasileiro não tem o condão de criar duas realidades diferentes.²³³ Não há critério científico capaz de separar ontologicamente esses dois institutos jurídicos. J. L. Brierly²³⁴ ainda tentou diferenciar *tratado* de *convenção*, ao dizer que o primeiro era mais solene que o segundo, todavia terminou por recuar, admitindo exceções a esta regra.

O próprio Charles Rousseau²³⁵ parece ter eleito o critério de unidade de instrumento para diferenciar o tratado do *gentlemen's agreement*.

Meio de comunicação viável ao *animus contrahendi* para a celebração dos tratados internacionais é a troca de notas. Toma-se, aqui, o instituto no seu sentido estrito. Portanto, o número de instrumentos não é elemento idôneo para classificar as diversas modalidades de tratado internacional.

2. Celebração

Existente desde a Antiguidade Clássica, a celebração dos tratados é tema que se encontra umbilicalmente ligado ao desenvolvimento das estruturas ideológicas do Estado. Neste sentido é que toda razão assiste a Celso D. Albuquerque Melo,²³⁶ ao afirmar que direito é também política. E como tal o direito elaborado pelo poder tende a justificar os propósitos deste.

Note-se que, no período do absolutismo monárquico, os tratados internacionais eram celebrados pelos reis, posto que estes eram os

²³³ *Ob. cit.*, p. 83-84.

²³⁴ *Direito internacional*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1968. p. 333.

²³⁵ *Ob. cit.*, p. 22-23.

²³⁶ Os tratados na Constituição. In. *As tendências atuais do direito público*. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p.122.

verdadeiros sujeitos do Direito Internacional, e não os Estados, na observação de Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros.²³⁷ Daí proceder a inteligente observação de Mirkine-Guetzévith²³⁸ de que, até o fim do século XVIII, não se cogitava da possibilidade de tratado inconstitucional nem norma constitucional antagônica ao Direito Internacional, vez que a vontade do príncipe era absoluta.

A mudança de paradigma somente vai ter início com a elaboração da Constituição dos Estados Unidos da América, quando se estabeleceu uma divisão de atribuições na feitura dos tratados internacionais. Interessante observar que a preocupação dos norte-americanos em não transferir plenos poderes ao Executivo para celebrar tratados se justificava, pelo temor deste assumir ares de monarca.

Partindo da idéia-matriz de que os tratados internacionais obrigam o Estado na sua totalidade, os constituintes americanos entenderam dividir a responsabilidade entre o Chefe do Executivo e o Senado Federal. Vale frisar que a Câmara não participa da aprovação dos tratados internacionais, nos Estados Unidos da América. Aliás – na observação de Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros²³⁹ – esse ponto foi o mais polêmico, quando da ratificação da Constituição norte-americana pelos Estados-membros daquela federação.

Com o precedente da Constituição Americana, a Revolução Francesa patrocinou a discussão, no continente europeu, de um novo modelo para celebração dos tratados internacionais. A pedra-de-toque do modelo francês desencadeado pelas idéias iluministas era exatamente a de separação das funções do poder. Ganha relevo, aqui, o fato de continuar a França adotando a forma

²³⁷ *O poder de celebrar tratados*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. p.27. Nota, entretanto, Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros que, nesta época, os monarcas da Inglaterra e da Suécia tinham limitações no exercício de celebrar tratados internacionais, pela formação incipiente dos parlamentos de tais Estados. *Ob.cit.*, p. 39.

²³⁸ *Droit constitutionnel international*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1933. p. 97-98.

²³⁹ *Ob. cit.*, p. 52.

monarquista de poder. Assim, os defensores da atribuição de o Rei celebrar os tratados internacionais argumentavam que, se esta prerrogativa lhe fosse subtraída, não seria mais a França uma monarquia.

Por outro ângulo, os partidários da nova concepção advogavam a tese que, não sendo dado ao Rei produzir a lei doméstica, com muito mais razão não poderia celebrar tratados que comprometiam o Estado na ordem internacional.

Evidente que no cerne do debate se localiza a nova política francesa, pois o pólo de poder foi deslocado da pessoa do Rei para a vontade geral, a qual somente se efetiva por meio dos representantes do povo. Neste cenário, Antônio Paulo Cachapuz Medeiros²⁴⁰ sublinha inexistir – mesmo os mais ardorosos simpatizantes do monarca – a defesa da tese de deter o Rei poder absoluta para celebrar os tratados internacionais.

Após denso debate, decidiu a Constituinte francesa trilhar solução análoga à americana, e estabelecer atribuições conjuntas ao Rei e ao Parlamento na celebração dos tratados internacionais. Nessa perspectiva, a autoridade do monarca precisa ser legitimada pelo Parlamento.

Buscou-se até aqui estabelecer a importância da celebração como mecanismo capaz de denunciar a arquitetura do Estado e a relação deste com seus súditos. Em assim, deve-se perceber de modo clarividente que o estudo dos tratados internacionais não está localizado apenas no âmbito do Direito Internacional Público, mas compõe objeto de estudo do Direito Constitucional, na medida em que seus efeitos comprometem o Estado nas suas órbitas interna e internacional.

Não se discute ser a celebração dos tratados internacionais exercício da soberania dos Estados. Exatamente por tal motivo, têm as

²⁴⁰ *Ob.cit.*, p. 60.

Constituições se ocupado em disciplinar o modo se verifica a participação popular em tão solene ato.

É tão notável a importância do tratado internacional na contemporaneidade, que a ordem mundial dispõe de Convenções específicas sobre o modo de sua celebração.²⁴¹

Paul Reuter²⁴² percebeu com acuidade que o termo *tratado* designa a um só tempo o ato jurídico e a norma dele decorrente. Talvez melhor fosse falar em *negócio jurídico* para ressaltar a concorrência de vontades presente na sua confecção. É verdade que J. L. Brierly²⁴³ afirma pela validade de tratados internacionais celebrados por meio da força, tal qual ocorre quando os vencedores de uma guerra obrigam os vencidos. Não obstante, o próprio Brierly faz notar que o pacto imposto pela coação tem apenas aparência exterior de tratado internacional, dele se afastando pela ausência do aspecto volitivo.

Em sendo ato jurídico, em sentido amplo, deve o tratado internacional se reverter dos requisitos necessários à validade desta categoria normativa: capacidade das partes, consentimento mútuo, objeto lícito e possível. Evidente que, para se celebrar os tratados, exige-se ainda a habilitação dos agentes signatários e a ratificação. Não obstante, em essência, a habilitação dos agentes é mera formalização do requisito de capacidade das partes, como o é a ratificação face à formação do consentimento.

²⁴¹ Inicialmente, em 20 de fevereiro de 1928, em Havana, por ocasião da Sexta Conferência Internacional Americana, foi celebrada uma Convenção sobre Tratados. Tal documento foi ratificado por alguns países da América Latina. Em 1969, a Conferência das Nações Unidas patrocinou a aprovação da Convenção de Viena, que disciplinou a celebração de tratados entre os Estados. Finalmente, em 1986, também em Viena, aprovou-se outra Convenção, desta feita visando à celebração dos tratados entre os Estados e Organizações Internacionais, e entre estas últimas. É de se ressaltar que, em todas essas oportunidades, o Brasil sempre esteve presente, demonstrando seu interesse no encaminhamento diplomático no relacionamento dos povos.

²⁴² *Ob. cit.*, p. 33.

²⁴³ *Ob. cit.*, p.325.

Pretende-se, portanto, estudar neste capítulo os trâmites pelos quais passam os tratados em direção à sua perfeita formalização. Deve-se ocupar de todos os passos que o documento internacional percorre: desde as negociações entabuladas entre os Estados, passando pela sua entrada em vigor, chegando-se até seu término de vigência.

2.1. Negociações

As negociações constituem o primeiro movimento em direção à formalização jurídica do pacto transnacional.²⁴⁴ Pode-se dizer que esta fase encontra-se no substrato metajurídico, vez que tem por fundamento a conveniência política do Poder Executivo de cada Estado. Na seara dos Estados é ao chefe do Poder Executivo que toca a atribuição de ponderar sobre a viabilidade de iniciar as negociações, visando à formação de tratado internacional.

Estando inserido no contexto político, as negociações preliminares não recebem um protocolo pré-estabelecido e os sujeitos internacionais capazes de celebrar tratados²⁴⁵ dispõem, portanto, de liberdade plena para entabular as conversações. E, em tal âmbito, entram em cena toda habilidade e talento diplomático dos Estados e Organizações Internacionais, como bem nota Sergio Mourão Corrêa.²⁴⁶

Não obstante, por discernimento lógico-elementar, as negociações precederem a formalização do ato jurídico contido no tratado internacional, elas não deixam de ter interesse para o mundo do direito. Neste

²⁴⁴ A formação dos tratados “é o estudo do processo legislativo no plano do direito internacional público”, na lição de Francisco Rezek (*Ob. cit.*, p.185)

²⁴⁵ Não mais se discute que além dos Estados, os organismos internacionais também dispõem de capacidade para celebrar tratados. Tal situação tornou-se ainda mais pacificada com o advento da Convenção de Viena de 1986.

²⁴⁶ *Tratados internacionais no Brasil e integração*. São Paulo: LTr, 1998. p.21-22.

particular observou Pierre Vellas²⁴⁷ que as negociações podem ajudar na interpretação dos tratados, podendo tornar-se instrumentos válidos para completar disposições insuficientes.

Durante o processo de negociações, sequer existem normas costumeiras obrigatórias a serem observadas. Por evidente que há certas práticas internacionais que são habitualmente observadas, apesar de não haver força cogente, como ocorre com os tratados bilaterais, que se iniciam, via de regra, por nota diplomática.

Sendo o chefe do Poder Executivo aquele que apresenta a soberania do Estado, cabe a ele entabular negociações para elaborar tratados internacionais. Todavia, não é de bom alvitre que o faça pessoalmente, pois tal poderia impregnar a negociação de grande expectativa, nem sempre confirmada, por questões políticas que influenciam a aprovação do pactuado pelo Poder Legislativo. Seguramente, é neste sentido que Charles Rousseau²⁴⁸ afirma que, neste caso, o Chefe de Estado teria *irresponsabilité constitutionnelle*, já que dependeria da aprovação do Parlamento para aprovação daquilo que fora negociado.

Utilizam-se os Estados, costumeiramente, dos denominados plenipotenciários, que são agentes portadores de plenos poderes conferidos pelo Chefe de Estado para entabular as negociações, a fim de viabilizar a celebração dos tratados. Registra Mariângela Ariosi²⁴⁹ que o instituto dos plenos poderes alcançou o palco das relações internacionais durante o Renascimento, por volta de 1303 sofrendo a influência do *Corpus Juris Civilis*. Trata-se, portanto, de uma categoria jurídica que se forjou a partir do direito civil.

²⁴⁷ *Institutions internationales*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1967. p.103.

²⁴⁸ *Ob.cit.*, p.27.

²⁴⁹ *Conflitos entre tratados internacionais e leis internas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 130.

Por excelência, ocupa esta posição o ministro das Relações Exteriores, em qualquer sistema de governo. E, como lembra Francisco Rezek,²⁵⁰ o ministro é investido de tal atribuição a partir de sua posse, guardando essa presunção enquanto ocupar o cargo. Não é necessário, portanto, que o ministro das Relações Exteriores se faça munir de carta de plenos poderes para negociar em nome do Chefe do Estado ao qual serve.

Via de regra, a negociação visando à feitura do tratado internacional é conduzida pelo ministro das Relações Exteriores, auxiliado pelos agentes diplomáticos e técnicos versados no assunto em pauta.

Apesar de Charles Rousseau²⁵¹ distinguir duas formas de negociação diferentes, para os tratados bilaterais e para os tratados multilateral, fato é que as mudanças de peculiaridades não chegam a desnaturar a essência do processo negocial em ambas situações, na dicção de Francisco Rezek.²⁵²

A diferença básica nas negociações de tratados bilaterais e multilaterais reside no fato de que a negociação para elaboração desta última espécie se dá no seio de uma conferência diplomática internacional. E para facilitar os trabalhos, tornou-se comum, em tais conferências, partir-se de um projeto de tratado que dar base às discussões. É evidente que muitas vezes o tratado aprovado quase nada guarda do seu anteprojeto.

Digno de nota, neste particular, são os tratados celebrados no interior das organizações internacionais. A peculiaridade marcante desse foro de produção dos tratados é o seu funcionamento permanente. Todavia, o processo negocial é basicamente aquele dispensado aos tratados internacionais multilaterais.

²⁵⁰ *Ob. cit.*, p. 207.

²⁵¹ *Ob. cit.*, p. 27.

²⁵² *Ob. cit.*, p. 207.

Interessante, ainda, notar a existência de tratados internacionais celebrados com negociação reduzida, quando não totalmente suprimida. Tais casos ocorrem devido à tecnicidade da matéria. Nestes casos – como bem diz Francisco Rezek²⁵³ – o tratado está incólume a qualquer crítica de cunho político, posto que não há em debate interesses particulares dos Estados. Dá-se como exemplo de tal situação a Convenção Interamericana de Direito Internacional, da qual nasceu o denominado Código Bustamante. “d”

2.2. Assinatura

Terminada a fase das negociações, tem-se o texto do tratado estabelecido. E é exatamente a assinatura que marca a conclusão dessa etapa. Mas, como observa Paul Reuter, “*la signature ne lie pas encore définitivement les Etats.*”²⁵⁴ É verdade que o jurista francês reconhece que o ato internacional pode vincular em caso de acordo em forma simplificada. Tal instituto é definido por Francisco Rezek como “acordo bilateral, sobre matéria de importância limitada, que se perfaz mediante procedimento breve, sob a forma da troca de notas, envolvendo apenas o ramo executivo formal dos chefes de Estado.”²⁵⁵

Antônio Paulo Cachapuz Medeiros, no tocante à possibilidade dos acordos de forma simplificada, classifica as Constituições em três categorias: aquelas que os admitem expressamente, as que listam os tratados que podem e os que não se permite sejam assim celebrados, e aquelas que proíbem essa modalidade de celebração.²⁵⁶

²⁵³ *Ob.cit.*, p. 238-239.

²⁵⁴ *Droit international publique*. Paris: Press Universitaire de France, 1958. p.50.

²⁵⁵ *Ob. cit.*, p.129.

²⁵⁶ *Ob. cit.*, p. .227-239. Não se vai, nesse momento, discutir o caso brasileiro, que ficará para a segunda parte do trabalho. Afinal, está-se em sede de teoria geral da matéria.

A pedra-de-toque dos acordos de forma simplificada consiste em se reconhecer possível a celebração do ato internacional sem interferência do Poder Legislativo, onde a própria assinatura já representa a ratificação.

E nesse sentido inovador, portou-se a Convenção de Viena de 1969 ao estabelecer que a assinatura pode finalizar a celebração do tratado, fazendo desencadear a partir dela todos os seus efeitos jurídicos.²⁵⁷

Deve-se, contudo, frisar que a literatura jurídica antes da Convenção de Viena de 1969 já admitia a responsabilidade internacional do Estado “*par une signature donnée à légèrè, c’est-à-dire non suivie de ratification*”, na dicção de Pierre Vellas. Mas o mesmo Pierre Vellas contesta essa linha de admissibilidade, ao afirmar que tal prática contraria o princípio da soberania que não obriga o Estado a ratificar os tratados assinados. Logo, fazer com que a assinatura do tratado tenha o poder de produzir obrigação ao Estado demonstra incoerência nas relações jurídicas internacionais. O que Vellas²⁵⁸ admite é a

²⁵⁷ Art.12. Consentimento em obrigar-se por um tratado manifestado pela assinatura. 1. O consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado manifesta-se pela assinatura do representante desse Estado:

a) quando o tratado dispõe que a assinatura terá esse efeito;
 b) quando se estabelece, de outra forma, que os Estados negociadores acordaram em dar à assinatura esse efeito; ou efeito à assinatura decorre dos plenos poderes de seu representante ou foi manifestada durante a negociação.

2. Para os efeitos do parágrafo 1:

a) a rubrica de um texto tem o valor de assinatura do tratado, quando fica estabelecido que os Estados negociadores nisso acordaram;
 b) a assinatura *ad referendum* de um tratado pelo representante de um Estado quando confirmada pelo seu Estado, vale como assinatura definitiva do tratado.

A propósito, Valério de Oliveira Mazzuoli afirma que, durante as negociações da Convenção de 1969, muitos foram os Estados que se levantaram contra o teor do presente dispositivo, alegando exatamente que tal representaria exclusão do Poder Legislativo na celebração dos tratados. Apesar das manifestações em sentido contrário, o texto normativo acabou por ser aprovado tal como aqui reproduzido. *Ob. cit.*, p. 45.

²⁵⁸ *Ob. cit.*, p. 114. É evidente que a concepção da literatura jurídica era obrigar o Estado pela mera assinatura do tratado sem que o mesmo tenha sido ainda ratificado. Note-se que essa corrente de pensamento não advoga a exclusão da ratificação como fase necessária à celebração do tratado internacional. Apenas afirma que a assinatura, por si só, já é capaz de desencadear a responsabilidade do Estado na ordem internacional. Coisa diversa diz a

possibilidade da ratificação produzir efeitos jurídicos a partir da data da assinatura do tratado.

Diante do que diz o artigo 12 da Convenção de Viena, cabe ao Estado, a partir dos ditames de sua ordem interna, avaliar a viabilidade de a assinatura possuir o condão de formalizar, em definitivo, o tratado.

É exatamente nesta esteira de raciocínio que escreve Rezek:

Nem sempre o efeito jurídico da assinatura de uma e outra das partes, no tratado bilateral, vem a ser o mesmo. São muitos os casos em que, ao término da negociação a dois, o representante de uma das partes exprime – porque a tanto autorizado por seu governo e, sobretudo, pela ordem jurídica interna que o subordina – o consentimento definitivo em relação ao pacto, enquanto que o representante da outra parte só se vê habilitado a lançar, ali mesmo, uma assinatura prestável para formalizar o desfecho da negociação e autenticar o texto combinado. O tratado bilateral, em semelhante caso, terá sido objeto do consentimento definitivo de uma das partes, e o aperfeiçoamento do vínculo contratual estará a depender da ratificação da outra parte.²⁵⁹

Tradicionalmente, porém, a assinatura é mera formalidade que reconhece autenticidade ao texto fruto das negociações entabuladas. Nestes termos, a assinatura significa tão somente “o aceite precário e provisório ao

Convenção de Viena ao dar a assinatura a função de formalização do tratado, excluindo a necessidade de ratificação. Ou por outra a assinatura, nos casos elencados pela Convenção, já seria ratificação. Sumária, é verdade. Mas ratificação.

²⁵⁹ Direitos dos tratados, ob. cit., p.260.

tratado”, na expressão de Valério de Oliveira Mazzuoli.²⁶⁰ Neste mesmo sentido, o pensamento de Louis Delbez,²⁶¹ que, mesmo ponderando a possibilidades de os agentes deterem atribuições para vincular o Estado, lembra que até no período monárquico a ratificação era ato freqüente no direito internacional.

Apenas para complementar o raciocínio de Lous Delbez, deve-se dizer, na companhia de Celso de Albuquerque Mello,²⁶² que, na época do absolutismo, a assinatura tinha importância vital, exatamente pelo fato de vincular a ratificação ao acordado pelo plenipotenciário. O monarca somente poderia negar ratificação ao tratado, caso o plenipotenciário tivesse extrapolado das atribuições conferidas.

Mas, a partir do século XVIII, com o assentamento das idéias iluministas da tripartição funcional do Poder, a expressão legislativa do Estado passou a ocupar papel primordial na celebração dos tratados e, por via de conseqüência, a ratificação tornou-se ato discricionário. Em assim, a assinatura limitou-se tão-só a dar autenticidade ao texto negociado.

Mesmo com as inovações promovidas pela Convenção de 1969, a assinatura, com a ressalva dos acordos em forma simplificada, continua sendo ato que apenas encerra a fase das negociações, posto que nos tratados mais importantes as Constituições não prescindem da participação do Parlamento na celebração do ato internacional. Daí ainda continuar válida – ao menos no âmbito da regra geral – a lição de Paul Reuter,²⁶³ para quem a assinatura é caracterizada por certa solenidade, mas perdeu muito de sua importância desde que os Estados passaram a se compromissar, em definitivo, pela troca de ratificações.

²⁶⁰ Tratados internacionais, ob. cit., p.43.

²⁶¹ *Manuel de droit international public*. 2 éditon. Paris: Librairie General de Droit et de Jurisprudence, 1951. p.203.

²⁶² *Curso de direito internacional público*. 12ª ed. 1º v. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 214.

²⁶³ *Droit international public*, ob.cit., p. 50.

Aposta a assinatura, o texto é estabelecido sem possibilidades de mudanças, somente se permitindo ao Estado apresentar reservas ao texto negociado.²⁶⁴

Já que a assinatura tem o condão de estabelecer o texto definitivo dos tratados, os Estados têm cuidado especial com a redação do instrumento negociado. No Brasil, por exemplo, o texto final fruto das negociações deve, antes da assinatura, ser aprovado pela Consultoria Jurídica do Itamaraty.

2.3. Ratificação

Historicamente, lembra Celso de Albuquerque Mello que o tratado de 1280 a. c. entre Ramsés II, faraó do Egito, e Hattisuli, rei dos Hititas, tem como conclusão “uma fórmula de ratificação.”²⁶⁵

²⁶⁴ A própria Convenção de 1969, celebrada em Viena, oferta o conceito de reserva, nos seguintes termos:

Art.2º Expressões Empregadas

1.Para os fins da presente Convenção:

d) “reserva” significa uma declaração unilateral, feita por um Estado, seja qual for o seu teor ou denominação, ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, com o objetivo de excluir ou o modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado em sua aplicação a esse Estado;

Para uma análise dos autores clássicos sobre a questão das reservas, V. Kane Hooloway. *Les reserves dans les traités internationaux*. Paris: Librairie Generale du Droit et de Jurisprudence, 1958. p.103-114.

²⁶⁵ *Ratificação de tratados*. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1996. p. 33.

Quando da VI Conferência Interamericana ocorrida em 20 de fevereiro de 1929, foi assinada a Convenção sobre Tratados, na cidade de Havana, cuja importância da ratificação era evidente como requisito para a obrigatoriedade dos pactos internacionais. Esta dispunha: “Artigo 5º. Os tratados não são obrigatórios senão depois de ratificados pelos Estados contratantes, ainda que esta cláusula não conste nos plenos poderes dos negociadores, nem figure no próprio tratado”. Sancionada pelo Decreto n. 5.647, de 8 de janeiro de 1929. Ratificada em 30 de julho de 1929 e promulgada pelo Decreto n. 18.956 de 22 de outubro do mesmo ano.

Já a Convenção de Viena de 1969, apesar de admitir outras maneiras de vinculação dos Estados nos pactos internacionais, continuou prestigiando a ratificação, consoante se depreende da leitura do texto do artigo 2: “1.Para os fins da presente Convenção: b)

Apesar de ser instituto de notícia remota na historiografia das relações internacionais e de importância capital para a obrigatoriedade dos pactos em tal âmbito celebrados, ainda carece o vocábulo de cuidados terminológicos, dada as distorções que o rodeiam.

Francisco Rezek²⁶⁶, apoiando-se em Arnold McNair, demonstra que o vocábulo *ratificação* é, costumeiramente, empregado em quatro sentidos diversos. A fluidez de entendimento se justifica pelo fato de ser a ratificação ato de Estado com repercussão internacional. E ademais – como se verá com mais vagar – ato, que após o século XVIII, passou a depender de aprovação do exercício legislativo do Poder. Esta apreciação do tratado pelo Poder Legislativo contribuiu ainda mais para tumultuar o conceito de ratificação.

Pela análise de Francisco Rezek,²⁶⁷ das apreciações de McNair, a alínea ‘b’ é a que mais se aproxima do exato sentido que deve ter o termo *ratificação* no âmbito da celebração dos tratados, ressalvando-se a desnecessária alusão à entrada em vigor, posto que essa situação não é ontológica ao conceito em apreço. Pode um tratado devidamente ratificado não chegar a entrar em vigor, por razões várias. E, por evidente, em tais situações não se pode questionar a validade da ratificação.

“ratificação”, “aceitação”, “aprovação” e “adesão” significam, conforme o caso, o ato internacional assim denominado pelo qual um Estado estabelece no plano internacional o seu consentimento em obrigar-se por um tratado”.

²⁶⁶ “(a) o ato do órgão estatal próprio – um soberano, um presidente, um conselho federal – que exprime a vontade do Estado de se obrigar por um tratado; isto é o que às vezes se denomina ratificação no sentido constitucional;

(b) procedimento internacional pelo qual o tratado entra em vigor, ou seja, a troca ou depósito formal dos instrumentos de ratificação;

(c) o próprio documento, selado ou de outro modo autenticado, em que o Estado exprime sua vontade de se obrigar pelo tratado;

(d) avulsa e popularmente, a aprovação do tratado pela legislatura, ou outro órgão estatal cujo consentimento possa ser necessário; este é um emprego infeliz da palavra, e deveria ser evitado” (*Ob. cit.*, p. 263-264).

²⁶⁷ *Ob. cit.*, p. 266.

Com todas essas dificuldades, não é matéria fácil definir ratificação. A propósito, traz-se, ilustrativamente, a definição apresentada por Hildebrando Accioly e Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva: “A ratificação é o ato administrativo mediante o qual o chefe de Estado confirma um tratado em seu nome ou em nome do Estado, declarando aceito o que foi convencionado pelo agente signatário”.²⁶⁸

Apesar da validade da definição ela contém duas limitações. Primeiro a expressão “em seu nome ou em nome do Estado” só pode ser válida na ótica de um pleonasma enfático, posto que o Chefe de Estado somente celebra tratado apresentando o Estado, nunca em seu nome particular. Em segundo lugar, não consegue essa definição responder – ao menos explicitamente – se a ratificação é ato interno ou internacional.

O problema em se saber se a ratificação é um ato interno ou internacional tangencia a investigação sobre a natureza jurídica dos tratados. Sobre essa última questão, B. Mirkine-Guetzévitch recepciona o pensamento de M. Chailley sintetizado nos seguintes termos: “Le traité source de règles *sui generis*, à la fois internationales et internes, communes à plusieurs Etats, demeure un acte absolument original, une *forme juridique autonome*.”²⁶⁹

Essa convivência do interno com o internacional, na formação dos tratados, tem contribuído para equívocos no que diz respeito a gênese da ratificação. Pierre Vellas, por exemplo, equivoca-se ao escrever: “La ratification est l’acte juridique interne par lequel l’Etat signataire d’un traité l’accepte

²⁶⁸ *Manual de direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 1996.p. 26.

²⁶⁹ *Ob. cit.*, p. 97.

Tradução livre: “O tratado fonte de regras *sui generis*, ao mesmo tempo internacionais e internas, comuns a vários Estados, constitui um ato absolutamente original, uma forma jurídica autônoma.”

définitivement et se considère désormais comme engagé par lui”.²⁷⁰ É verdade que, logo em seguida, Vellas bifurca a ratificação em “procédure étatique” e “procédure internationale.”²⁷¹

Francisco Rezek, ao definir ratificação, procedeu com preocupação terminológica: “Ratificação é o ato unilateral com que o sujeito de direito internacional, signatário de um tratado, exprime definitivamente, no plano internacional, sua vontade de obrigar-se.”²⁷²

Em verdade, o ato da ratificação tem dimensão internacional, na medida em que o Estado – sujeito de direito – assume personalidade de pessoa de direito público externo frente ao outro pactuante. Os efeitos do ato é que atingem a ordem interna.

Por derivação deste problema, outro surge. Confunde-se, ordinariamente, a ratificação com a aprovação do tratado por parte do Poder Legislativo. Neste equívoco parece ter incorrido Charles Rousseau, ao afirmar que a ratificação seria “*l’approbation donné au traité par les organes internes compétents pour engager internationalement l’Etat*”²⁷³ A partir das idéias políticas do iluminismo, o Executivo é órgão incumbido de proceder a ratificação dos tratados, após a aprovação do Parlamento. Logo não fica difícil concluir que o Executivo – órgão responsável por vincular o Estado na órbita internacional – tão somente confirma o tratado após aprovação do Legislativo.

A confusão entre aprovação legislativa e ratificação ocorre entre os juristas brasileiros. Assim José Afonso da Silva,²⁷⁴ ao afirmar, que os

²⁷⁰ *Ob. cit.*, p.117.

²⁷¹ *Ob. cit.*, p.123-124.

²⁷² *Ob. cit.*, p.267.

²⁷³ *Ob. cit.*, p.31.

Tradução livre: “a aprovação dada ao tratado pelos órgãos internos competentes para vincular internacionalmente o Estado”.

²⁷⁴ *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo Malheiros, 2000. p.195.

tratados internacionais são ratificados pelo decreto do presidente da República. Valério Mazzuoli de Oliveria vislumbrou o equívoco declinando que a ratificação é ato eminentemente externo “levado a efeito pelas estritas regras do direito internacional público.”²⁷⁵ Neste particular, vale registro a seguinte passagem de Francisco de Assis Maciel Tavares:

*Hodiernamente, a grande maioria das Constituições refere-se à assinatura como ato do Executivo, e à ratificação como ato do Legislativo, tendo em vista que este autoriza ao Executivo a manifestar-se de forma definitiva no consentimento do Estado em obrigar-se pelo tratado.*²⁷⁶

Para tumultuar ainda mais a terminologia entre *aprovação* legislativa e *ratificação*, Charles Rousseau²⁷⁷ utiliza-se da expressão “*reglementation interne de la ratification*” para classificar em três os sistemas constitucionais que se ocupam desse ato: o sistema da competência exclusiva do executivo, aquele da competência exclusiva do legislativo e o da competência partilhada entre o executivo e o legislativo.

A expressão “*partage de compétences entre l'exécutif et le législatif*” utilizada por Charles Rousseau gera tumulto terminológico, na medida em que, neste caso, confunde-se *aprovação* com *ratificação*. Nesta espécie de sistema, cabe ao Executivo ratificar os tratados internacionais. Acontece, porém, que a ratificação somente será possível se houver a aprovação do tratado internacional pelo Parlamento. Mas de nenhum modo, o Corpo Legislativo participa da ratificação, posto ser este ato privativo do Poder Executivo.

²⁷⁵ *Ob. cit.*, p. 45.

²⁷⁶ *Ratificação de tratados internacionais*. Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 2003. p.32.

²⁷⁷ *Ob.cit.*, p.35-38.

Francisco Rezek²⁷⁸, sutil quanto exato, vislumbra um elo entre a *aprovação* e a *ratificação* que forma o “poder de comprometer o Estado no plano internacional”. Vale dizer: a *aprovação* do Parlamento é ato autônomo que condiciona a realização de outro ato, a *ratificação*. Esta – apesar de ser ato formalmente novo frente àquele – não pode ser proferida sem aquela. Logo, a aprovação do Parlamento ajuda a formar a vontade do Estado frente à ordem internacional. Mas a declaração da vontade estatal cabe ao Poder Executivo.

Deve-se, portanto, saber que a aprovação do Parlamento não é uma etapa do ato de ratificação. Esta é ato único de atribuição exclusiva do Executivo, mesmo no sistema de ‘competência partilhada entre o Executivo e o Legislativo’, na formulação de Charles Rousseau.

Neste mesmo equívoco terminológico contribui Mirkin-Guetzévitch,²⁷⁹ quando afirma que os textos constitucionais modernos tendem a limitar o Poder Executivo na sua competência de ratificação, na medida em que este necessita da aprovação do Parlamento para desempenhar este mister. A rigor, não se limita tal competência, posto que continua na seara do Executivo. O que verdadeiramente se limitou após o século XVIII foi o poder de o Executivo celebrar tratados sem aprovação do Legislativo.

E o fundamento político para a participação do Parlamento na formação da vontade estatal está em que “se faça efetivo o princípio da soberania popular no domínio da política externa, até o limite permitido pela natureza da sociedade internacional”,²⁸⁰ na apreensão de Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros.

Fique-se acertado no seguinte: a celebração de um tratado compreende, via de regra, dois momentos: a *aprovação* e a *ratificação*. Aquela de

²⁷⁸ *Ob. cit.*, p. 287.

²⁷⁹ *Ob. cit.*, p. 97.

²⁸⁰ *Ob. cit.*, p. 171.

competência do Parlamento; esta, do Executivo. Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros²⁸¹ traz a seguinte lição ao tema: “Portanto, os órgãos legislativos não ratificam tratados internacionais. Apenas os examinam, dando ou não o seu assentimento, total ou parcialmente, segundo os diferentes sistemas constitucionais.”

A maior prova da desvinculação formal entre os atos de *aprovação* e *ratificação* é a discricionariedade que caracteriza ambos. A decisão do Parlamento em aprovar ou não o tratado é eminentemente política.

De igual modo, a ratificação pode ser negada a um tratado devidamente aprovado pelo Parlamento. Ora, se a ratificação somente pode ser realizada com a aprovação do Parlamento, esta não lhe exerce vinculação no sentido negativo. Exatamente Charles Rousseau²⁸² confere poder discricionário à ratificação ao afirmar: “*Ce refus de ratification pourra être un acte politiquement inopportun ou inamical; juridiquement, il ne sera pás illicite.*”

Acertado ser a *ratificação* ato discricionário,²⁸³ deve-se atentar para o fato de ter também a característica da irretratabilidade. Tal característica é válida em qualquer hipótese. Dois blocos de situações podem ocorrer. Num primeiro, tem-se que um dos Estados aguarda a ratificação da outra parte (pactos bilaterais) ou quando se aguarda o quórum mínimo de ratificações (pactos multilaterais). No segundo bloco hipotético, os Estados já ratificaram o documento, aguardando-se tão-somente um lapso temporal previsto para a entrada em vigor.

²⁸¹ *O poder legislativo e os tratados internacionais*. Porto Alegre: L&PM editora, 1983. p.46.

²⁸² *Ob. cit.*, p.34. Em favor da verdade, deve-se registrar que em determinados casos a ratificação não pode ser negada, quando esta tenha ficado condicionada tão-somente à aprovação do Parlamento. Tal se deu no tratado de extradição brasileiro-peruano celebrado em 1919, com o seguinte teor: “Art.XX – (O presente tratado) Será ratificado, e as ratificações trocadas no Rio de Janeiro, ou em Lima, dentro de dois meses seguintes à aprovação pelos Congressos Legislativos das altas partes contratantes (V. Rezek, *Ob. cit.*,p. 271).

Neste última hipótese, pode-se invocar o princípio *pacta sunt servanda* consagrado no Direito Internacional Público, vez que o tratado internacional se encontra plenamente formalizado por todos os partícipes. Daí resultar cristalina a compreensão de ser irretratável a ratificação proferida.

Não obstante, no primeiro bloco não se pode invocar tal princípio, pelo fato de inexistir a formalização do pacto por todos os participantes. Neste caso, os princípios da boa-fé e da segurança jurídica sustentam a tese de irretratabilidade da ratificação. Observe-se que é sustentável a responsabilidade do Estado no plano internacional, neste caso, porque já houve a ratificação. Diferente é a hipótese aventada por Paul Reuter ao sustentar ser possível a responsabilidade do Estado no espaço de tempo existente entre a assinatura e a ratificação, visto que “*les Etats ne peuvent pas agir de mauvesaise foi*”²⁸⁴ Sendo a ratificação ato que por excelência vincula o Estado no plano internacional, não pode subsistir responsabilidade sem seu concurso.

Importante, ainda, frisar que a ratificação não se presume: deve ser expressa. A própria formalidade do ato exige tal característica. Apesar de ser prática reiterada no Direito Internacional Público a forma escrita da ratificação, Francisco Rezek²⁸⁵ advoga pela possibilidade desta ser consumada oralmente, quando, por exemplo, declarada num encontro público de Chefes de Estado. Há de se notar que na práxis diplomática, a documentação da ratificação tem sido a tônica, exigindo-se a forma escrita para sua formalização.

Tema tortuoso em sede de literatura jurídica é a possibilidade ou não de se ter ratificação condicional. Pela negativa posiciona-se Celso D. de

²⁸³ A propósito de ato discricionário, V. Celso Antonio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 393-400.

²⁸⁴ *Ob. cit.*, p. 51.

²⁸⁵ *Ob. cit.*, p. 279.

Albuquerque Mello,²⁸⁶ ao afirmar que um Estado não pode, unilateralmente, alterar o conteúdo do tratado internacional. Em defesa de seu pensamento, invoca o autor a Convenção de Havana de 1928. Em posição diametralmente oposta, encontra-se Francisco Rezek, que, implicitamente estribado na Convenção de Viena de 1969, afirma existir incompatibilidade entre o consentimento e condicionalidade. Textualmente escreve:

Se, desejosa de que o tratado só vingue quando vestido de alguma expressão dimensional, a coletividade pactuante estabelece que sua entrada em vigor ocorrerá quando reunidos, por exemplo, trinta instrumentos de ratificação em mãos do depositário, resulta claro que os primeiros Estados ratificantes implicitamente condicionam a operatividade de seu consentimento ao alcance daquele quorum, a nenhum deles podendo ser reclamada antes desse evento, e à conta de sua ratificação precoce, a fiel observância do dispositivo convencional.²⁸⁷

É verdade que o texto da Convenção de Viena de 1969 condiciona, em determinados casos, a entrada em vigor do tratado ao número

²⁸⁶ Ratificação de tratados, ob.cit., p.135. Esta obra foi publicada em 1966. Todavia a posição do autor continua exatamente a mesma. Veja-se a propósito seu *Curso de direito internacional público*. 12^a ed. 1^o v. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.220. A Convenção de Havana dispunha com precisão sobre o tema: “Artigo 6^o. A ratificação deve ser dada sem condições e abranger todo o tratado. Será feita por escrito, de conformidade com a legislação do Estado.

Se o Estado que ratifica faz reservas ao tratado, êste entrará em vigor, desde que, informada dessas reservas, a outra parte contratante as aceite expressamente, ou, não as havendo rejeitado formalmente, execute atos que impliquem a sua aceitação.

Nos tratados internacionais celebrados entre diversos Estados, a reserva feita por um deles, no ato da ratificação, só atinge a aplicação da cláusula respectiva, nas relações dos demais Estados contratantes com o Estado que faz reserva”.(mantida ortografia original)

²⁸⁷ *Ob. cit.*, p. 273.

mínimo de ratificações.²⁸⁸ Mas é preciso notar que o caso é de condição suspensiva quanto à entrada em vigor do tratado. A ratificação não foi dada em caráter condicional. Tanto que se as ratificações exigidas para a entrada em vigor do tratado forem ofertadas, opera-se, quanto aos primeiros Estados ratificantes, a impossibilidade da retratação. E por quê? Exatamente pela plena validade da ratificação. Ademais, a ratificação é ato unilateral, significa isto dizer que sua validade independe de qualquer ato do outro pactuante. Não se pode, pois, afirmar pela possibilidade de ratificação condicional com respaldo no artigo 84 da Convenção de Viena.

Charles Rousseau²⁸⁹ dá o exato sentido da ratificação condicional, ao afirmar que esta acontece quando o Estado signatário subordina a ratificação à realização de um ato político determinado. Desse modo, a lei francesa de 6 de dezembro de 1956 autorizou a celebração do Tratado de Amizade e de Boa Vizinhança com a Líbia desde que a troca de ratificações fosse precedida da delimitação da fronteira entre a Argélia e aquele país.

Para contemplar as hipóteses em que o Estado faz restrições em ratificar o tratado internacional pela existência de determinadas cláusulas, o Direito Internacional produziu o instituto das reservas. Frise-se, de logo, que as reservas podem se dirigir tanto ao texto expresso, quanto à prevenção de uma possível interpretação de determinado dispositivo. Exatamente pela dicotomia de seu objeto, é que a reserva não tem sido encarada de modo pacífico na órbita da literatura jurídica. Neste sentido, e para os limites do objeto central do presente

²⁸⁸ “Artigo 84 – Entrada em vigor – 1. A presente Convenção entrará em vigor no trigésimo dia que se seguir à data do depósito do trigésimo quinto instrumento de ratificação ou adesão.
2. Para cada Estado que ratificar a Convenção ou a ela aderir após o depósito do trigésimo quinto instrumento de ratificação ou adesão, a Convenção entrará em vigor no trigésimo dia após o depósito, por esse Estado, de seu instrumento de ratificação ou adesão.

²⁸⁹ *Ob. cit.*, p. 34.

trabalho, parece razoável invocar a definição de reserva formulada pela Convenção de Viena.²⁹⁰

Deve-se, contudo, alertar que o instituto da reserva somente subsiste nos tratados internacionais multilaterais. Nos tratados bilaterais, no momento da ratificação a vontade das partes deve estar em perfeita harmonia e a possibilidade de reserva reabriria as negociações, que, neste momento, já é fase mais que exaurida.

Note-se que o poder do Estado exercer a reserva não é ilimitado. A esse respeito a Convenção de Viena foi categórica.²⁹¹ E por tal postura G. E. do Nascimento e Silva²⁹² considerou que neste instante foi dado um passo decisivo na evolução do Direito Internacional.

Apesar de já ser dispensável em muitos atos internacionais, continua sendo a ratificação o meio clássico de se vincular o Estado na órbita externa, nos tratados de maior envergadura. Tal constatação contraria todos aqueles que apostaram na decadência da ratificação.

²⁹⁰ Veja-se a propósito de tal polêmica Celso de Albuquerque Mello. *Ob. cit.*, p. 138. Dispõe a Convenção de Viena de 1969:

“Artigo 2 – Expressões empregadas – 1. Para os fins da presente Convenção:

d) “reserva” significa uma declaração unilateral, qualquer que seja a sua redação ou denominação, feita por um Estado ao assinar, ratificar, confirmar formalmente, aceitar ou aprovar um tratado ou a ele aderir, com o objetivo de excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado em sua aplicação a este Estado”

²⁹¹ Dispõe a Convenção de Viena: “Artigo 19 – Formulação de Reservas – Um Estado pode, ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, formular uma reserva, a não ser que:

a) a reserva seja proibida pelo tratado;
b) o tratado disponha que só possam ser formuladas determinadas reservas, entre as quais não figure a reserva em questão; ou
c) nos casos não previstos nas alíneas **a** e **b**, a reserva seja incompatível com o objeto e a finalidade do tratado.

²⁹² *Conferência de Viena sobre o Direito dos Tratados*. Brasília: Ministério das Relações Exteriores, 1971. p.68 (mantida ortografia original)

3. Entrada em vigor

Aperfeiçoado o tratado internacional, o próximo passo é sua entrada em vigor. Tem-se por comum um prazo entre esses dois momentos. Tal lapso temporal tem a mesma natureza do *vacatio legis* inerente à produção legislativa doméstica. Daí se dizer Rezek que “o nascimento do tratado, enquanto ato jurídico, consuma-se antes de sua vinda à luz como norma jurídica.”²⁹³

Sem dúvida que o acordo formal entre os pactuantes é ato jurídico criador da norma internacional. É muito tênue tal distinção, tanto que Paul Reuter observa: “*Le terme même de ‘traité’ designe donc à la fois l’acte et son resultat la norme*”²⁹⁴ De tal maneira, não se podem dissociar os dois elementos que compõem o tratado: o ato jurídico formal e a norma que dele deriva.

Diferentemente do âmbito interno – onde o caráter normativo da lei é mais visível que o ato jurídico de sua elaboração – o conceito de tratado internacional hipertrofia a importância do ato solene em detrimento da norma que daí deriva. No magistério de Francisco Rezek, a própria Convenção de Viena²⁹⁵ incorreu nesta omissão.

A preocupação em se demarcar que o tratado internacional encerra uma norma tem por objetivo justificar o estudo de sua entrada em vigor.

²⁹³ *Ob. cit.*, p. 359.

²⁹⁴ *Ob. cit.*, p.33.

Tradução livre: “O próprio termo tratado designa portanto ao mesmo tempo o ato e seu resultado, a norma”.

²⁹⁵ *Ob. cit.*, p.73. A rigor, dispõe o artigo 2º, 1, alínea a:

“Artigo 2. Expressões empregadas. 1. Para os fins da presente Convenção:

a) “tratado” significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica.”

Note-se que a definição prestigia o caráter formal do ato, sem se reportar aos efeitos jurídicos que este desencadeia. É de domínio comum saber que o ato jurídico produz efeitos, mas deveria o legislador tem o cuidado de ao menos enfatizar, sobretudo levando-se em conta que o tratado é uma fonte *sui generis* no domínio do direito.

Francisco Rezek²⁹⁶ percebe, para os tratados, dois sistemas de entrada em vigor: o de vigência contemporânea do consentimento e o da vigência diferida.

Em síntese apertada, pode-se dizer que, pelo sistema de vigência contemporânea do consentimento, ocorrendo este – que via de regra é atribuição do Parlamento –, o contrato entra simultaneamente em vigor. Neste caso inexistente *vacatio*, posto não se observar um lapso temporal entre a aprovação (consentimento) e a ratificação. A rigor, nestes casos, o consentimento substitui a ratificação, sendo-a em essência.

Já no sistema da vigência diferida, desde que se encontre o vínculo internacional formalizado, exige-se certo lapso temporal para a entrada do tratado em vigor. Como acentua Rezek, tal prazo permite que o tratado seja conhecido no interior do Estado, além de ser possível fazer coincidir a vigência nos planos interno e internacional. Quando inexistente tal prazo (vigência contemporânea ao consentimento), o Estado obriga-se primeiramente no plano internacional, com desconhecimento operacional no seu domínio interno, por parte dos súditos e mesmo por agentes políticos, como são os membros da magistratura local.

O termo inicial no sistema da vigência diferida é o alcance do quórum previsto no próprio tratado a contar dessa última ratificação. Deve-se declinar que o quórum nem sempre tem valor simplesmente numérico. Pode existir o quórum qualificado. Nesta hipótese, o tratado entra em vigor desde que determinados Estados o ratifiquem. Francisco Rezek²⁹⁷ lembra que a Carta das Nações Unidas previu sua entrada em vigor para quando se reunissem as ratificações da China, França, URSS, Reino Unido e Estados Unidos, e da maioria dos outros Estados signatários.

²⁹⁶*Ob. cit.*, p.361 e 365.

Nos tratados internacionais multilaterais, é mais comum o sistema de vigência diferida. Não obstante, Francisco Rezek²⁹⁸ faz notar que, nos denominados tratados internacionais restritivos (aquele com limitado número de pactuantes), é possível se estabelecer que, dada a ratificação, entre o pacto internacional imediatamente em vigor.

Estabelecidos os dois sistemas de entrada em vigor dos tratados, cabe analisar duas situações especiais: a questão das cláusulas finais e o problema da vigência provisória.

Para Paul Reuter, cláusulas finais são aquelas que tratam essencialmente das condições sobre as quais o ato jurídico produzirá seus efeitos. “*Ce sont de clauses qui ne touchent pas les normes de fond*”, na síntese do jurista francês.²⁹⁹ Ocupam-se tais cláusulas do procedimento que deve ter o Estado sobre tratado ainda não vigente. Questão interessante que deriva de tal prática corrente é saber do seu fundamento jurídico. Paul Reuter afirma que fonte jurídica de tais cláusulas “*est le consentement donné dans l’adoption du texte du traité.*”³⁰⁰

Francisco Rezek elogia a redação da Convenção de Viena sobre a matéria e crítica a posição de Paul Reuter, pois este, na visão do jurista brasileiro, não consegue explicar “por que tais cláusulas presidem também a conduta do signatário tardio – até o instante em que firma o pacto – e, a do

²⁹⁷ *Ob. cit.*, p.366.

²⁹⁸ *Ob.cit.*, p.362.

²⁹⁹ *Ob. cit.*, p. 78.

A Convenção de Viena disciplinou a matéria nos seguintes termos: “Artigo 24 Entrada em vigor. 4. Aplicam-se desde o momento da adoção do texto de um tratado as disposições relativas à autenticação de seu texto, à manifestação do consentimento dos Estados em obrigarem-se pelo tratado, à maneira ou à data de sua entrada em vigor, às reservas, às funções de depositário e aos outros assuntos que surjam necessariamente antes da entrada em vigor do tratado.”

³⁰⁰ *Ob. cit.*, p.78.

Tradução livre : “é o consentimento dado na adoção do texto do tratado”

aderente, que não o firma em momento algum”.³⁰¹ Entende Francisco Rezek que o fundamento jurídico para a questão está no costume internacional, com base no qual as cláusulas finais advêm do hábito de os Estados as observarem “à margem da vigência do texto de que faz parte.”³⁰² Em assim, o Estado se obriga a cumprir as normas protocolares, sem ter ainda ofertado seu aceite na questão de mérito disciplinada pelo tratado internacional.

Já na vigência provisória, o núcleo normativo do tratado produz todos os seus efeitos. Claro que esta vigência pode ser de todo o tratado ou de parte dele.³⁰³ É evidente que esta prática se justifica em situações em que o Executivo de cada um dos pactuantes não pode se vincular definitivamente na ordem externa.

Testemunha G. E. do Nascimento e Silva³⁰⁴ que houve muita polêmica durante a discussão sobre o instituto da vigência provisória. O próprio autor entendeu que tal prática seria de difícil aplicação nos países, como o Brasil, que exigem aprovação parlamentar para entrada em vigor dos tratados. Recorda o Chefe da delegação brasileira à Conferência sobre o Direito dos Tratados que representantes dos países hispano-americanos declinaram que o dispositivo era inaceitável por colidir com as suas constituições. Atesta, ainda, o Diplomata brasileiro que o representante da Costa Rica chegou a afirmar que seu país reconhecia o primado da Constituição sobre os atos internacionais.

³⁰¹ *Ob. cit.*, p. 367.

³⁰² *Ob. cit.*, p.368.

³⁰³ A Convenção de Viena de 1969 assim disciplina a matéria: “Artigo 25 Aplicação Provisória. 1. Um tratado ou uma parte do tratado aplica-se provisoriamente enquanto não entra em vigor, se:

a) o próprio tratado assim dispuser; ou

b) os Estados negociadores assim acordarem por outra forma.

2. A não ser que o tratado disponha ou os Estados negociadores acordem de outra forma, a aplicação provisória de um tratado ou parte de um tratado, em relação a um Estado, termina se esse Estado notificar aos outros Estados, entre os quais o tratado é aplicado provisoriamente, sua intenção de não se tornar parte no tratado”.

³⁰⁴ *Ob. cit.*, p. 71.

Parece lógico que, se o Estado pode fazer cessar imediatamente os efeitos do tratado ainda dependendo de ratificação, deve-se entender que tais cláusulas não podem demandar do Estado postura irreversível, já que há a possibilidade de o Parlamento rejeitá-lo.

Apesar de ter sido reservada esta parte do trabalho para proposições gerais, não parece de todo inoportuno declinar que tal prática não recebeu o beneplácito da unanimidade entre os juristas brasileiros. Lembra Rezek³⁰⁵ a contenda existente entre Levi Carneiro e Ivo de Aquino. Tendo por palco a Constituição de 1946, ambos discordavam peremptoriamente sobre a possibilidade da vigência provisória. Levi Carneiro, consultor do Itamaraty, afirmava que tal prática era antagônica ao ordenamento vigente, vez que a Constituição exigia a participação do Congresso Nacional para viabilizar a vigência do tratado. Por outro turno, Ivo de Aquino, senador da República, observava que cabia ao Parlamento aprovar definitivamente os tratados. Logo – concluía – poderia o Executivo patrocinar a vigência provisória do tratado internacional. Rezek entende que a razão está com o senador Ivo de Aquino, pois que é dado ao Executivo celebrar tratados “*ad referendum do Congresso*”, que somente delibera para “resolver definitivamente” sobre o pactuado.

Na contemporaneidade, parece que Saulo José Casali Bahia equaciona bem o problema ao afirmar que “não há, no Brasil, qualquer possibilidade de aplicação provisória de tratado, antes que o Congresso Nacional delibere a seu respeito, no tocante a cláusulas que tragam encargos ou compromissos gravosos à nação.”³⁰⁶

Finalmente, cabe uma palavra sobre o registro dos tratados, por ser ato que guarda conexão com o instituto da entrada em vigor. Porém,

³⁰⁵ *Ob. cit.*, p.3370-372.

³⁰⁶ *Tratados internacionais no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.p. 63.

deve-se, de logo, dizer que o registro não condiciona a validade do tratado, como já foi no passado.

Como lembra Hee Moon Jo³⁰⁷ a diplomacia secreta foi o catalisador da Primeira Guerra Mundial. E, em função de tal constatação, a Sociedade das Nações passou a exigir que os tratados e compromissos internacionais fossem imediatamente registrados em seu Secretariado. Com esta atitude, vinculou-se a validade dos atos internacionais ao registro. Sem esta formalidade, o ato internacional não teria validade sequer entre os pactuantes.

Sem que a falta de registro atingisse a validade do tratado internacional, a Carta da ONU declinou, todavia, que somente a prática dessa formalidade autoriza invocar o documento frente a qualquer de seus órgãos. Significa isto dizer que um Estado não-membro da ONU pode invocar perante seus órgãos um tratado celebrado com um Estado que lhe é filiado, desde que o pacto internacional esteja naquele organismo devidamente registrado. Nota-se, inclusive, que tal postura foi confirmada pela Convenção de Viena.³⁰⁸

³⁰⁷ *Introdução ao direito internacional público*. São Paulo: LTr, 2000. p. 96. Dispunha o artigo 18 do Pacto da Sociedade das Nações: “Todo tratado ou compromisso internacional concluído no futuro por um Membro da Sociedade deverá ser imediatamente registrado pelo Secretariado e publicado por ele, logo que possível. Nenhum desses tratados ou compromissos internacionais será obrigatório antes de ser registrado”.

³⁰⁸ Dispõe o artigo 102 da Carta da ONU: “1. Todo tratado e todo acordo internacional, concluídos por qualquer membro das Nações Unidas depois da entrada em vigor da presente Carta, deverão, dentro do mais breve prazo possível, ser registrados e publicados pelo Secretariado.

2. Nenhuma parte em qualquer tratado ou acordo internacional que não tenha sido registrado de conformidade com as disposições do § 1º desse artigo poderá invocar tal tratado ou acordo perante qualquer órgão das Nações Unidas.”

Por seu turno, dispõe o artigo 80 da Convenção de Viena: “1. Após sua entrada em vigor, os tratados serão remetidos ao Secretariado das Nações Unidas para fins de registro ou de classificação e catalogação, conforme o caso, bem como de publicação.

2. A designação de um depositário constitui autorização para este praticar os atos previstos no parágrafo anterior.

Veja-se que este dispositivo tem por objetivo cientificar os outros pactuante de que determinado Estado já colocou em vigor, dentro do seu ordenamento jurídico, o tratado celebrado. Nota Valerio de Oliveira Mazzuoli (V. *Ob. cit.*, p. 63) que tal comando normativo

4. Extinção

Sob esta rubrica tem-se por intenção englobar a terminação e a dissolução como as duas espécies capazes de produzi a extinção dos tratados internacionais. A extinção, portanto, seria o gênero do qual terminação e dissolução derivam na qualidade de espécies. Ainda em face do problema terminológico, deve-se dizer, de logo, na companhia de José Francisco Rezek³⁰⁹ que não há sentido em se estudar de modo autônomo a suspensão dos tratados internacionais pelo que representa para a existência do pacto internacional.

Arnaldo D. MacNair³¹⁰ diz ocorrer a terminação, por efeito da própria norma jurídica, ao passo que a dissolução se verifica pela provocação da parte celebrante do tratado internacional. De logo, deve-se, declinar que tal distinção tem valor, sobretudo didático, vez que, no âmbito dos tratados internacionais, os atos capazes de elidir seus efeitos derivam necessariamente da vontade das partes.

Na esfera dos acordos, a expressão da vontade, para sua extinção, pode ser por resilição (expressão de uma vontade) ou resolução (comunhão de vontade). No que diz respeito aos tratados internacionais, a cessação de seus efeitos ocorre, classicamente, pela ab-rogação (ato de vontade comum) ou pela denúncia (ato unilateral).

Fica evidente o substrato volitivo na ab-rogação e na denúncia. Então os juristas, apesar de reconhecerem no estado de guerra e no princípio *rebus sic stantibus* fatores de extinção dos atos internacionais, têm o cuidado de

obriga ao registro igualmente as organizações que façam parte de um tratado, o que aliás ficou consignado na Convenção de 1986.

Como se sabe, a Convenção de 1986 disciplina o direito dos tratados entre Estados e Organizações Internacionais, ou os pactos estabelecidos entre estas organizações.

³⁰⁹ *Ob. cit.*, p. 477.

³¹⁰ *La terminaison et la dissolution des traités*. Recueil des Cours. Tome 22. Paris: Librairie Hachette, 1929. p.463.

dizê-los sem, contudo, vinculá-los à vontade. É como se estas duas últimas formas de extinção dos tratados internacionais subsistissem sem o elemento volitivo. É evidente o equívoco. Sem a vontade de se fazer a guerra entre os Estados ou sem a manifestação volitiva de se argüir a cláusula *rebus sic stantibus* nenhum efeito jurídico poderia se abater sobre os pactos transnacionais.

Ao que tudo indica, e ainda seguindo o paradigma clássico da formação do elemento volitivo na extinção dos pactos jurídicos, a melhor postura é estabelecer a dicotomia entre as causas formadas pelo concurso de vontade e aqueles que se forjam a partir da pretensão de um dos celebrantes.

Sem sombra de dúvida, portanto, que a ab-rogação e a denúncia são causas bilateral e unilateral, respectivamente, da extinção do tratado internacional. Mas como ficaria, no paradigma volitivo, o estado de guerra e o princípio *rebus sic stantibus*? Depende, seria a resposta mais exata. Ora, se a guerra é um estado que tem conseqüências sobre o tratado, parece evidente que esta causa pode ser forjada unilateral ou bilateralmente para a extinção do pacto internacional, a depender da postura das partes após o desencadeamento do conflito armado. Evidente que há autores, como se verá, que defendem o ponto de vista de total impossibilidade da manutenção de determinados tratados em decorrência da guerra. O que é, absolutamente, verdadeiro. Não obstante, igualmente exata é a existência de tratados outros que podem subsistir durante o conflito bélico. E não se pode eliminar dessa equação – ao menos completamente – a vontade dos pactuantes.

Por outro turno, a argüição do princípio *rebus sic stantibus* tem característica unilateral, ao menos no momento catalizador da formação da vontade em se extinguir o tratado internacional. Nada impede que o outro sujeito do negócio jurídico internacional aceite as razões invocadas. Mas, neste caso, parece mais preciso falar em causa de ab-rogação. Ontologicamente está-se

diante de uma causa unilateral de extinção do pacto, mas que pode se transmutar em ab-rogação: tudo a depender da postura do sujeito em face de quem é argüido o princípio.

Com o organograma das várias causas responsáveis pela extinção dos tratados internacionais, passa-se em revista cada uma delas.

Caracteriza-se a ab-rogação pela necessária confluência de vontades para a extinção do tratado internacional. Utilizando-se a terminologia empregada por Rezek, tem-se que, em termos operacionais, a ab-rogação dos tratados assume várias formas, quais sejam: a predeterminação ab-rogatória, a exaustão operacional, a redução numérica da comunidade internacional, a decisão ab-rogatória superveniente e a ab-rogação por tratado posterior.³¹¹

Tem-se a predeterminação quando no tratado internacional houver um dispositivo vinculado a sua duração a determinado período cronológico. Na perspectiva da Teoria Geral do Direito, trata-se do termo, entendido este como acontecimento futuro, certo e, no caso concreto, com data apazada. Pode acontecer de o tratado internacional prever a possibilidade de prorrogação do pacto. Tal postura não descaracteriza a predeterminação. Até porque tal prorrogação pode, simplesmente, não acontecer, e se ter por findo o pacto.

Já a exaustão operacional se formaliza pela existência de uma condição resolutiva. Uma vez ocorrendo o implemento da condição, o tratado se resolve. Difere a condição do termo, exatamente pela possibilidade daquela jamais vir a acontecer. Relembre-se: o termo é acontecimento futuro e certo (pode-se até não se saber quando vai ocorrer, como se dá com a morte, por exemplo); a condição é acontecimento futuro e incerto. Divide-se a condição em

³¹¹ *Ob. cit.*, p. 478.

suspensiva e resolutive. Aquela, quando verificada, tem o condão de desencadear os efeitos do ato jurídico; esta, em ocorrendo, faz cessá-los.

A ab-rogação pela redução numérica da comunidade internacional se verifica quando se vincula a vigência do tratado internacional à existência de um patamar mínimo de Estados-partes. A rigor, tal modalidade de ab-rogação, constitui-se em condição resolutive, como faz notar Valério de Oliveira Mazzuoli³¹² invocando dispositivo constante na Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher.

Com a nomenclatura de *decisão ab-rogatória superveniente* guarda-se a possibilidade de os Estados – mesmo com a previsão de prazo predeterminado para vigência do tratado – acordarem à unanimidade pela sua extinção. Apesar de ser mais fácil ocorrer tal medida nos tratados bilaterais, ao menos teoricamente nada exclui sua incidência dos pactos multilaterais.

Tem-se a ab-rogação por tratado ulterior pela existência de um novo pacto entre as mesmas partes negociando sobre o mesmo objeto. Por evidente que outros Estados estranhos ao primeiro documento podem, agora, estar presentes, sem que isto tenha qualquer influência sobre a terminação do pacto anterior antes estabelecido. Em verdade a ab-rogação por tratado ulterior é a aplicação do princípio *lex posterior revogat legi priori* na órbita dos tratados internacionais.

Se quase todas as formas de ab-rogação guardam similitude em importância, a denúncia é, sem par, a vedete do comportamento unilateral utilizado por um Estado para se retirar de um tratado internacional. A denúncia, portanto, tem o poder de retirar o Estado do vínculo obrigacional firmado com um sujeito da ordem internacional. Logo, não tem ela a capacidade de extinguir o

³¹² *Ob. cit.*, p. 106. O artigo 8º, § 2º da Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher prescreve: “A presente Convenção deixará de vigorar a partir da data em que surtir efeito a denúncia que reduza a menos de seis o número de partes.”

tratado internacional, quando este for multilateral. Daí razão assistir a Francisco Rezek,³¹³ ao afirmar que somente a comodidade didática justifica o estudo da denúncia em capítulo dedicado à extinção, visto que desprovida deste efeito junto aos tratados multilaterais. Na espécie multitudinária o tratado internacional se forma por um feixe de vontades direcionadas ao mesmo objeto. Se uma dessas vontades se retirar, o vínculo permanece entre os remanescentes.

Um dos temas mais polêmicos em sede de resilição dos tratados é exatamente o que dedica à possibilidade da denúncia. Em sede de literatura jurídica, três correntes se formaram. Um primeiro núcleo de idéias,

³¹³ *Ob. cit.*, p. 485.

Por evidente que determinada denúncia pode até pôr fim a um tratado internacional multilateral. Isto ocorre no caso da condição resolutiva representada por aquilo que próprio Rezek denominou de redução da comunidade internacional (*ob. cit.*, p.480-481). Como se viu, nessa situação o tratado não subsiste a um número mínimo de Estados-partes. Por lógico, o Estado que com sua denúncia atingir o número abaixo do permitido provocará a extinção do pacto internacional.

Exatamente neste mesmo sentido já havia se pronunciado Charles Rousseau, quando estudou os efeitos da denúncia. Naquela oportunidade escreveu o jurista francês:

Il faut distinguer à cet égard entre les traités bilatéraux et les traités collectifs.

a) *Dans le cas des traités bilatéraux, la dénonciation met fin au traité. L'hypothèse est fréquente en ce qui concerne les traités bilatéraux de nature économique (traités de commerce), dont la durée est, de ce chef, ordinairement limitée.*

b) *A l'égard des traités multilatéraux, la dénonciation s'analyse comme un retrait qui, sans mettre fin au traité lui-même, fait simplement sortir l'État dénonçant du régime juridique établi par le traité, lequel continue de lier les autres signataires. On voit par là combien est inexacte l'analyse que réduit le traité collectif au schéma civiliste d'un contrat international (Ob. cit.,p. 71).*

Tradução livre : “Deve-se distinguir em relação a isso entre os tratados bilaterais e os tratados coletivos.

a)no caso de tratados bilaterais, a denúncia põe fim ao tratado. A hipótese é freqüente no que concerne aos tratados bilaterais de natureza econômica (tratados de comércio), cuja duração é, por sua natureza, ordinariamente, limitada.

b)Em relação aos tratados multilaterais, a denúncia se analisa como uma retirada, que o sem pôr fim ao próprio contrato, faz simplesmente sair o Estado denunciante do regime jurídico estabelecido pelo tratado, o qual continua a ligar os outros signatários. Vê-se por aí quanto é inexata a análise que se reduz o tratado coletivo ao esquema civilista de um contrato internacional.”

entendendo somente ser possível a denúncia, quando expressamente prevista no instrumento internacional. Uma segunda corrente, advogando a tese de ser sempre possível a denúncia, mesmo quando silente o tratado sobre a questão. E a terceira via, que como sói ocorrer, é eclética, admitindo a denúncia quando expressamente autorizada ou quando tacitamente acordada pela partes.

Por evidente que a terceira concepção cria uma dificuldade, ao admitir a possibilidade tácita da denúncia. Quando então o Estado estaria tacitamente autorizado a apresentar a denúncia? Por se estar diante de um conceito fluido, surgiram duas teorias a propósito da denúncia tácita: a objetivista e a subjetivista. Por esta, dever-se-ia investigar a intenção das partes, inclusive estudando-se os atos preparatórios, como bem lembra Valério de Oliveira Mazzuoli.³¹⁴ Já para os partidários da escola objetivista, a questão da possibilidade da denúncia seria aquilatada pela natureza do tratado. Como se sabe, não se admite denúncia nos denominados tratados reais ou dispositivos. Tais são aqueles que criam “uma situação jurídica estática, objetiva e definitiva”, na lição de Francisco Rezek,³¹⁵ que os exemplifica com os tratados que estabelecem fronteiras.

A propósito dessa contenda, a Convenção de Viena de 1969 não andou bem, pois terminou por adotar idéias das escolas objetivista e subjetivista.³¹⁶ Valério de Oliveira Mazzuoli³¹⁷ equivoca-se ao afirmar que na Conferência de Viena prevaleceu a idéia de que a denúncia somente seria aceita

³¹⁴ *Ob. cit.*, p. 108.

³¹⁵ *Ob. cit.*, p.132.

³¹⁶ “Artigo 56. Denúncia ou Retirada, de um Tratado que não Contém Disposições sobre Extinção, Denúncia ou Retirada.

1. Um tratado que não contém disposição relativa à sua extinção, e que não prevê denúncia ou retirada, não é suscetível de denúncia ou retirada, a não ser que:

a) se estabeleça terem as partes tencionado admitir a possibilidade da denúncia ou retirada; ou
b) um direito de denúncia ou retirada possa ser deduzido da natureza do tratado.

2. Uma parte deverá notificar, com pelo menos doze meses de antecedência, a sua intenção de denunciar ou de se retirar de um tratado, nos termos do parágrafo 1.”

se tal autorização estivesse contida no texto do tratado. Bem mais lúcida é a opinião de Francisco Rezek – que ao analisar o artigo 56 da Convenção de 1969 – declinou: “Refere-se a primeira alínea à hipótese – nada comum – em que se logra encontrar, fora do texto convencional, idéia segura da intenção das partes.”³¹⁸

Perceba-se: o *caput* do artigo 56 da Convenção de Viena de 1969 contempla, peremptoriamente, “um tratado que não contém disposição sobre sua terminação e não prevê a denúncia (...)”. Ora, se o *caput* diz não ser previsível a denúncia, e sua alínea *a*, ressalva ser possível denunciá-lo no caso em que “fique estabelecido que as partes tiveram a intenção de admitir a possibilidade da denúncia ou retirada”, somente se pode concluir que essa intenção somente será auferida fora do texto do tratado celebrado.

Saber se a denúncia é retratável e se é possível denunciar parcialmente um tratado internacional são duas questões que, neste instante, se impõem. Informa Francisco Rezek que a retratação é prática consumada nas relações internacionais, mas lembrando por oportuno que “se a denúncia já viu seus efeitos consumados – vale dizer, se já se encontra extinto o pacto bilateral, ou se o Estado retirante já se pôs fora do domínio jurídico do pacto coletivo – não há retratação possível. Neste último caso, caberá cogitar do retorno por adesão.”³¹⁹

O tema da denúncia parcial é bem mais complexo e não foi olvidado pela Convenção de Viena,³²⁰ apesar de esta tê-lo feito de modo

³¹⁷ *Ob. cit.* p. 108.

³¹⁸ *Ob. cit.*, p. 488.

³¹⁹ *Ob. cit.*, p.494.

³²⁰ Artigo 44. Divisibilidade das Disposições de um Tratado.

1. O direito de uma parte, previsto num tratado ou decorrente do artigo 56, de denunciar, retirar-se ou suspender a execução do tratado, só pode ser exercido em relação à totalidade do tratado, a menos que este disponha ou as partes acordem diversamente.

insatisfatório, na avaliação de Francisco Rezek.³²¹ Para ele, há de se fazer uma hermenêutica mais ampla. Em primeiro lugar, deve-se indagar se os dispositivos visados pela denúncia parcial admitem reservas, pois com a resposta positiva será possível esse procedimento. Caso seja afirmativa a resposta, passa-se a indagar se o tratado é aberto à adesão. Com esses dois pressupostos preenchidos, torna-se viável a denúncia parcial. Francisco Rezek assim justifica: “Não há como sustentar o contrário: tanto seria admitir que, proibida a via simples, igual fim o Estado alcançaria pela via tortuosa – e irrecusavelmente lícita – consistente em denunciar o tratado na íntegra, e a ele retornar, por adesão, com reserva aos dispositivos indesejados.”³²²

Com certeza, de todos os embates existentes nas relações internacionais, a guerra é aquele que mais desprestigia o direito como fórmula civilizada para a solução dos litígios. Charles Rousseau, ao estudar os efeitos da guerra sobre os tratados internacionais, estabeleceu esse compromisso da guerra com a solução antijurídica, nos seguintes termos: “*De même que la révolution dans*

2. Uma causa de nulidade, de extinção, de retirada de uma das partes ou de suspensão de execução de um tratado, reconhecida na presente Convenção, só pode ser alegada em relação à totalidade do tratado, salvo nas condições previstas nos parágrafos seguintes ou no artigo 60.

3. Se a causa diz respeito apenas a determinadas cláusulas, só pode ser alegada em relação a essas cláusulas e desde que:

- a) essas cláusulas sejam separáveis do resto do tratado no que concerne a sua aplicação;
- b) resulte do tratado ou fique estabelecido de outra forma que a aceitação dessas cláusulas não constituía para a outra parte, ou para as outras partes no tratado, uma base essencial do seu consentimento em obrigar-se pelo tratado em seu conjunto; e
- c) não seja injusto continuar a executar o resto do tratado.

4. Nos casos previstos nos artigos 49 e 50, o Estado que tem o direito de alegar o dolo ou a corrupção pode fazê-lo em relação à totalidade do tratado ou, nos termos do parágrafo 3, somente às determinadas cláusulas.

5. Nos casos previstos nos artigos 51,52 e 53 a divisão das disposições de um tratado não é permitida.

³²¹ *Ob. cit.*, p. 495.

³²² *Ob. cit.*, p.495-496.

*l'ordre constitutionnel interne, le phénomène de la guerre se présente comme un mode d'abrogation anormal, imprévisible et extra-juridique du droit positif.*³²³

Apesar da contundência dessa verdade, a Convenção de Viena de 1969 não se ocupou dos efeitos da eclosão de uma guerra sobre os tratados internacionais. É de se estranhar esse comportamento, posto que “o estudo desse tema não constitui, infelizmente, arqueologia jurídica,”³²⁴ na síntese de Francisco Rezek.

Frise-se, para que não haja qualquer equívoco, que a Convenção de Viena não se ocupou dos efeitos da guerra sobre os tratados em vigor. Por óbvio que não desconheceu os tratados de paz, até por que, de resto, diferenciam-se dos demais apenas por disciplinar as relações internacionais entre vencedores e vencidos. Depois de perceber que essa espécie de tratado ocupa-se dos efeitos da guerra, Rezek diferencia as duas situações:

*Os tratados de paz, delineando este novo relacionamento, muitas vezes ab-rogam pactos anteriores – fixando, por exemplo, outras fronteiras entre as partes. Mas fazem-no de modo constitutivo, operante ex nunc, numa demonstração de que a norma jurídica cambiante por força do resultado da guerra não se confunde com aquela que já sofrera os efeitos da eclosão do conflito armado.*³²⁵

³²³ *Ob. cit.*, p. 71.

Tradução livre: “Do mesmo modo que a revolução na ordem constitucional interna, o fenômeno da guerra se apresenta como um modo de ab-rogação anormal, imprevisível e extra-jurídica do direito positivo.”

³²⁴ *Ob. cit.*, p. 507.

³²⁵ *Ob. cit.*, p. 507-508.

Tem-se, pois, como foco de discussão os efeitos que a guerra produz sobre os tratados que já estavam em vigor ao tempo de sua eclosão. Paul Reuter lembra que, até a Primeira Guerra Mundial, tinha-se que “*la guerre est d’une certaine manière la négation radicale de l’ordre juridique antérieur.*”³²⁶ Tal paradigma implicava na caducidade de todos os tratados envolvendo os Estados em conflito.

A partir da Segunda Guerra Mundial, houve uma mudança significativa no paradigma dos efeitos do conflito sobre os tratados em vigor. Passou-se a entender que, por regra geral, os tratados bilaterais se extinguiriam. Já os tratados multilaterais permanecem em vigor, tendo apenas sua execução suspensa enquanto durar o estado de guerra.

Todavia, essa regra geral estabelecida quanto aos tratados multilaterais não pode ser petrificada diante da complexidade das relações internacionais. Neste sentido bastante válida a lição de Paul Reuter:

*Cette formule n’est d’ailleurs qu’approximative; certaines conventions collectives pourraient disparaître si leur objet est devenu définitivement incompatible avec un état de guerre, et les conventions collectives portant sur les intérêts communs de la Communauté internationale ne devraient subir aucune atteinte du fait d’une guerre.*³²⁷

³²⁶ *Ob. cit.*, p. 80.

Tradução livre: “a guerra é de uma certa maneira a negação radical da ordem jurídica anterior”.

³²⁷ *Ob. cit.*, p. 81.

Tradução livre: “Esta fórmula é tão somente aproximativa, certas convenções coletivas poderiam desaparecer se seu objeto se tornou definitivamente incompatível com um estado de guerra, e as convenções coletivas relacionando-se aos interesses comuns da Comunidade internacional não deveriam sofrer nenhum prejuízo pelo fato de uma guerra”.

Francisco Rezek compartilha dessa opinião, na medida em que afirmar que a suspensão nesta espécie de pacto só se justifica quando se trata de “tratados multilaterais do tipo mutualizável.”³²⁸ Significa que o tratado multilateral somente tem suspensão sua execução entre as partes em conflitos, se estas precisarem deveres e direitos entre si. Aliás, Rezek³²⁹ defende a tese segundo a qual, depois do advento da Segunda Guerra Mundial, mesmo os tratados bilaterais não seriam mais extintos pelo simples fato do conflito, mas teriam tão-somente suas execuções suspensas.

Apesar de ser dedução da lógica mais elementar, deve-se, pelo cuidado de ênfase, deixar consignado que os tratados internacionais celebrados para disciplinar a guerra têm seus efeitos desencadeados com a eclosão do evento bélico, pois esta os “retira do estado de vigência latente em que se encontravam em tempos de paz, e proporciona o cenário da execução em plenitude”, no parecer de Francisco Rezek.³³⁰

Aliás, pelo grau de animosidade que uma guerra desencadeia, a comunidade internacional, por meio de seus organismos mais representativos, deve empreender esforços no sentido de se observar com rigor os tratados internacionais que têm por objeto o confronto armado.

Além da guerra, há mudanças circunstanciais outras que desencadeiam efeitos imediatos sobre os tratados, tais como o desaparecimento de uma soberania, a força maior, a absoluta falta de execução e a cláusula *sic rebus stantibus*.

³²⁸ *Ob. cit.*, p. 512.

³²⁹ *Ob. cit.*, p. 514.

³³⁰ *Ob. cit.*, p.512. Diz, ainda Rezek que nada impede que em um tratado bilateral sejam fixadas regras de direito de guerra, significando absurda a tese de sua extinção com o advento do conflito armado (*ob. cit.*, p.512).

O desaparecimento da soberania como mudança circunstancial a implicar nos tratados internacionais remete ao estudo da sucessão de Estados. Paul Reuter afirma que o problema da sucessão de Estados não pode se submeter a uma teoria jurídica fomentada pela unanimidade, razão pela qual “*la question ne peut donc être tritée qu’avec beaucoup de prudence et de réserve*”.³³¹

Arnaldo D. MacNair,³³² apesar de entender que o tema é controverso para o direito internacional, termina por afirmar que o problema se resolve pela natureza do tratado. Para ele, sob a ótica do Estado sucedido, não subsiste qualquer tratado, pela carência da própria soberania. Quanto ao Estado sucessor, entende ele que tudo fica a depender da natureza do pacto. Em sua avaliação, tratados políticos como o de aliança, de arbitragem, de neutralidade ou de comércio, de extradição, não vinculam o Estado sucessor. Seriam transmitidos os tratados reais ou dispositivos, tais quais o de navegação sobre o curso de um rio que forma fronteira entre o Estado anexado e outro país, ou determinado tratado relativo à utilização de uma potência hidráulica e quaisquer outros a estes semelhantes.

A propósito da força maior, deve-se aceitar a ponderação de Francisco Rezek³³³ de que esta nada mais é que “um obstáculo momentâneo à execução do tratado”, o que não justifica ser argüida como causa de extinção do pacto.

Sobre a absoluta causa de execução, a Convenção de Viena se pronunciou.³³⁴ O presente dispositivo vai buscar sua fonte naquilo que a Teoria

³³¹ *Ob. cit.*, p. 120.

Tradução livre: “Portanto a questão só pode ser tratada com muita prudência e reserva”

³³² *Ob. cit.*, p.489-490.

³³³ *Ob. cit.*, p. 515-516.

³³⁴ “Artigo 61. Impossibilidade Superveniente de Cumprimento

1. Uma parte pode invocar a impossibilidade de cumprir um tratado como causa para extinguir o tratado ou dele retirar-se, se esta possibilidade resultar da destruição ou do desaparecimento

Geral do Direito chama de perda do objeto. E para gerar os efeitos aqui pretendidos o evento (perda do objeto) deve ter ocorrido sem culpa da parte que o invoca.

Já no dispositivo seguinte, a Convenção de Viena disciplinou os efeitos da cláusula *rebus sic standibus*.³³⁵ À primeira vista, parece que esta cláusula englobaria a causa da “absoluta impossibilidade da execução”. Em verdade, tal não ocorre. O núcleo da cláusula *rebus sic stantibus* repousa no subjetivismo da circunstância, ao passo que a absoluta impossibilidade da execução somente pode ser invocada quando ocorrer perda do objeto. Ademais, as circunstâncias autorizadoras de se invocar a cláusula *rebus sic stantibus* devem ser contemporâneas do consentimento das partes, o que, absolutamente pode ocorrer com a perda do objeto.

definitivo de um objeto indispensável ao cumprimento do tratado. Se a impossibilidade for temporária, pode ser invocada somente como causa para suspender a execução do tratado.

2. A impossibilidade de um cumprimento não pode ser invocada por uma das partes como causa para extinguir um tratado, dele retirar-se, ou suspender a execução do mesmo, se a impossibilidade resultar de uma violação, por essa parte, quer de uma obrigação decorrente do tratado, quer de qualquer outra obrigação internacional em relação a qualquer outra parte no tratado.”

³³⁵ “Artigo 62. Mudança Fundamental de Circunstâncias

1. Uma mudança fundamental de circunstâncias, ocorrida em relação às exigências no momento da conclusão de um tratado, e não prevista pelas partes, não pode ser invocada como causa para extinguir um tratado ou dele retirar-se, salvo se:

- a) a existência dessas circunstâncias tiver constituído uma condição essencial do consentimento das partes em obrigarem-se pelo tratado; e
- b) essa mudança tiver por efeito a modificação radical do alcance das obrigações ainda pendentes de cumprimento em virtude do tratado.

2. Uma mudança fundamental de circunstâncias não pode ser invocada pela parte como causa para extinguir o tratado ou dele retirar-se:

- a) se o tratado estabelecer limites; ou
- b) se a mudança fundamental resultar de violação, pela parte que a invoca, seja de uma obrigação decorrente do tratado, seja de qualquer outra obrigação internacional em relação a qualquer outra parte no tratado.

3. Se, nos termos dos parágrafos anteriores, uma parte pode invocar uma mudança fundamental de circunstâncias como causa para extinguir um tratado ou dele retirar-se, pode também invocá-la como causa para suspender a execução do tratado.”

A regra *rebus sic stantibus* foi forjada inicialmente pela literatura jurídica, como deixa claro Charles Rousseau, ao afirmar peremptoriamente: “Introduite de bonne heure dans la doctrine, cette théorie est acceptée aujourd’hui par le plupart des auteurs.”³³⁶

Na perspectiva da literatura jurídica é que a seguinte definição foi dada por Arnaldo D. MacNair:

*Losqu’un traité ne contient aucune disposition fixant sa durée et qu’on peut supposer qu’il a été conclu par les Parties Contractantes à raison de certaines circonstances existant à l’époque de sa conclusion, une modification essentielle de ces circonstances peut avoir effet de le dissoudre.*³³⁷

Charles Rousseau entende que há duas concepções diferentes para a formulação da teoria da cláusula *rebus sic stantibus*. A primeira é exatamente essa, tal qual pensada por Arnaldo MacNair, que sustenta a existência de uma cláusula tácita, no tratado, com poder de autorizar sua extinção. Rousseau vislumbra nesta construção duas objeções graves: de uma parte, ela deriva de pura ficção (como a teoria dos quase-contratos no âmbito privado ou do contrato social, na perspectiva do direito público); de outra parte, ele introduz pela via do tratado um princípio destruidor do direito convencional. A segunda construção estabelece que a regra *rebus sic stantibus* se fundamenta na possibilidade

³³⁶ *Ob. cit.*, p.75.

³³⁷ *Ob. cit.*, p.467.

Tradução livre : “Quando um tratado não contém nenhum dispositivo fixando sua duração e quando se pode supor que ele foi concluído pelas Partes Contratantes em razão de certas circunstâncias existentes à época de sua conclusão, uma modificação essencial dessas circunstâncias pode ter efeito de o dissolver.”

de circunstâncias imprevistas suscetível não de extinguir o tratado, mas de autorizar sua readaptação. De acordo com Charles Rousseau, esta fórmula é superior à primeira, pelo fato de dar à teoria um fundamento extra-contratual. Não obstante, reconhece que sua influência sobre a prática diplomática parece muito limitada.³³⁸

Deve-se deixar consignado que o próprio Arnaldo McNair reputa correta a ressalva de que a regra *rebus sic stantibus* pode depor contra as relações internacionais, consoante escreveu nesta passagem:

*(...) la règle rebus sic stantibus est de celles qui peuvent devenir infiniment malfaisantes. Si on en abuse ou si on manque de circonspection dans son application, elle sape la règle fondamentale sur laquelle reposent les traités et, par conséquent, la société internationale elle-même, à savoir la règle pacta sunt servanda.*³³⁹

Para se gizar com precisão os contornos da possibilidade de se invocar a regra *rebus sic stantibus*, a dogmática jurídica tem interpretado de modo bastante rigoroso sua aplicação. Inicialmente, as circunstâncias versadas na cláusula *rebus sic stantibus* devem ser contemporâneas da expressão do consentimento. Portanto, estão excluídas tanto as circunstâncias que antecedem como as que são supervenientes à celebração do tratado. Ademais, somente as

³³⁸ *Ob. cit.*, p. 75-76.

³³⁹ *Ob. cit.*, p. 468.

Tradução livre: “(...) a regra *rebus sic stantibus* é dessas que podem tornar-se extremamente nociva, se abusamos dela ou na falta de circunspeção de sua prática, ela destrói a regra fundamental sobre a qual repousa os tratados e, por consequência, a própria sociedade internacional, a saber a regra *pacta sunt servanda*.”

circunstâncias essenciais ao pacto podem ser argüidas, não aquelas que lhe são periféricas.

A mudança recepcionada pela cláusula em estudo somente pode ser aquela capaz de catalisar situação radical no cenário das relações internacionais, caso contrário qualquer circunstância se credenciaria invocar a extinção do tratado. E, finalmente, tal mudança deve surgir de fato imprevisível.

Por derradeiro, deve-se lembrar que a Convenção de Viena de 1969 estabeleceu, no seu artigo 60, a possibilidade de extinção ou suspensão de um tratado em consequência de sua violação.³⁴⁰

Está-se diante do ato ilícito na seara internacional. Por evidente que a violação grave acarreta o ressarcimento ou o cumprimento da obrigação, em decorrência do preceito ético recepcionado pelo Direito, segundo

³⁴⁰ “Artigo 60. Extinção ou Suspensão da Execução de um Tratado em Consequência de sua Violação.

1. Uma violação substancial de um tratado bilateral por uma das partes autoriza a outra parte a invocar a violação como causa de extinção ou suspensão da execução de tratado, no todo ou em parte.

2. Uma violação substancial de um tratado multilateral por uma das partes autoriza:

a) as outras partes, por consentimento unânime, a suspenderem a execução do tratado, no todo ou em parte, ou a extinguirem o tratado, quer:

i) nas relações entre elas e o Estado faltoso;

ii) entre todas as partes;

b) uma parte especialmente prejudicada pela violação a invocá-la como causa para suspender a execução do tratado, no todo ou em parte, nas relações entre ela e o Estado faltoso;

c) qualquer parte que não seja o Estado faltoso a invocar a violação como causa para suspender a execução do tratado, no todo ou em parte, no que lhe diga respeito, se o tratado for de tal natureza que uma violação substancial de suas disposições por parte modifique radicalmente a situação de cada uma das partes quanto ao cumprimento posterior de suas obrigações decorrentes do tratado.

3. Uma violação substancial de um tratado, para os fins deste artigo, consiste:

a) numa rejeição do tratado não sancionada pela presente Convenção; ou

b) na violação de uma disposição essencial para a consecução do objeto ou da finalidade do tratado.

4. Os parágrafos anteriores não prejudicam qualquer disposição do tratado aplicável em caso de violação.

5. Os parágrafos 1 a 3 não se aplicam às disposições sobre a proteção da pessoa humana contidas em tratados de caráter humanitário, especialmente às disposições que proíbem qualquer forma de represália contra pessoas protegidas por tais tratados.”

o qual não se admite prejudicar outrem sem causa de justificação. Valério Oliveira Mazzuoli entende como violação grave aquela “consistente num repúdio ao tratado não permitido pelo Código de Viena, ou consistente na violação de uma disposição essencial para a consecução do objeto ou da finalidade do tratado.”³⁴¹

Mesmo antes da Convenção de Viena de 1969, J. L. Brierly invocando o bom senso, defendia que somente o ato ilícito que atingisse a essência do pacto tem o condão de extingui-lo, consoante se nota nesta sua passagem:

*Numerosos autores têm defendido, na esteira de Grotius, a doutrina de que o não-cumprimento por uma das partes de qualquer das cláusulas de um tratado desonera a outra de todas as obrigações assumidas. Tal doutrina, aplicada a qualquer dos tratados mais importantes, conduziria a resultados tão alarmantes que a prática internacional nunca a perfilhou.*³⁴²

Preocupa-se tanto a Convenção de Viena com a prática do ato ilícito como desencadeador de extinção e suspensão dos tratados, que retirou de sua abrangência os tratados de caráter humanitário. Tais tratados ficam imunes de extinção ou suspensão mesmo em caso de conflito armado.

Apesar da crítica de Francisco Rezek sobre a teoria do *jus cogens* tal como concebida pela Convenção de Viena, por ter, segundo ele, assumido um comportamento “francamente hostil à idéia do consentimento como base necessária do direito internacional,”³⁴³, fato é que deve-se prestigiar o princípio

³⁴¹ *Ob. cit.*, p. 115.

³⁴² *Ob. cit.*, p. 335.

³⁴³ Direito dos tratados, *ob. cit.*, p.526.

do *pacta sunt servanda*, sob pena de se patrocinar o esfacelamento do sistema internacional.

V – Relacionamento entre os direitos interno e internacional

1. Introdução ao tema

Em passagem já clássica ao tema, Charles Rousseau afirmou que o problema do relacionamento entre o Direito Internacional e o Direito Interno “*n’est pas autre chose qu’une discussion d’école, d’autant que la pratique positive ne conforme de manière absolue aucune de deux thèses*”.³⁴⁴

É fato que, na atualidade, os Estados estão mais inclinados à pragmática da questão do que propriamente a discutir as teorias monista e dualista. Não obstante não se pode olvidar o alerta feito por Michael Virally.

(...) algunos intentaron negar lisa y llanamente el problema, reducirlo a una querrela doctrinal carente de incidencia en el análisis del derecho positivo y, por consiguiente, aborrrárselo ventajosamente. Sin embargo, es dudoso que en realidad se pueda esquivar el problema: no fue creado en su totalidad por la simple alegría de edificar una nueva teoría o de alimentar una controversia excitante conforme a la cual no existiría ningún campo común abierto al contrario, uno de los puntos de apoyo clásicos de la teoría dualista a menudo refutado por sus adversários monistas. Es un hecho que algunas normas

³⁴⁴ *Droit international public*. Paris: Dalloz, 1979. p.15.

Tradução livre: “não é outra coisa senão uma discussão acadêmica, tanto que a prática não é de modo absoluto, conforme nenhuma das duas teses.”

Veja-se que apesar de ter ficado famosa esta passagem de Charles Rousseau, antes dele Triepel já havia afirmado que esta é uma discussão de alto interesse teórico, importando em questão localizada no âmbito da teoria geral do direito e da filosofia do direito, consoante se verá no estudo do item dedicado ao dualismo (V. Les rapports entre le droit interne et le droit

jurídicas internacionales reclaman su aplicación en el derecho interno y no pueden encontrarla en otra parte. Otro hecho es que, en muchos casos, el derecho internacional se ve obligado a tomar en consideración la existencia y la validez de normas estatales. La evolución actual de las relaciones internacionales y de la técnica de los tratados demuestra de una manera muy clara que ya no hay ámbito al que no pueda penetrar el derecho internacional: lo que todavía sigue reservado al derecho interno, lo está, sí, pero de manera provisional.

*Por lo tanto, negar la existencia del problema por el que se enfrentan los monistas y los dualistas equivale a adoptar, de facto, la posición dualista, sin por ello replicar a las críticas que se hicieron justamente a esta teoría.*³⁴⁵

international. *Recueil de Cours de l'Academie de Droit International de la Haya*, La Haye, t.1, p.78. 1923).

³⁴⁵ Relaciones entre derecho internacional y derechos internos: una dificultad insalvable. In: *El devenir del derecho internacional. Ensayos escritos ao correr de los años*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998. p. 120.

Tradução livre: “Alguns tentaram negar pura e simplesmente o problema, reduzindo-o a uma querela doutrinária carente de incidência na análise do direito positivo e, conseqüentemente, poupá-lo vantajosamente. Entretanto, é duvidoso que em realidade se possa esquivar do problema: não foi criado em sua totalidade pelo simples prazer de edificar uma nova teoria ou de alimentar uma excitante controvérsia conforme a qual não existiria nenhum campo comum aberto ao contrário, um dos pontos de apoio clássicos da teoria dualista freqüentemente refutado pelos seus adversários monistas. É um fato que algumas normas jurídicas internacionais reclamam sua aplicação no direito interno e não podem encontrá-la em outra parte. Outro fato é que, em muitos casos, o direito internacional, se vê obrigado a tomar em consideração a existência e validez de normas estatais. A evolução atual das relações internacionais e da técnica dos tratados demonstra de uma maneira muito clara que já não há âmbito a que não possa penetrar o direito internacional: o que ainda segue reservado ao direito interno o está, sim, mas de maneira provisória.

Portanto, negar a existência do problema pelo qual se enfrentam os monistas e os dualistas equivale, a adotar, de fato, a posição dualista, sem por isso refutar as críticas que se fizeram justamente a esta teoria.”

André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros,³⁴⁶ apesar de ressaltarem que a tendência atual é no sentido de se procurar respostas concretas para os problemas que a vida internacional impõe aos Estados, terminam por observar que o debate não perdeu interesse para a produção científica. Rolando Quadri igualmente se posiciona pela importância teórica e prática do problema. Quanto ao aspecto prático da contenda, Rolando Quadri invoca um importante momento da história para ratificar o interesse pelo debate: “*Né si può considerare il problema come puramente teorico se è vero, ad es., Che il Tribunale di Norimberga non há esitato a dichiarare nulle le leggi tedesche contrarie al diritto internazionale*”³⁴⁷

Ademais acrescenta George Galindo³⁴⁸ duas ponderações relevantes para se continuar debatendo o tema: 1. a questão terminológica não se tornou obsoleta, tanto que o discurso jurídico-internacional ainda lança mão dos vocábulos monismo e dualismo; 2. ademais, os tribunais dos Estados voltam ao tema para justificar as suas decisões. É certo que o autor pondera que este

³⁴⁶ *Manual de direito internacional público*. 3ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1997. p.82.

Vale registrar que André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros entendem que, em se adotando qualquer das duas correntes, nenhuma consequência prática advirá para o Estado, pelos seguintes argumentos: “a) o Estado tem o dever de conformar a sua ordem interna às suas obrigações internacionais; b) cabe-lhe, porém, a escolha da forma técnica do cumprimento de tal dever; c) o não cumprimento de tal dever não tem, porém, como sanção a vigência forçada do Direito Internacional na ordem interna, e, por conseguinte, a obrigação para os tribunais internos de aplicar a norma internacional, nem a consequente invalidade ou ineficácia da norma interna contrária à norma internacional; d) a sanção consiste exclusivamente na responsabilidade internacional do Estado” (*ob. cit.*, p.87).

³⁴⁷ *Diritto internazionale pubblico*. V edizione. Napoli: Liguori Editore, 1968. p. 42.

Tradução: “Nem se pode considerar o problema como puramente teórico, se é verdade, por exemplo, que o Tribunal de Nuremberg não vacilou em declarar nulas as leis alemãs contrárias ao direito internacional.”

³⁴⁸ *Tratados internacionais de direitos humanos e constituição brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.12 e 14. Como exemplo de suas ponderações o autor invoca o julgamento do Agravo Regimental na Carta Rogatória 8.279-4 pelo Supremo Tribunal Federal, em 17 de junho de 1998, ocasião em que o relator, Min. Celso e Mello, invocou a tese de que a Constituição da República dá guarida ao dualismo moderado, vale dizer: necessário se faz a edição de decreto presidencial de publicação para a norma internacional devidamente ratificada começar a ter vigência no âmbito do Estado.

segundo argumento está em declínio quando se trata de Estados em situação integracionista.

Por análise empírica, não se encontra Estado monista ou dualista na pureza de qualquer dessas teorias. Observando a jurisprudência brasileira ao correr dos tempos, Nadia de Araujo e Inês da Matta Andreiuolo afirmam com alguma razão.

No entanto, no nosso entender, da análise das decisões já proferidas pelos tribunais brasileiros, ousamos afirmar que cada uma das concepções acima, a partir da análise do que diziam seus criadores, preocupava-se com aspectos distintos do problema.

Enquanto o dualismo utiliza o critério da necessidade de mecanismo de internacionalização dos tratados para distinguir fontes do direito interno de fontes do direito internacional, o monismo preocupa-se com a admissibilidade da existência de conflitos entre tratados e a ordem jurídica nacional, para saber qual deles deve prevalecer. Na concepção de Triepel, o dualismo em nenhum momento fala da primazia ou não de um tratado em face da lei interna, pois uma vez incorporado o tratado passa a ser considerado como lei interna. Por sua vez, na concepção de Kelsen, o monismo não se preocupa com a existência sequer de um iter procedimental para incorporação do Tratado, pois não haveria duas unidades estanques —

*ordem interna e ordem internacional – mas sim um único sistema.*³⁴⁹

Na esteira deste pensamento, Gustavo Binbenbim observa que é impossível classificar o sistema brasileiro como exclusivamente monista ou dualista, vez que pela diversidade de critérios “se estaria comparando bananas com maçãs”. Com isso advoga o autor a possibilidade de se classificar o sistema brasileiro como monista moderado ou dualista moderado.³⁵⁰

Por evidente que embora proceda, em termos práticos a observação de Nadia de Araujo e de Inês da Matta Andreiuolo, não se pode pensar em conciliar o monismo com o dualismo em termos teóricos. Eles partem de raciocínios diversos e como bem lembram André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros a opção entre uma ou outra das correntes implica em se apontar diferente fundamento para o Direito Internacional.³⁵¹

A querela entre monistas e dualistas, longe de se estagnar, coloca-se frente a novos desafios como, por exemplo, o de dar respostas ao Direito Comunitário e à inserção dos direitos humanos advindos do Direito Internacional.

Justifica-se, portanto, empreender um estudo, mesmo que sucinto, sobre as bases teóricas do monismo e do dualismo, invocando seus autores mais tradicionais. Afinal o núcleo da presente tese é saber como a Constituição brasileira disciplina o ingresso dos tratados sobre direitos humanos.

³⁴⁹ A internalização dos tratados no Brasil e os direitos humanos. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAUJO, Nadia de (Orgs.). *Os direitos humanos e o direito internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.87.

³⁵⁰ Monismo e dualismo no Brasil: uma dicotomia afinal irrelevante. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 350, a. 96, p.40, maio/jun. 2000.

³⁵¹ *Ob. cit.*, p. 83.

2. Monismo

Apesar de existir dicotomia na arquitetura da tese monista, há, por lógico, um núcleo comum em torno dos quais as suas duas correntes gravitam. Esse núcleo é exatamente a concepção unitária do direito. Com este substrato definido, o mais são variações argumentativas em prol do monismo com prevalência do direito interno ou da prevalência do direito internacional. Tomando a unidade do fenômeno jurídico, Hans Kelsen expõe as bases do monismo, aceitando como juridicamente válida qualquer das duas modalidades.

Se o Direito Internacional e o Direito estadual formam um sistema unitário, então a relação entre eles tem de ajustar-se a uma das formas expostas. O Direito internacional tem de ser concebido, ou como uma ordem jurídica delegada pela ordem jurídica estadual e, por conseguinte, como incorporada nesta ou como uma ordem jurídica total que delega nas ordens jurídicas estaduais, supra-ordenada a estas e abrangendo-as a todas como ordens jurídicas parciais. Ambas estas interpretações da relação que intercede entre o Direito internacional e o Direito estadual representam uma construção monista. A primeira significa o primado da ordem jurídica de cada Estado, a segunda traduz o primado da ordem jurídica internacional.³⁵²

³⁵² *Teoria pura do direito*. 6ª ed.. Coimbra: Arménio-Amado-Editora, 1984. p.443

Deve-se dizer, de logo, que apesar de aceitar juridicamente válida as duas concepções do monismo, para ele somente é admissível a primazia do direito interno como hipótese, posto que esta reclama a existência do Estado único. Essa idéia será abordada como mais vagar ainda neste item.

Para Hans Kelsen³⁵³ não se pode defender a idéia segundo a qual o Direito Interno e o Direito Internacional se posicionam em campos seccionados, posto que existe uma única fonte para abastecer a ambos. Ele inicialmente entendeu que essa fonte repousava no *pacta sunt servanda*.

Grotius enseignait déjà qu'à côté du droit des gens «volontaire», il existe un droit des gens «immuable» et «naturel», dont les règles ne sont établies par personne et auquel aucun État ne peut cependant se soustraire.

*Cette affirmation d'un droit international « naturel », c'est-à-dire au fond indépendant de la volonté des États, s'impose, ne fût-ce que pour faire du droit international conventionnel, — fondé, lui, sur la volonté des États, élaboré et développé dans les traités, donc de contenu variable —, un droit entre collectivités coordonnées. Mais alors, ce n'est pas seulement le droit naturel, dont l'adage *pacta sunt servanda* forme la règle la plus importante.*³⁵⁴

Em sendo viáveis as duas opções do monismo, Hans Kelsen se decide por aquela que dá prevalência ao Direito Internacional ao entender que

³⁵³ *Teoria geral do direito e do estado*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.525.

³⁵⁴ Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*. Haye, t.14, p. 300-3001. 1926.

Tradução livre: “Grotius já ensinava que ao lado do direito “voluntário” das gentes, existe um direito “imutável” e “natural” das gentes, cujas regras não são estabelecidas por ninguém e ao qual nenhum Estado pode entretanto subtrair-se.

Esta afirmação de um direito “natural”, isto é, no fundo independente da vontade dos Estados, se impõe, ao menos para fazer do direito internacional convencional -, fundado, ele mesmo, sobre as vontades dos Estados, elaborado e desenvolvido nos tratados, portanto, de conteúdo variável - , um direito entre coletividades coordenadas. Mas então, não é somente o direito natural, cujo adágio *pacta sunt servanda* forma a regra mais importante.”

este desempenha um papel decisivo na ideologia política do pacifismo.³⁵⁵ Neste diapasão, sustenta Luis Ivani de Amorim³⁵⁶ que a prioridade do Direito Internacional sobre o Direito Interno é condição indispensável ao trato entre os Estados. Interessante notar, porém, que o próprio Hans Kelsen³⁵⁷ termina – em situação contraditória – por defender a idéia da guerra como ato lícito, como sanção autorizada pelo do próprio Direito Internacional.

Percebendo Hans Kelsen que o paradigma do *pacta sunt servanda* guarda uma tradição voluntarista, construiu um outro fundamento de validade para a ordem jurídica internacional.

*A norma fundamental do Direito internacional, portanto, deve ser uma norma que aprova o costume como fato criador de normas e que poderia ser formulada da seguinte maneira: “Os Estados devem se conduzir como têm se conduzido de costume”. O Direito internacional consuetudinário, desenvolvido com base nessa norma, é o primeiro estágio dentro da ordem jurídica internacional.*³⁵⁸

O monismo com prevalência do Direito interno parte do pressuposto de que o Estado é auto-suficiente em sua soberania. Criticando Hegel – em cujo pensamento a soberania é absoluta – lembra Pedro Baptista

³⁵⁵ *Ob. cit.*, p. 456.

³⁵⁶ *Curso de direito internacional público*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.p. 48.

³⁵⁷ *Ob. cit.*, p.323-325.

³⁵⁸ *Ob. cit.*, p.525.

Note-se que a partir do momento em que Hans Kelsen faz a opção pela primazia do Direito Internacional a norma fundamental deixa de ser a Constituição histórica e passa a ser a regra que determina que todos os Estados devem se conduzir como têm se conduzido de costume.

Martins³⁵⁹ que nesta concepção do monismo o direito interno ou internacional tem como fonte a vontade estatal. Daí falar acertadamente Hans Kelsen que nesta corrente monista se reconhece o direito internacional apenas como parte integrante da própria ordem jurídica interna, o que se justificaria falar em “Direito estadual externo”.³⁶⁰

Partindo da soberania estatal absoluta, poder-se-ia pensar que o direito internacional somente teria validade quando a Constituição do Estado assim o reconhecesse. Mas Alfred Verdross logo cuidou de dar contraponto a esta idéia.

la primacía del DI sobre el derecho interno parece hallarse en contradicción con las nuevas constituciones de distintos Estados que hacen del DI común parte integrante del derecho estatal, pues tales disposiciones pueden inducir a pensar que el derecho estatal constituye la base del sistema jurídico y que el DI, en cambio, sólo tiene relevancia en cuanto ordenamiento jurídico delegado del ordenamiento jurídico estatal. Dice, p. ej., KELSEN, que el artículo 9º de la constitución federal austríaca, que considera las reglas generalmente admitidas del DI como parte integrante del derecho federal, se funda en el primado del derecho estatal. De ahí la necesidad de someter las disposiciones en cuestión a una consideración más detenida.

³⁵⁹ *Da unidade do direito e da supremacia do direito internacional*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998. p.15.

³⁶⁰ *Ob. cit.*, p. 446.

Hans Kelsen nota que a expressão “direito estadual externo” foi utilizada por Hegel para qualificar o direito internacional público (V. Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public, *ob. cit.*, p.324)

Así, el reconocimiento de una ley por un reglamento o una sentencia judicial no significa que deleguen en la ley, sino que invocan la ley y se someten a su autoridad. Cuando, por consiguiente, una constitución reconoce el DIP, ello puede significar también que se remite al DIP, sometiéndose a él.³⁶¹

Tenta Verdross afastar o dogma da soberania como algo ilimitado. Sabe ele que se tal pensamento prevalecer, põe-se em risco a própria existência do direito internacional. Por evidente que o tempo está dando razão à tese de que a soberania possui limites. Ademais, o monismo com prevalência no Direito interno não consegue responder por que os tratados celebrados não perdem validade diante da mudança da ordem constitucional. Afinal não é ela representante de uma soberania ilimitada?

É exatamente por estas contradições que se formulam os postulados do monismo com prevalência do Direito Internacional. Bem diz George Galindo³⁶² que esta corrente de pensamento buscou dar, no primeiro

³⁶¹ *Derecho internacional público*. 2ª edición. Traducción de Antonio Truyol y Serra. Madrid: Aguilar, 1957. p.68-69.

Tradução livre: “a primazia do DI sobre o direito interno parece colocar-se em contradição com as novas constituições de distintos Estados que fazem do DI comum parte integrante do direito estatal, pois tais disposições podem induzir a pensar que o direito estatal constitui a base do sistema jurídico e que o DI, por outro lado, só tem relevância como ordenamento jurídico estatal. Diz, por exemplo, KELSEN, que o artigo 9º da Constituição federal austríaca que considera as regras geralmente admitidas do DI como parte integrante do direito federal, se fundamenta no primado do direito federal. Daí a necessidade de submeter as disposições em questão a uma apreciação mais apurada.

Assim, o reconhecimento de uma lei por um regulamento ou uma sentença judicial não significa que deleguem na lei, mas sim que invocam a lei e se submetem a sua autoridade. Quando, por consequência, uma Constituição reconhece o DIP, isto pode significar também que se remete ao DIP, submetendo-se a ele.”

Admite Verdross que as Constituições estatais podem dispor sobre a execução das normas internacionais, vez que o Direito Internacional somente obriga o Estado, deixando com este a maneira como irá desempenhar sua tarefa (*ob. cit.*, p.70)

³⁶² *Ob. cit.*, p. 39.

quartel do século XX, um fundamento de obrigatoriedade ao Direito Internacional.

Apesar de entender defensável tanto o monismo com prevalência do Direito Interno como o de superioridade do Direito Internacional, Hans Kelsen termina por fazer sua opção por este por entender que nele há um compromisso pacifista evidenciado, ao passo que aquele está ligado à concepção imperialista. Para ele, a concepção de prevalência do Direito Internacional toma o mundo externo como paradigma para entender a realidade do Estado. Já a visão de superioridade do Direito Interno parte do Estado soberano para entender o mundo circundante. A primeira cosmovisão denominou objetivista e a segunda de subjetivista.³⁶³ Hans Kelsen se socorre da psicologia e da filosofia para tentar diferenciar as duas correntes, como se percebe nesta passagem:

El supuesto de la primacía del derecho nacional es paralelo a la filosofía subjetivista que, a fin de comprender el mundo, procede del ego del propio filósofo y, en consecuencia, interpreta al mundo como la voluntad e idea del sujeto. Esta filosofía que proclama la soberanía del ego, es incapaz de comprender otro sujeto, el no-ego, el tu que pretende ser también un soberanía de tu. La última consecuencia de tal filosofía subjetivista es el solipsismo.

El ego y el tu pueden ser concebidos como sus iguales sólo si nuestra filosofía procede del mundo objetivo dentro del cual

³⁶³ *Ob. cit.*, p.458.

A opção de Hans Kelsen pela superioridade do Direito Internacional tem por substrato um projeto ético. É, portanto, uma decisão política no mais alto sentido do vocábulo. Muito a propósito, V. Immanuel Kant. A paz perpétua. In: *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 2002. p.119-172.

*ambos existen como partes, pero ninguno de ellos como centros soberanos del todo.*³⁶⁴

Mirkin-Guétzévitch – respaldado no monismo historicista³⁶⁵ – vem se contrapor a esta dicotomia de que os objetivistas estariam comprometidos com a paz e os subjetivista com o imperialismo.

Le choix entre le subjectivisme et l'objectivisme est une formule algébrique qui ne correspond à aucune réalité. Cela peut être très juste pour notre époque où le subjectivisme national menace la paix, et où, au contraire, l'objectivisme pacifiste présente une garantie de paix. Mais ce qui est vrai aujourd'hui ne présentait pas le même caractère de véracité il y a encore un siècle ; et si nous rappelons l'antinomie existant entre l'objectivisme de la Sainte-Alliance et le subjectivisme des révolutionnaires italiens, espagnols, belges ou grecs, nous ne

³⁶⁴ Principios de derecho internacional público. Buenos Aires: Libreria El Ateneo Editorial, 1965. p. 381.

Tradução livre: “O suposto da primazia do direito nacional é paralelo a filosofia subjetivista que a fim de compreender o mundo, procede do *ego* do próprio filósofo e, em consequência, interpreta o mundo com a vontade e idéia do indivíduo. Esta filosofia que proclama a soberania do *ego* é incapaz de compreender outro sujeito, *não-ego*, o *tu* que pretende ser também um *ego*, como um ser igual. A soberania do *ego* é incompatível com a soberania do *tu*. A última consequência de tal filosofia subjetivista é introversão total.

O *ego* e o *tu* podem ser considerados como seus iguais somente se nossa filosofia procede do mundo objetivo dento do qual ambos existem como partes, mas nenhum deles como centros soberanos do todo.”

³⁶⁵ O monismo historicista de Mirkin-Guétzévitch está bem delineado por Gerson de Brito Mello Bóson nesta passagem: “Para Mirkin Guétzévitch, porém, o princípio da unidade do Direito público resulta da unidade da consciência jurídica, ao lado da unidade empírica da evolução histórico-cultural. Afirma que o Direito é uma parte da evolução histórica e que o Direito interno e internacional são, em igual proporção, expressões da consciência jurídica, nada permitindo separar artificialmente o desenvolvimento destas formas da ordem jurídica interna e internacional” (Direito internacional público. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p.140)

*croyons pas que l'on puisse prétendre – à moins de forcer la vérité historique – que la solution éthique était du côté de Metternich – qui représentait cependant l'idée objectiviste – plutôt que du côté des patriotes révolutionnaires italiens, grecs et autres, qui, à ce moment, considéraient la guerre comme un moyen nécessaire à la liberté de leur pays, et même de l'Europe entière.*³⁶⁶

Alfred Verdross,³⁶⁷ por seu turno, procura trabalhar numa perspectiva de subdividir o monismo com prevalência do Direito Internacional em duas modalidades: a moderada e a radical. Enquanto o monismo radical sustenta que não é possível o Direito Interno opor-se ao Direito Internacional, a feição moderada defende o entendimento segundo o qual é possível o embate sem que se possa argüir nulidade da norma doméstica. O autor defende claramente a possibilidade da norma internacional ceder lugar à aplicação da norma interna.

Es cierto que los tribunales estatales tienen, según vimos ya, el deber de interpretar todos los preceptos jurídico-internos a la

³⁶⁶ *Droit constitutionnel international*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1933. p. 22.

Tradução livre: “A escolha entre o subjetivismo e o objetivismo é uma fórmula albébrica que não corresponde a nenhuma realidade. Isto pode ser muito certo para nossa época em que o subjetivismo nacional ameaça a paz, em que, ao contrário, o objetivismo pacifista apresenta uma garantia de paz. Mais o que é verdadeiro atualmente não apresenta o mesmo caráter de veracidade há ainda um século; e si nos recordamos a antinomia existente entre o objetivismo da Santa Aliança e o subjetivismo dos revolucionários italianos, belgas ou gregos, nós não cremos que se possa ter a pretensão – a menos que se force a verdade histórica – que a solução ética estava do lado de Metternich – que representava, entretanto, a idéia objetivista – mas que do lado dos patriotas revolucionários italianos, gregos e outro, que, naquele momento consideravam a guerra como um meio necessário a liberdade de países, e mesmo da Europa inteira.”

³⁶⁷ *Ob. cit.*, p. 66.

*luz del DIP; pero si una interpretación de esta índole no logra descartar la contradicción, los tribunales estatales habrán de aplicar entonces, en principio, la ley propia, incluso la que se opone al DIP. Y ello es así en los países mismos del derecho anglonorteamericano, puesto que el principio según el cual el DIP es parte integrante del derecho del país, se limita a decir que las normas del DIP común quedan equiparadas a las demás normas del derecho interno, por lo que una norma jurídico-internacional puede verse privada de eficacia interna por una norma legal posterior.*³⁶⁸

Dessa conclusão de Alfred Verdross, Hans Kelsen³⁶⁹ discorda frontalmente, posto que para ele o monismo como primazia do direito interno somente pode ser admitido como hipótese jurídica tendo em vista que exige a existência de apenas um Estado, fato inviável junto à realidade. Ademais – argumenta ele – em se considerando a existência de uma multiplicidade de comunidades coordenadas como elemento essencial do direito internacional, a idéia da primazia do direito interno é a negação do próprio direito internacional. Com este mesmo argumento, Hans Kelsen³⁷⁰ combate a tese de Umberto

³⁶⁸ *Ob. cit.*, p.71.

Tradução livre: “É certo que os tribunais estatais têm, segundo já vimos, o dever de interpretar todos os preceitos jurídico-internos à luz do DIP; mas se uma interpretação desta índole não consegue descartar a contradição, os tribunais estatais terão que aplicar então, em princípio, a lei própria, inclusive a que se opõe ao DIP. E isto é assim nos próprios países do direito anglo-americano, posto que o princípio segundo o qual o DIP é parte integrante do direito do país, se limita a dizer que as normas do DIP comum permanecem equiparados as demais normas do direito interno, pelo que uma norma jurídico-internacional pode ver-se privado de eficácia interna por uma norma legal posterior.”

³⁶⁹ *Ob. cit.*, p. 297.

³⁷⁰ Juízo sobre a tese de Umberto Campagnolo. In: LOSANO, Mario G. (org.). *Direito internacional e estado soberano*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.133.

Campagnolo³⁷¹ para quem direito internacional é parte do direito interno, tanto que tem a mesma natureza e fonte de validade deste. Percebeu Estevão Ferreira Couto que em Hans Kelsen o monismo com primazia do direito interno é pura argumentação hipotética.

Para Kelsen, não existem monismos com gradações: ou o direito internacional se impõe (inclusive sobre as Constituições), ou não se impõe. Se o direito internacional não se impõe sobre a Constituição, em última análise, conserva o poder das Cortes Supremas de controlar a constitucionalidade das normas internacionais, dando prevalência ao direito interno (como acontece no Brasil). O monismo com primazia do direito internacional somente assume essa forma, na elaboração original de Kelsen, se submete constituições e se elimina soberanias. O outro monismo é uma negação do direito internacional.³⁷²

A grande crítica à concepção da primazia do Direito Internacional repousa no argumento de que ela não é histórica. Vale dizer, os Estados precedem à ordem internacional e, portanto, esta não poderia ser superior àqueles. Neste sentido, Triepel³⁷³ chega a ser irônico ao afirmar que se o Direito Internacional é a fonte do Direito Interno, aquele deveria ter existido desde o começo do mundo ou ao menos desde que Deus expulsou do paraíso os primeiros homens. No Brasil, Oscar Tenório se filia a este pensamento

³⁷¹ As idéias mestras de minha tese. In: LOSANO, Mario G. (org.). *Direito internacional e estado soberano*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.107.

³⁷² *A relação entre o interno e o internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.58.

³⁷³ Les rapports entre le droit interne et le droit international. *Recueil des cours de l'académie de droit international de La Haya*, La Haye, t.1, p.87. 1923.

acrescentando que a importância do Estado se sobrepõe à comunidade internacional, mesmo porque os propósitos desta, por mais altruísta que sejam, terminam por sucumbir.³⁷⁴

Para Hans Kelsen,³⁷⁵ esta objeção repousa num erro de perspectiva, pois lhe falta distinguir entre a realidade histórica dos fatos e o relacionamento lógico das normas. Exemplifica o autor, em defesa de sua teoria, que a família é o grupo social precedente ao Estado, mas é justamente a partir da ordem imposta por este que a família respalda sua validade jurídica.

Ainda em oposição à prevalência do Direito Internacional, Michael Virally³⁷⁶ – apesar de reconhecer que o monismo se apóia em construção lógica de grande vigor e de forte simplicidade – pondera que falta unidade e mesmo continuidade de desenvolvimento entre o Direito Internacional e o Direito Interno na maioria dos Estados, sobretudo aqueles que hoje ocupam a posição periférica do fenômeno globalizado. Todavia razão assiste a George Galindo³⁷⁷ ao atentar para o fato de que se confunde os fenômenos de dominação externa e internacionalismo. Para o autor, a descontinuidade entre as ordens interna e internacional decorre exatamente pela visualização de que nesta última os Estados fortes impõem-se aos fracos.

Em que pesem todas as contradições endógenas, o monismo com prevalência do Direito Internacional parece se consolidar a passos largos. Com propriedade lembra Michael Akehurst³⁷⁸ que o Estado não pode invocar

³⁷⁴ *Direito internacional privado*. Volume I. 11ª ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1976. p.72.

³⁷⁵ *Ob. cit.*, p. 451.

³⁷⁶ Relaciones entre derecho internacional y derechos internos: una dificultad insalvable. In: *El devenir del derecho internacional*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998. p.118-119.

³⁷⁷ *Ob. cit.*, p. 67

³⁷⁸ *Introdução ao direito internacional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1985. p.53.

Aliás a Convenção de Viena de 1969 positivou este entendimento quando do seu artigo 27. “Artigo 27. Direito Interno e Observância de Tratados. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Essa regra não prejudica o artigo 46”.

uma norma ou lacuna em seu ordenamento jurídico para inviabilizar reivindicação respaldada no Direito Internacional.

3. Dualismo

Sem dúvida, foi Triepel quem procurou ofertar bases científicas ao dualismo, as quais estão delineadas no famoso curso que proferiu na Academia de Direito Internacional de Haia³⁷⁹, quando sua teoria já era contestada pelos partidários do monismo com primazia do Direito Internacional.

O substrato da tese desenvolvida por Triepel repousa na afirmativa de que o Direito Internacional e o Direito Interno possuem fontes diferentes de criação. Este teria como fonte a vontade do Estado, singularmente considerado; aquele reclama a vontade comum de vários Estados para se formar.³⁸⁰ Ademais – na visão do autor – os substratos do Direito Internacional e do Direito Interno não se identificam, “*sont deux cercles qui sont en contact intime, mais qui ne se superposent jamais*”.³⁸¹

Les règles juridiques étatiques sont de deux sortes; ou bien elles régissent les relations réciproques des individus; c'est ce que nous appelons la réglementation du droit privé, ou bien l'État

De fato, o artigo 27 teve seu rigor atenuado pelo artigo 46.

“Artigo 46. Disposições do Direito Interno sobre Competência para Concluir Tratados.

1. Um Estado não pode invocar o fato de que seu consentimento em obrigar-se por um tratado foi expresso em violação de uma disposição de seu direito interno sobre a competência para concluir tratados, a não ser que essa violação fosse manifesta e dissesse respeito a uma norma de seu direito interno de importância fundamental.

2. Uma violação é manifesta se for objetivamente evidente para qualquer Estado que proceda, na matéria, de conformidade com a prática normal e de boa fé”

³⁷⁹ *Ob. cit.*, p. 77-121.

³⁸⁰ *Ob. cit.*, p. 87.

³⁸¹ *Ob. cit.*, p. 83

Tradução livre: “São dois círculos que estão em contato íntimo, mas que jamais se superpõem.”

crée un droit pour les relations de ces sujets avec lui-même; nous parlons en ces cas de droit public.

Les rapports que régit le droit international sont d'une autre nature. Il faut remarquer tout d'abord que nous ne parlons que du droit international public. Le droit international public règle des rapports entre des États et seulement entre des États parfaitement égaux. On ne peut concevoir l'individu, dans le cadre du droit international proprement dit, que comme objet de droits et de devoirs internationaux.³⁸²

Deve-se, entretanto, abrir aqui um parêntesis, para observar que, apesar de Triepel afirmar que o Direito Internacional Público se ocupa somente das relações entre Estados, admite o autor que haveria no futuro a possibilidade de ser objeto desse ramo do direito, grupos sociais nascidos no interior de cada Estado.³⁸³

Em termos teóricos, Triepel advoga a tese de que – em estando o Direito Internacional e o Direito Interno em âmbitos isolados – não há possibilidade de conflito entre eles, tanto que incabível se falar entre eles na

³⁸² *Ob. cit.*, p. 80 e 81

Tradução livre: “As regras jurídicas estatais são de duas modalidades: elas regem as relações recíprocas dos indivíduos; é o que chamamos de regulamentação do direito privado, ou então o Estado cria um direito para as relações desses sujeitos com ele próprio, nós falamos nestes casos de direito público.

As relações que o direito internacional rege são de uma outra natureza. Em primeiro lugar é preciso observar que não falamos senão do direito internacional público. O direito internacional regula as relações entre Estados e somente entre Estados perfeitamente iguais. Não se pode conceder o indivíduo no quadro do direito internacional propriamente dito, senão como objeto de direito e deveres internacionais.”

³⁸³ *Ob. cit.*, p.82.

Estevão Ferreira Couto observa que esta afirmativa de Triepel, partidário do dualismo, produzida nos anos vinte é bastante para dizer que o Direito Internacional Público não pode se ocupar de disciplinar as relações somente entre Estados, ignorando outros sujeitos que igualmente estão inseridos nas relações internacionais. (*Ob. cit.*, p. 12).

aplicação da máxima *lex posterior derogat legi priori*.³⁸⁴ Todavia em termos práticos, Triepel termina por admitir o choque entre os dois sistemas e assumindo a superioridade do Direito Interno sobre o Direito Internacional.

*Le devoir d'obéissance des sujets vis-à-vis de la loi de l'État est absolu, quelque attitude que prenne cette loi à l'égard du droit international. La loi interne contraire au droit international lie les sujets autant que la loi conforme au droit international. Peu importe qu'il s'agisse de sujets au sens étroit, c'est-à-dire de nationaux, ou d'étrangers.*³⁸⁵

Esta posição assumida por Triepel confirma a crítica de George Galindo³⁸⁶ de que muitos são os autores que preferem tratar os dualistas como pseudo-monistas, vez que, no fundo, professam a crença da primazia do Direito Interno sobre o Direito Internacional Público. Ademais, em momento seguinte e ainda mais famoso de sua obra, Triepel ratifica o pensamento de superioridade do Direito Interno diante do Direito Internacional.

Pour remplir sa tâche, le droit international est continuellement obligé de recourir au droit interne. Sans lui il

³⁸⁴ Les rapports entre le droit interne et le droit international, ob. cit., p.104.

Note-se que Triepel defende a idéia segundo a qual o problema da relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno situação no âmbito altamente teórico, dizendo respeito inclusive aos graves problemas da teoria geral da ciência jurídica e da filosofia jurídica (ob. cit., p.78)

³⁸⁵ Ob. cit., p.104.

Tradução livre: “O dever de obediência dos sujeitos face da lei do Estado é absoluto, qualquer que seja a atitude que tome esta lei em relação ao direito internacional. A lei interna contrária ao direito internacional liga aos indivíduos tanto quanto a lei conforme ao direito internacional. Pouco importa que se trate de sujeitos no sentido estrito, isto é, de nacionais ou de estrangeiros.”

³⁸⁶ Ob. cit., p. 17.

est, sous de nombreux rapports, tout à fait impuissant. Il est semblable à un maréchal qui ne donne ses ordres qu'aux chefs des troupes et ne peut atteindre son but que s'il est sûr que les généraux, se conformant à ses instructions, donneront de nouveaux ordres à ceux qui leur sont soumis. Si les généraux se dérobent, il perd la bataille. Et de même qu'un ordre du maréchal provoque des douzaines d'ordres ultérieurs de la part des subordonnés, de même une seule règle du droit international produit parfois quantité de normes du droit interne, qui toutes se réduisent à ceci: réaliser le droit international dans la vie intérieure de l'État.³⁸⁷

Não há dúvida que esta posição de superioridade entre duas ordens separadas abra uma fenda inconciliável no pensamento dualista. Vale ainda lembrar a crítica de Hans Kelsen³⁸⁸ de que o Direito Internacional e o Direito Interno não podem ser sistemas diferentes e independentes se os dualistas os consideram válidos para o mesmo espaço e tempo.

A defesa de Triepel³⁸⁹ é tão contundente com relação ao âmbito de abrangência das ordens jurídica internacional e doméstica que sustenta que o tratado internacional não se transforma em norma interna mesmo quando

³⁸⁷ *Ob. cit.*, p. 106.

Tradução livre: “Para cumprir sua tarefa, o direito internacional é continuamente obrigado a recorrer ao direito interno. Sem este, ele é, sob numerosas relações, completamente impotente. Ele é semelhante a um marechal que não dá suas ordens senão aos chefes das tropas e não podem atingir seus objetivos a não ser que ele tenha certeza de que os generais, conformando-se às suas instruções, darão novas ordens aqueles que lhe sejam submetidos. Se os generais se furtam a isso ele perde a batalha, E da mesma maneira que uma ordem do marechal provoca dezenas de ordens ulteriores da parte dos subordinados, assim uma só regra do direito internacional público produz as vezes numerosas normas do direito interno que se reduzem todas a isso: realizar o direito internacional na vida interior do Estado.”

³⁸⁸ *Ob. cit.*, p. 516-517.

³⁸⁹ *Ob. cit.*, p.84.

publicado em Diário Oficial, posto que somente o direito doméstico obriga aos súditos. Logo para que o Direito Internacional tenha validade na seara interna, impõe-se sua transformação³⁹⁰ por meio de norma produzida pelo processo legislativo do Estado.

Para o autor, a única possibilidade de intercâmbio entre Direito Internacional e Direito Interno está no instituto do reenvio, que ocorre quando um dos dois sistemas autoriza o outro a incidir em dado momento da vida jurídica.³⁹¹ Note-se que para Tiepel o reenvio não se confunde com a recepção. Esta só ocorre verdadeiramente quando a norma internacional tem seu conteúdo repetido com exatidão pelo direito doméstico.³⁹²

Ao perceber as contradições do dualismo, Anzillotti tentou amenizá-las ao se dirigir para um pragmatismo, terminando por fazer concessões ao pensamento monista. Ao contrário de Triepel³⁹³ que considerava – no pensamento de Hans Kelsen – a idéia da norma fundamental mera ficção, Anziolotti³⁹⁴ vislumbra no *pacta sunt servanda* o referencial básico do sistema jurídico.

Apesar desta opção em romper com o voluntarismo típico em Triepel³⁹⁵ que acredita tão somente na vontade como força criadora do direito, Anziolotti conservou os postulados básicos do dualismo.³⁹⁶ Seu esforço não foi

³⁹⁰ Note-se que Alfred Verdross, partidário do monismo com prevalência do Direito Internacional, combate esta idéia de transformação, posto que para ele a lei ou regulamento do Direito Interno apenas executa a norma internacional (*Ob. cit.*, p.70).

³⁹¹ *Ob. cit.*, p.93, 95 e 97.

³⁹² *Ob. cit.*, p.97.

³⁹³ *Ob. cit.*, p.87.

³⁹⁴ *Corso di diritto internazionale*. Volume primo (Introduzione – Teoria Generali). IV edizione. Padova: Cedan, 1964. p.52.

Lembre-se, todavia, que Hans Kelsen abandona o fundamento de validade *pacta sunt servanda* para defender a norma fundamental como aquele que aprova o costume como fato criador de normas (*Ob. cit.*, p. 525).

³⁹⁵ *Ob. cit.*, p.82.

³⁹⁶ *Ob. cit.*, p. 53.

capaz de elidir a crítica mais severa ao dualismo que se resume em ser aceita apenas no plano ideal a separação entre as ordens internacional e interna. Seduzido pelas idéias de Anziolotti, Hildebrando Accioly, apesar de advogar a supremacia do Direito Internacional da qual o poder do Estado seria mera delegação, considera que ambos giram em esferas distintas porque as normas de cada um deles têm substratos diferentes.³⁹⁷

É indiscutível que a tese dualista encontra grande dificuldade em um mundo cada vez mais interligado. Bem lembra George Galindo³⁹⁸ que a tese dualista não se coaduna com o movimento de integração regional, nem com o movimento de proteção dos direitos humanos.

Sem dúvida que o formalismo dualista não responde à proposta do novo paradigma que ocupa as relações internacionais. O embate entre as normas internacional e interna ocorre na velocidade típica da era cibernética. O problema não reside em discutir se as duas estão ou não separadas. Esta discussão sobre todas as luzes está superada. O que se impõe discutir é de que maneira os ordenamentos jurídicos irão decidir quando a matéria estiver disciplinada de maneira divergente nos dois âmbitos, e as implicações da opção de cada modelo constitucional.

³⁹⁷ *Tratado de derecho internacional público*. Tomo I. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 1945. p. 17.

PARTE II

TRATADOS INTERNACIONAIS NA ORDEM BRASILEIRA

I – Tratados internacionais no direito constitucional pretérito

1. Carta Política de 1824

Primeiro, deve-se esclarecer por que se nega a terminologia *Constituição* para designar a formulação juspolítica brasileira de 1824. É que a palavra *Constituição* somente pode ser usada com precisão terminológica, quando se quer traduzir a vontade livre e soberana de um povo na elaboração de seu destino político. Não foi exatamente isso o que ocorreu com a Assembléia Constituinte que daria ao Brasil seu texto magno inaugural

Antes mesmo da Independência ter sido proclamada, D. Pedro I convocou uma Constituinte em 23 de junho de 1823, para dar ao país seu documento solene de existência frente à ordem internacional. Acontece, porém, que bastante influenciada pelas idéias iluministas, a Constituinte terminou por ser dissolvida pelo próprio Príncipe Regente. Em seguida, o Imperador convocou o Conselho de Estado para a feitura do novo projeto. Esse texto é que foi outorgado pelo Imperador em 25 de março de 1824. Não há, pois, substrato ontológico para designá-lo *Constituição*.

Por ser movimento incipiente, não se podia esperar uma Carta Magna dotada de desenvoltura, no que diz respeito à disciplina do relacionamento do Brasil com os outros Estados. Inexiste uma engenharia constitucional mais elaborada, no sentido de estruturar princípios jurídicos nesta dimensão.

³⁹⁸ *Ob. cit.*, p. 36.

A rigor, apenas um dispositivo do texto-ápice do ordenamento jurídico imperial³⁹⁹ disciplinou tal problemática, exatamente o primeiro comando normativo que estabelece as atribuições do Poder Executivo.

Interessante notar que já com a experiência jurídica de 1824, os juristas discutiam, mesmo que implicitamente, a natureza jurídica dos tratados e, por via de consequência, a quem melhor caberia as atribuições para sua celebração. José Antonio Pimenta Bueno⁴⁰⁰, o grande jurisconsulto do Império, entendia que a celebração dos tratados deveria tocar ao Poder Legislativo, posto que era um ato de soberania, “uma expressão do voto nacional” – para usar palavras suas.

Note-se que, ao se utilizar do voto nacional para fundamentar a tese de que o Legislativo seria a expressão do poder mais apta a participar da formação dos tratados, termina o jurista por indagar sobre a legitimidade do poder do Imperador. Ademais, percebe Pimenta Bueno que os tratados ingressariam como leis no Brasil. Daí a imprescindível afinidade da matéria com as atribuições do Poder Legislativo.

Igualmente, não se pode deixar de assentar que Pimenta Bueno tinha, por clarividência interpretativa, o conjunto sistêmico da Carta Magna, ao observar que não se poderia deixar de encarregar o Poder Legislativo da confecção dos tratados, posto ser esta fatia do poder a responsável pela

³⁹⁹ Art.102. O Imperador é o Chefe do Poder Executivo, e o exercita pelos seus Ministros de Estado.

São suas principais atribuições:

VIII. Fazer Tratados de Aliança offensiva, e defensiva, de Subsídio, e Comércio, levando-os depois de concluídos ao conhecimento da Assembléa Geral, quando o interesse, e segurança do Estado o permittirem. Se os tratados concluídos em tempo de paz envolverem cessão, ou troca de Territorio do Imperador, ou de Possessões, a que o Imperador tenha direito, não serão ratificados, sem terem sido approvados pela Assembléa Geral (mantida a ortografia original). V. Adriano Campanhole e Hilton Lobo Campanhole. *Constituições do Brasil*. 10ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 1989. p. 760.

⁴⁰⁰ *Direito público brasileiro e análise da constituição do império*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1978. p. 244.

nomeação dos agentes diplomáticos, bem como pela direção das negociações internacionais.⁴⁰¹

Não obstante, termina o jurista entendendo que, por razões de ordem pragmática, deve a função de celebrar tratados tocar ao Imperador. Contudo, vislumbra o caráter limitado desse mister, numa lição de que as funções do poder devem laborar em harmonia. Dizer isso significa que acima do Imperador, há um texto jurídico dotado de supremacia. O Poder Moderador, a rigor, se presta a intervir nos conflitos políticos que ameçassem o equilíbrio do Estado – na observação de Pinto Ferreira.⁴⁰²

O modelo político, em que pese gravitar em torno da figura do Imperador, era de monarquia constitucional representativa e parlamentar. Logo, o soberano tinha seus poderes delimitados na Carta Magna.

Comprovação cabal dessa assertiva reside nesta passagem de Pimenta Bueno:

Se em tratados de aliança se estipularem cláusulas que estabeleçam prestações do tesouro nacional, estas não produzirão direitos e obrigações senão depois de aprovadas pelo poder legislativo, porquanto pela Constituição e só a este compete exclusivamente o autorizar despesas públicas, e porque as atribuições do poder executivo não derogam as do legislativo, antes sim entendem-se em harmonia. Estes mesmos princípios são aplicáveis aos tratados de subsídios, desde que

⁴⁰¹ *Ob. cit.*, p.244.

⁴⁰² *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. Volume 1. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 69.

*seja o Estado quem os tem de prestar e o contrário poderia ser a ruína da nação.*⁴⁰³

Na concepção jurídica da Carta Magna de 1824, ao que tudo indica, vigorava a supremacia da lei frente ao tratado, posto que Pimenta Bueno escreve que o Imperador, ao celebrar tratados, não poderia atentar contra as leis já estabelecidas no ordenamento positivo brasileiro.⁴⁰⁴ Tanto que nestes casos, o poder legislativo não aprovaria tais tratados, podendo declará-los nulos.

Em sede de exceção, a Carta Política de 1824 permite que o Imperador celebre tratados internacionais, sem necessidade de ratificação pela Assembléa Geral, quanto a limites territoriais ou troca de territórios, ou de possessões, desde que o país esteja em guerra.

2. Constituição de 1891

Com a proclamação da República a 15 de novembro de 1889, houve um divórcio entre a nação e o Estado arquitetado sob a forma monárquica. Tal divórcio se fomentou desde o século XVII, posto que – como bem lembra Cármen Lúcia Antunes Rocha⁴⁰⁵ – desde a Revolução dos Beckmans, havida no Maranhão, em 1684, todos os movimentos insurrecionais eram interpretados como de caráter republicano, ainda que não o fossem.

Coube à Constituição de 1891 restabelecer a soberania do povo face à nova realidade política, tendo por centro gravitacional as diretrizes

⁴⁰³ *Ob. cit.* p. 244.

⁴⁰⁴ *Ob. cit.* p. 244-245.

⁴⁰⁵ *República e federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira.* Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p32. Em verdade, todos esses movimentos demonstravam insatisfação com o poder, e, como a República era a única forma de governo contraposta ao mando instituído, passou-se a entender pela vinculação dos movimentos com os ideais republicanos.

básicas da forma republicana de governo. E deve-se reconhecer que tal tarefa foi de monta, exatamente pelo pioneirismo da experiência. Não se vislumbra, pois, uma sistematização principiológica do Estado brasileiro nas suas interações internacionais.

Não obstante, há um maior desenvolvimento desse tema, se comparado com a Constituição anterior. Neste sentido, a mudança do Estado unitário para o Estado federado, deixou clarividente a detenção da soberania nas mãos da União, significando que somente este ente de direito público interno tem atribuição privativa para celebrar tratados internacionais.

A Carta Magna de 1891 declinou ao Presidente da República – chefe de governo e de Estado – a atribuição de celebrar tratados.⁴⁰⁶ Esclareça-se – na companhia de Carlos Maximiliano⁴⁰⁷ – que o constituinte utilizou-se de três vocábulos para designar a mesma coisa em essência. Nuclearmente, o constituinte autorizou o Presidente da República a pactuar com outras nações soberanas.

Deve-se, de logo, perceber que coube ao Presidente da República, igualmente, aprovar os acordos pactuados entre os Estados-membros, na conformidade do art. 65 da Constituição Federal.⁴⁰⁸ Nota-se neste dispositivo a restrição aos Estados-membros em elaborarem acordo de natureza política. Por quê? Exatamente para se evitar a formação de pequenas confederações, o que implodiria a forma República centrada na União Federal.⁴⁰⁹ Trata-se, à evidência,

⁴⁰⁶ Art.48.º Compete privativamente ao Presidente da Republica:

16º. Entabolar negociações internacionaes, celebrar ajustes, convenções e tratados, sempre “ad referendum” do Congresso, e aprovar os que os Estados celebrarem na conformidade do art.65.º, submettendo-os, quando cumprir, á autoridade do Congresso (grafia original preservada). V. Adriano Campanhole e Hilton Lobo Campanhole, *ob. cit.* p. 697-698.

⁴⁰⁷ *Commentarios á constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1923. p.511.

⁴⁰⁸ Art.65. E’ facultado aos Estados:

1º. Celebrar entre si ajustes e convenções sem caracter politico (art.48, n.16); V. Campanhole, *ob.cit.*, p. 702.

⁴⁰⁹ V. Carlos Maximiliano, *Ob. cit.* p.626.

de norma autodefensiva instituída pela própria Constituição.⁴¹⁰ Os ajustes autorizados aos Estados-membros são, portanto, de natureza meramente administrativa.

Em que pese à opção do constituinte de 1891, esclarece Valério de Oliveira Mazzuoli⁴¹¹ que a posição da União Federal frente ao poder dos Estados-membros celebrarem tratados internacionais se exaure em três possibilidades: a) a União reconhece aos Estados-membros tal poder; b) a União nada diz a respeito; c) a União nega tal atribuição aos Estados-membros.

A Constituição de 1891, por seu turno, negou aos Estados-membros o poder de celebrar tratados. Ruy Barbosa, ao analisar o art. 34, 12º, da primeira Carta Magna republicana,⁴¹² critica veementemente o fato de o governo do Estado do Amazonas ter publicado a lei n.11 de 30 de Setembro de 1892, a qual aprovou o tratado de navegação do rio Javary.

Mesmo tendo dito o art.1º da mencionada lei que o Estado-membro agia em nome da União, nos seguintes termos: “fica aprovado o tratado internacional de commercio e navegação do rio Javary e seus afluentes, celebrado pelo Governo Federal com o Governo do Peru, em 10 de Outubro de 1891”, o fato foi considerado por Ruy Barbosa uma *extravagância constitucional* e recebeu comentário peremptório.

Se ha noção, que um caloiro de direito não possa ignorar, sem attrahir sobre sua cabeça todas as bombas da Faculdade, é a de que os tratados são actos da soberania nacional, para com os quaes os Estados, como os indivíduos, como os Municípios,

⁴¹⁰ V. Carl Schmitt. *La Defensa de la Constitución*. 2ª edición. Madrid: Tecnos, 1998. 251p.

⁴¹¹ *Tratados internacionais*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001. p. 24.

⁴¹² Art.34. Compete privativamente ao Congresso Nacional:
12º. Resolver definitivamente sobre os tratados e convenções com as nações estrangeiras. V. Campanhole, *ob. cit.* p. 692-693.

*como tudo o que vive sob as leis do paiz, não têm outra relação, a não ser a da obediência. Todas as Constituições federaes do mundo conferem esse poder exclusivamente ás autoridades da União. A nossa fa-lo na linguagem mais terminante, art. 34, § 12, e art. 48, § 16. Nem nesse ponto as Constituições escriptas outra coisa não fazem que declarar um simples rudimento de senso commum.*⁴¹³

Face à Constituição de 1891 cabe ao Presidente da República celebrar o tratado internacional (art.48.º, n.16), mas seu ato deve ser remetido ao Congresso Nacional para ali ser referendado de modo definitivo (art.34.º, n.12).

A formação dos tratados revela a opção ideológica da Constituição pela teoria da tripartição das atribuições do poder. Neste sentido, o próprio Ruy Barbosa⁴¹⁴ argumenta que, aparentemente desnecessária, a expressão “resolve definitivamente”, constante do art. 34.º, n. 16 da Constituição, posto que o art.48º, n.16 submete o ato do Chefe do Executivo ao referendo do Congresso Nacional. Não obstante, faz notar o jurista que a repetição é no sentido de demarcar, nitidamente, as atribuições do Executivo e do Legislativo – que apesar de serem, neste caso, interdependentes – merecem ter suas atribuições enumeradas no documento jurídico magno.

Questão interessante é saber em que casa legislativa começaria a discussão sobre os tratados. Carlos Maximiliano dá a resposta, utilizando-se do próprio texto constitucional.

Em face do artigo 29 do estatuto fundamental combinado com o art. 9º, § 3º da Lei n. 23, de 30 de Outubro de 1891,

⁴¹³ *Commentarios á constituição federal brasileira.* Volume II. São Paulo: Saraiva & Cia, 1933. p. 258.

*cabe a iniciativa ao ramo popular do parlamento; porque as convenções internacionaes são sujeitas á homologação do Congresso mediante um projecto de lei formulado pelo Executivo e votado em sessão secreta.*⁴¹⁵

Para a problemática dos tratados internacionais sobre direitos fundamentais face à Constituição de 1988, a primeira Carta republicana alcança ponto alto ao prescrever o art. 78, cujo conteúdo passou a ser repetido todas as vezes que o poder constituinte foi exercido no Brasil.⁴¹⁶ Este dado é fundamental para se problematizar a cerca do alcance do art. 5º, §2º da Constituição Federal de 1988. Evidente que a interpretação histórica não determina o exercício hermenêutico, mas constitui elemento de relevante ponderação.

Como já ficou assentado quando se tratou da *apreensão conceitual* dos direitos fundamentais, o conteúdo do art. 78 da Constituição de 1891 deriva do IX aditamento à Constituição dos Estados Unidos da América de 1791.

Apesar de notar Miguel Reale⁴¹⁷ que Rui Barbosa não foi um dogmático perdido no mundo das idéias elaboradas na Inglaterra ou nos Estados Unidos, imperativo é admitir a influência da cultura jurídica anglo-saxônica sobre o pensamento do jurista baiano e, conseqüentemente, sobre o texto da Constituição de 1891.

Na qualidade de mentor intelectual da primeira Carta republicana, ninguém melhor do que Rui para comentá-la. E ao fazê-lo em

⁴¹⁴ *Ob. cit.* p.387.

⁴¹⁵ *Ob. cit.*, p. 374.

⁴¹⁶ Art.78. A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclue outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ella estabelece e dos princípios que consigna. V. Campanhole, *ob. cit.* p. 708.

⁴¹⁷ Posição de Rui Barbosa no Mundo da Filosofia. In. Rui Barbosa. *Escritos e Discursos Seletos*. Rio de Janeiro: Editora Nova Aguilar, 1997. p. 824.

relação ao seu art.78, deixou evidente que se tratava de norma preocupada com o exercício hermenêutico, como se pode depreender nesta passagem:

A Constituição (como qualquer outro texto de lei) não estatue somente o que reza em termos explícitos o seu texto, senão também o que nelle implicitamente se abrange e o que necessariamente se segue da essência das suas disposições. Regra é de interposição, dizem os juízes americanos, regra é de interpretação que o que está implícito numa norma legislativa, della tão realmente é parte, quanto o que na sua letra está expresso.

*“It is a rule of construction that which is implied in a statute is as much a part of it as what is expressed”
(CAMPBELL BLACK: Construction and Interpretation of Laws, n.33. pg.62).⁴¹⁸*

Não podendo a Constituição especificar todos os direitos fundamentais, indicou neste dispositivo que outros tantos que com ela se coadunem, mormente quando derivados da forma de governo e dos princípios nela consignados, têm validade na órbita do sistema jurídico. Neste sentido, o comentário pertinente de Carlos Maximiliano, com a ressalva de que “nenhuma inovação se tolera em antagonismo com a índole do regime, nem com os princípios firmados pelo código supremo.”⁴¹⁹

Exatamente esta foi a posição de João Barbalho Uchoa Cavalcanti ao comentar o mesmo art.78 da Constituição de 1891 e que continua sendo uma leitura a se considerar para o conteúdo da cláusula aberta dos direitos fundamentais até os dias atuais.

⁴¹⁸ *Ob. cit.* p. 263. Mantida a ortografia original e o formato da citação.

⁴¹⁹ *Ob. cit.*, p. 732-733.

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

Tendo a Constituição mencionado taes e quaes direitos e garantias como pertencentes aos indivíduos, aos cidadãos, ao povo, poder-se-ia concluir que outros direitos e garantias não lhes são reconhecidos, visto não se acharem expressos no texto constitucional (Inclusio unius exclusio alterius). Para afastar essa falsa conclusão, a Constituição declara que a enumeração n'ella feita quanto a direitos e garantias não deve ser tida como suppressiva de outros não mencionados, os quaes ficam subsistentes, uma vez que sejam decorrentes da fôrma de governo que ella estabelece e dos princípios que consagra.⁴²⁰
(mantida ortografia original)

Não resta dúvida de que o conteúdo do art.78 da Constituição de 1891 ingressa na ordem jurídica nacional com o objetivo de traçar um vetor hermenêutico e autorizar o intérprete da Constituição a revelar direitos que lhe são implícitos.

⁴²⁰ *Constituição federal brasileira, 1891: comentada.* Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2002. p. 344.

3. Constituição de 1934

A Constituição de 16 de julho de 1934 tivera por objetivo primeiro compor a nova ordem instituída e “pôr termo ao movimento revolucionário”, consoante observou Raimundo Faoro.⁴²¹ Não resta dúvida que coube a ela – enquanto documento juspolítico – realinhar as forças que fizeram a revolução capitaneada pela burguesia nacional. A oligarquia agrícola a quem a Constituição de 1891 procurou atender com a formalização da República, agora tomava assento secundário no novo quadro político.

Foi nesse difícil e importante momento que os constituintes de 1934 laboraram. Se no plano interno o ambiente era convulsionado, na órbita internacional o mundo procurava novas diretrizes, ainda ressentido com a queda da bolsa de Nova Iorque em 1929.

Não obstante, o constituinte pátrio estava munido de experiências constitucionais relevantes, como a ocorrida no México em 1917 e em Weimar em 1919, ambas comprometidas com a inclusão de direitos sociais no primeiro plano da ordem jurídica.

Por seu traço caracteristicamente liberal, a Constituição de 1934 assume de modo mais ousado uma postura mais sistemática frente à comunidade internacional, declarando-se pacifista, ao optar pelo esgotamento dos meios civilizados para dirimir seus conflitos com as outras nações

⁴²¹ *Os donos do poder*: formação do patronato político brasileiro. 2º v. 8ª ed. São Paulo: Editora Globo, 1989. p. 698.

soberanas.⁴²² É verdade que já existia dispositivo incipiente neste sentido no texto constitucional de 1891, mas com alcance visivelmente mais restrito.⁴²³

Percebe-se que a Constituição de 1934 – ao obrigar o Estado a não fazer a guerra de conquista e só repelir a agressão após recorrer a arbitragem sem sucesso – chega a incriminar seus dirigentes. O grande valor do dispositivo é ter o Brasil assumido em direito interno um compromisso com a paz mundial. Revela, pois, uma atitude ética do Estado brasileiro, que dispensa celebração de tratados com objetivo de assegurar a paz. Ademais, que o Brasil, ao se proibir a guerra de conquista, igualmente não a permite aos outros Estados, na lúcida ponderação de Pontes de Miranda,⁴²⁴ ao comentar o art. 4º da Carta Magna de 1934.

No tocante à atribuição ao ente público responsável por manter relacionamento no plano internacional, a Carta de 1934 não inovou ao deixá-la a cargo da União.⁴²⁵ Frente ao direito internacional, o Brasil se apresenta como unidade soberana. Nisto Pontes de Miranda se apóia para considerá-lo único, apesar de federado.⁴²⁶ Continuou-se com a concepção de não ser possível aos Estados-membros celebrarem tratados internacionais.

Em prestígio a função de chefe de Estado, cumulada com a de chefe de governo, a Constituição de 1934 preservou ao Presidente da

⁴²² Art.4º. O Brasil só declarará guerra se não couber ou mallograr-se o recurso do arbitramento; e não se empenhará jamais em guerra de conquista, directa ou indirectamente, por si ou em aliança com outra nação. V. Campanhole, *ob. cit.* p. 619.

⁴²³ Art.34. Compete privativamente ao Congresso Nacional:

11. Autorizar o governo a declarar guerra, si não tiver logar ou mallograr-se o recurso do arbitramento, e fazer a paz. V. Campanhole, *ob. cit.* p. 692-693.

⁴²⁴ *Comentários à constituição da República dos E.U. do Brasil*. Tomo I (arts.1-103). Rio de Janeiro: Editora Guanabara Waissman, Koogan, 1936. p. 191.

⁴²⁵ Art.5º. Compete privativamente á União:

I – manter relações com os Estados estrangeiros, nomear os membros do corpo diplomático e consular, e celebrar tratados e convenções internacionais. V. Campanhole, *ob. cit.* p.619.

⁴²⁶ *Ob. cit.* p. 194.

República⁴²⁷ a atribuição privativa de celebrar tratados internacionais *ad referendum* do Poder Legislativo.

Diz Pontes de Miranda⁴²⁸ que o Presidente da República aparece no exterior como integração pessoal do Estado. Em assim sendo, não age o mandatário do Poder Executivo por delegação, mas por expressa vontade da soberania popular, concretizada pelo poder constituinte. Em verdade, pode o Presidente delegar tal atribuição ao Ministro das Relações Exteriores, quando a Constituição, no seu art.90, a, exige a aprovação pelo Senado Federal.

Após empenhar o ato de vontade perante os sujeitos da comunidade internacional, o Presidente da República o submete ao Poder Legislativo para apreciá-lo. O *referendum* é, pois, controle político dos tratados. Ao considerar o tratado verdadeira lei, Carlos Maximiliano⁴²⁹ justificou a necessidade de participar o Legislativo no processo de sua formação.

Neste particular, a Constituição de 1934 seguiu sua antecessora.⁴³⁰ Perante o Poder Legislativo, o tratado é vislumbrado como ato incindível. Daí caber-lhe aprová-lo ou rejeitá-lo, não lhe tocando a faculdade de emendá-lo. Entende Pontes de Miranda⁴³¹ que, se o Poder Legislativo sugerir alterações, o Presidente da República deve interpretar que o tratado não conseguiu aprovação e, ao seu critério, poderá retomar as negociações.

⁴²⁷ Compete privativamente ao Presidente da República: 6º, celebrar convenções e tratados internacionais, *ad referendum* do Poder Legislativo; V. Campanhole, *Ob. cit.* p. 635. (Mantida ortografia original).

⁴²⁸ *Ob. cit.* p. 575.

⁴²⁹ *Ob. cit.* p. 373.

⁴³⁰ Art.40. É da competência exclusiva do Poder Legislativo:

a) resolver definitivamente sobre tratados e convenções com as nações estrangeiras, celebrados pelo Presidente da República, inclusive os relativos á paz; V. Campanhole, *Ob. cit.*, p.631.

⁴³¹ *Ob. cit.* p. 525

Pontes de Miranda⁴³² questiona se, depois de aprovado o tratado, pode o Executivo denunciá-lo sem aquiescência da expressão legislativa do Poder. Em que pese à posição de Clóvis Bevilacqua,⁴³³ dando pela possibilidade, o jurista alagoano responde de modo negativo. Clóvis Bevilacqua entende que o Presidente da República pode denunciar por ato pessoal, posto que a Constituição de 1934 somente exige a participação do parlamento quando da formação do tratado, silenciando quanto à denúncia. Pontes de Miranda, ao seu turno, advoga que, em assim se concluindo, se estaria subvertendo os princípios constitucionais. Precisaria, portanto, o chefe do Executivo apresentar projeto de denúncia, ou denunciar o tratado ad referendum do Parlamento.

Finalmente, deve-se notar que a Constituição de 1934 repete o conteúdo da emenda IX à Constituição dos Estados Unidos da América.⁴³⁴ Pontes de Miranda⁴³⁵ interpreta tal dispositivo no sentido de que os direitos expostos pela Constituição não esgotam os direitos supraestatais do homem, nem dos povos.

Não deixa claro o autor se a supralegalidade de tais direitos repousariam naquilo que – em falta de melhor terminologia – se denomina Direito natural com caráter de mera inspiração ao legislador, ou se a Carta Magna

⁴³² *Ob. cit.*, p. 526.

⁴³³ Pontes de Miranda indica que a posição de Clóvis Bevilacqua foi exposta no *Jornal do Comércio* na edição de 9 de julho de 1926. Em verdade, esta posição de Clóvis Bevilacqua, então consultor jurídico do Itamaraty, foi expressa em um parecer datado de 5 de julho de 1926, ocasião em que o governo Artur Bernardes havia decidido que o Brasil sairia da Sociedade das Nações e questionava-se a necessidade de autorização do Parlamento para a formalização da denúncia deste ato internacional (V. Francisco Rezek, *Direitos dos tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. 497-499).

⁴³⁴ Art.114. A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros, resultantes do regime e dos princípios que ella adopta. V. Campanhole, *ob. cit.* p.654. Mantida ortografia original.

⁴³⁵ *Comentários à constituição da República dos E.U. do Brasil*. Tomo II (Arts.104-187). Rio de Janeiro: Editora Guanabara Waissman Koogan, 1936. p. 283.

se comprometeu em realizar no plano infraconstitucional direitos humanos reconhecidos na ordem jurídica interestatal.

Ao se notar a referência a direito dos povos, pode-se ainda indagar, da leitura do dispositivo, se Pontes de Miranda já não estaria questionando a possibilidade de supremacia dos direitos humanos celebrados em tratados face à Constituição brasileira.

A questão é por demais complexa, posto que a supraconstitucionalidade deve se harmonizar com aquilo que a própria Constituição dispuser. Não se trata de conceito absoluto, senão atrelado à concepção de soberania, problema ainda mais intrincado nos dias que correm.⁴³⁶

4. Carta Política de 1937

Pelas mesmas razões expostas quando se comentou a Carta Magna de 1824, não se pode atribuir a nomenclatura de *Constituição* ao documento-ápice que passou a disciplinar toda a ordem jurídica brasileira a partir de 10 de novembro de 1937, pois que outorgada pelo senhor Getúlio Vargas.

Raimundo Faoro, em obra clássica nos domínios da Ciência Política, registrou o descontentamento de Vargas com a Constituição de 1934, desde o primeiro momento.

A um escritor, Getúlio Vargas, sempre cauteloso nas confidências, não poupou críticas à Constituição, jurando ser

⁴³⁶ Retornar-se-á a esta questão quando se estudar o capítulo IV da segunda parte deste trabalho.

*seu primeiro revisionista. “Os constituintes” – declarava – “tinham se esquecido do Brasil. O governo da União fora despojado dos meios de realizar os seus fins de supervisão administrativa e política da nação.” “Senti” – depõe o arguto ouvinte – “que o que o impressionava era o destino da federação, ameaçado de ser novamente entregue, sem armas para defender-se, à desenfreada disputa dos Estados.” Poderia repetir as palavras com que abriu os trabalhos da Constituinte, ao fazer a crítica do regime deposto: “A obra política criada deixara a nação fora do Estado, e a reação anunciava-se inevitável”.*⁴³⁷

Trata-se, em verdade, de período reacionário para a vida das instituições e das aspirações democráticas da nação brasileira. Na sua arquitetura internacional, a Carta Política de 1937 regrediu à luz das idéias liberais que floresceram com a Constituição de 1934. Diferentemente da Constituição de anterior, a Carta Política do Estado Novo não se comprometeu com a paz mundial. Limitou-se a estabelecer que caberia à União manter relações com os Estados estrangeiros, celebrando tratados e convenções.⁴³⁸

Utilizando-se de técnica legislativa condenável, o constituinte não previu atribuição ao Poder Legislativo para resolver definitivamente sobre tratados internacionais. Não obstante, quando das atribuições privativas do Presidente da República, há comando normativo autorizando que este celebre

⁴³⁷ *Ob. cit.*, p. 698.

⁴³⁸ Art.15. Compete privativamente à União:

I – manter relações com os Estados estrangeiros, nomear os membros do Corpo Diplomático e Consular, celebrar tratados e convenções internacionais. V. Campanhole, ob. cit. p. 535.

tratados internacionais ad referendum do Poder legislativo.⁴³⁹ Recorde-se aqui que Rui Barbosa⁴⁴⁰ – ao comentar a primeira Constituição da República – advogou a tese de se estabelecer as atribuições de cada expressão do poder, mesmo que resulte em repetição: tudo em prestígio à interdependência existente entre os agentes do Estado, que a Carta Política de 1937 desprezou.

Araújo Costa,⁴⁴¹ ao estudar a estrutura de mando implementado pela Carta Magna de 1937, observou que o Presidente da República detinha os mais altos poderes e que, diferentemente das Constituições de 1891 e 1934, podia ele interferir na feitura das leis e expedir decretos-leis. As considerações do autor respaldam-se na dicção do art. 73 da Carta Política.⁴⁴²

Apesar de tutelar os indivíduos aos objetivos ditatoriais do Estado, o constituinte de 1937 manteve a tradição da cláusula aberta⁴⁴³ no que se refere aos direitos fundamentais. Torna-se sintomática a segunda parte do dispositivo, quando o Estado sobressai à sociedade. O poder não serve aos indivíduos, mas ao contrário: os direitos fundamentais é que objetivam assegurar o arcabouço de mando.

É explícito que o dispositivo não respira a mesma liberdade dos comandos semelhantes das duas Constituições republicanas anteriores. Sintomático, neste sentido, é a segunda parte do dispositivo que, utilizando-se de

⁴³⁹ Art.74. Compete privativamente ao Presidente da República:

d) celebrar convenções e tratados internacionais, ad referendum do Poder Legislativo; V. Campanhole, *ob. cit.* p. 547.

⁴⁴⁰ *Ob. cit.*, p. 387.

⁴⁴¹ *A constituição de 1937*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1941. p. 183-184.

⁴⁴² Art. 73. O Presidente da República, autoridade suprema do Estado, coordena a atividade dos órgãos representativos, de grau superior, dirige a política interna e externa, promove ou orienta a política legislativa de interesse nacional, e superintende a administração do país.

⁴⁴³ Art. 123. A especificação das garantias e direitos acima enumerados não exclue 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

conceitos fluidos (p. ex., bem comum, as necessidades da defesa, do bem estar, da paz e da ordem coletiva, exigências da segurança da Nação e do Estado), limitam o exercício revelador dos direitos fundamentais implícitos na Constituição. Vinculam-se, pois, os direitos fundamentais à ideologia totalitária do regime. Em análise sumária: colocam-se os direitos fundamentais numa camisa-de-força.

5. Constituição de 1946

Restabelecida a paz mundial com o fim da Segunda Guerra Mundial e a derrota do nazismo, florescem no país condições propícias para a redemocratização. É verdade que Pontes de Miranda,⁴⁴⁴ depois de considerar a Carta Magna de 1946 a mais complexa das Constituições americanas, criticou-a por não se desligar da estruturação presidencialista e das forças políticas dos Estados-membros, os quais se alimentavam de oligocracia civil-militar e monocracia. Mas é o próprio Pontes de Miranda, em prefácio à 2ª edição da mesma obra quem escreve:

*Os benefícios que ao Brasil já trouxe a Constituição de 1946 são grandes. Vê-lo-ão maiores os que os tiverem de apreciar dentro de alguns decênios. Serviu, além disso, a mostrar a vocação democrática e liberal do povo brasileiro.*⁴⁴⁵

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.

⁴⁴⁴ *Comentários à constituição de 1946*. 2ª edição. 1º v (arts.1º - 14) São Paulo: Max Limonad, 1953. p. 7 e 9.

⁴⁴⁵ *Ob. cit.* p. 5.

A Constituição de 1946 retoma a tradição republicana de reassumir o compromisso com a paz⁴⁴⁶ perante a ordem jurídica interestatal. Pontes de Miranda⁴⁴⁷ percebeu no desejo pacifista o caráter universal, tanto que vislumbrou em tal norma a vontade do povo – acima dos poderes constituídos – em obrigar o Estado a evitar o confronto pelos meios possíveis.

Ao analisar esse dispositivo, Carlos Maximiliano⁴⁴⁸ considerou a Constituição brasileira de 1946 como a mais liberal e adiantada do mundo. Explica, ainda, o autor que, além do espírito pacifista, há um dado concreto: o Brasil empenhou-se em várias guerras e nunca logrou ao vencido um pedaço de território.

Em síntese, disse Themistocles Brandão Cavalcanti⁴⁴⁹ que, neste dispositivo, o Brasil faz uma declaração que resume a sua doutrina de interação no plano internacional.

Sem demonstrar nenhuma surpresa, o constituinte continuou deferindo à União⁴⁵⁰ o poder de manter relações com os Estados estrangeiros, sob o argumento implícito do federalismo. É verdade, que a essa época, esse paradigma havia sido superado pela Constituição da Rússia que permitia – como

⁴⁴⁶ Art.4º. O Brasil só recorrerá à guerra se não couber ou se malograr o recurso ao arbitramento ou aos meios pacíficos de solução do conflito, regulados por órgão internacional de segurança de que participe; e em caso nenhum se empenhará em guerra de conquista, direta ou indiretamente, por si ou em aliança com outro Estado. V. Campanhola, *ob. cit.*, p. 410.

⁴⁴⁷ *Ob. cit.*, p. 323.

⁴⁴⁸ *Comentários à constituição brasileira*. 4ª ed. 1º v. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1954. p.184-185.

Apesar das palavras do autor, deve-se lembrar que na guerra do Paraguai, o Brasil terminou agregando parte do Pantanal que anteriormente pertencia àquele país.

⁴⁴⁹ *A constituição federal comentada*. 3ª ed. Volume I. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1956. p.73.

⁴⁵⁰ Art.5º - Compete à União:

I, manter relações com os Estados estrangeiros e com êles celebrar tratados e convenções; V. Campanhole, *ob. cit.* p.410.

notam Alcino Pinto Falcão e José de Aguiar Dias⁴⁵¹ – a cada uma de suas repúblicas federadas a manter relações internacionais, inclusive podendo permutar representantes diplomáticos e consulares.

A Carta Magna de 1946 devolve à atribuição exclusiva do Congresso Nacional o poder de resolver definitivamente sobre os tratados internacionais⁴⁵², em uma das melhores redações que discorreram a propósito desse conteúdo ao longo da historiografia constitucional.

Cabe aqui a intervenção de Eduardo Espindola,⁴⁵³ para explicar que a competência exclusiva do Legislativo se dá naquelas oportunidades onde basta a interferência dessa expressão do Poder para se ter o ato concluído. Quando o Parlamento detém competência privativa, significa dizer que seu ato sofre co-participação do Presidente da República. O ato de apreciar os tratados por parte do Legislativo é da primeira espécie de competência. Estando nas matérias elencadas neste dispositivo, não há possibilidade de veto por parte do Executivo.⁴⁵⁴

Sem surpresa, igualmente, o texto constitucional de 1946 conservou ao Chefe do Poder Executivo⁴⁵⁵ a atribuição de celebrar tratado internacional ad referendum do Parlamento. Esta atividade do Presidente da República já estava tão arraigada na tradição do constitucionalismo brasileiro, que

⁴⁵¹ *Constituição anotada*. 1º v (arts.1º a 128). Rio de Janeiro: José Konfino – Editor, 1956. p. 66.

⁴⁵² Art. 66. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I – resolver definitivamente sobre os tratados internacionais e convenções celebradas com os Estados estrangeiros pelo Presidente da República; V. Campanhole, *ob. cit.* p. 423.

⁴⁵³ *A nova constituição do Brasil. Direito político e constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946. p. 285.

⁴⁵⁴ V. Carlos Maximiliano. *Comentários à constituição brasileira*. 5ª ed. 2º v. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954.p. 149.

⁴⁵⁵ Art.87. Compete privativamente ao Presidente da República:

VII – celebrar tratados e convenções internacionais *ad referendum* do Congresso Nacional; V. Campanhole, *ob. cit.* p. 428-429.

José Duarte⁴⁵⁶, em livro sobre o desenvolvimento dos trabalhos constituintes de 1946, observou que a redação do inciso VI do art. 87 foi acolhida sem debate.

Na confluência do movimento de redemocratização do país, o dispositivo que assegurou a cláusula aberta de direitos e garantias fundamentais⁴⁵⁷ se fez presente no momento constitucional de 1946 com mais coerência que no texto magno anterior.

Themistocles Brandão Cavalcanti⁴⁵⁸ verifica que qualquer interpretação constitucional gravita em torno do sistema político criado pela Constituição, o qual se concretiza nas estruturas fundantes do sistema normativo – como são o regime representativo, a federação e a democracia, por exemplo. A Constituição enquanto “um esqueleto de idéias e princípios gerais, que formam o núcleo, o credo, o dogma fundamental de um regime, o decálogo político de um povo” – na metáfora produzida por Carlos Maximiliano⁴⁵⁹ – guarda em suas entranhas direitos implícitos, mas nem por isso menos exigíveis que aqueles que ganharam vida em regra escrita.

Pontes de Miranda⁴⁶⁰ não foi feliz ao apreciar a dicção do art. 144 da Constituição de 1946, pois nele enxergou – como ocorrera quando interpretou o comando correlato da Carta Política de 1937 – uma contradição inconciliável com a possibilidade da cláusula aberta de direitos e garantias fundamentais, vez que havia em ambas a restrição ao direito de propriedade e que este se esgotava no âmbito do texto-ápice da ordem jurídica.

⁴⁵⁶ *A constituição brasileira de 1946: exegese dos textos dos trabalhos da Assembléia Constituinte*. 2º v. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1947. p. 224.

⁴⁵⁷ Art.144. A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios a que ela adota. V. Campanhole, *ob. cit.*, p. 448.

⁴⁵⁸ *A constituição federal comentada*. 3ª ed. 3º v. Rio de Janeiro: José Konfino – Editor, 1958. p. 229.

⁴⁵⁹ *Comentários à constituição brasileira*. 5ª ed. 3º v. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954. p. 175.

⁴⁶⁰ *Comentários à constituição de 1946*. 2ª ed. 4º v. São Paulo: Max Limonad, 1953. p. 451.

Neste passo, o gênio de Pontes de Miranda – ao atentar para a restrição ao direito de propriedade – olvidou-se que não existe direito absoluto, posto que sempre condicionado ao exercício de outros direitos que lhe são contemporâneos. E neste ponto, nem se pode deixar de reparar a injustiça com o constituinte autoritário de 1937. É claro que Pontes de Miranda tem razão em criticar a Carta Política do Estado Novo por tentar aglutinar em torno de si idéias liberais, sociais-democratas e fascistas.

Quanto ao fato de o direito de propriedade se esgotar no âmbito da Constituição, não depõe contra o art. 144, que se compromete a revelar outros direitos, não os já explicitados. Ademais, nenhuma contradição há em se limitar o direito de propriedade nos termos da Constituição. Importante é notar que este (o direito de propriedade) foi devidamente assegurado.

Mas argutos foram Alcino Pinto Falcão e José de Aguiar Dias,⁴⁶¹ ao analisar o art. 144 da Constituição de 1946, quando perceberam ter havido em 1937 a permanência do princípio da cláusula aberta dos direitos e garantias fundamentais, mas com ressalva,⁴⁶² a qual, esta sim, norma restritiva, pois o próprio uso dos direitos passaram a residir na vontade discricionária do Estado.

Interessante, nesse momento, trazer uma decisão coligida por Dirceu A. Victor Rodrigues, que concretiza o art. 144 da Constituição de 1946 na visão do Poder Judiciário da época.

⁴⁶¹ Constituição anotada. 2º v (arts.129 a 144). Rio de Janeiro: José Konfino – Editor, 1957. p. 253.

⁴⁶² Rezava a Constituição de 1937:

“Art.123. A especificação das garantias e direitos acima enumerados não exclue 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.”

1680 – A revogabilidade dos atos administrativos cessa quando, sob a égide da lei, se criarem direitos individuais.

Ac. unânime, STF., 12-6-53 Rev. Dir. Adm. 48/350.⁴⁶³

Com estas considerações, nota-se que a Constituição de 1946 retoma com extrema felicidade o caminho das cláusulas abertas dos direitos e garantias fundamentais, e esta amplitude parecer ter sido compreendida pela atividade jurisdicional do Poder.

6. Constituição de 1967

O Comando Revolucionário Militar que assumiu o poder a partir de 31 de março de 1964, teve dificuldades em governar sob a égide da Constituição de 1946, pois esta fora fomentada nos anseios democráticos do povo. O próprio Ato Institucional expedido em 9 de abril de 1964 – que ratificou a Carta Magna de 1946, contra ela atentava ao impor várias cassações e suspensões de direitos políticos.

Percebendo a incompatibilidade da Constituição de 1946 com o regime de exceção que se instalava no país, os detentores do poder trataram logo de dotar o Estado de nova Norma Fundamental. Apesar de o Ato

⁴⁶³ *Constituição brasileira de 1946 vista pela jurisprudência dos tribunais.* São Paulo: Sugestões Literárias, 1964, p. 269. Ao que parece, admitiu-se nesta decisão que a norma infraconstitucional poderia criar direitos fundamentais. Evidente que este entendimento somente é viável ao vislumbrar o intérprete que a própria Constituição assim autorizou o legislador como agente responsável pela ampliação do rol dos direitos fundamentais. Esta

Institucional de número 4 ter disciplinado o procedimento do Congresso Nacional para a votação do projeto de novo Texto Magno apresentado pelo governo, não se lhe pode negar, ao menos formalmente, a denominação de Constituição, posto que votada por representantes do povo.

No plano internacional, a nova ordem constitucional manteve com melhor técnica – no parecer de Paulino Jaques⁴⁶⁴ – seu compromisso com a paz, ratificando o desejo da nação brasileira em vedar ao Estado a guerra de conquista.⁴⁶⁵ Muito embora tenha o parágrafo único do art. 7º se limitando a dizer que o país não fará guerra de conquista, não se reportando à impossibilidade de formar alianças neste sentido, como fez o art. 4º da Constituição de 1946, nota Pontes de Miranda⁴⁶⁶ que tal proibição encontra-se implícita.

Manteve o constituinte de 1967 à União a atribuição de celebrar tratados internacionais, consequência natural de ser o Brasil um Estado único na perspectiva das relações interestatais.⁴⁶⁷

Coube, igualmente, ao Congresso Nacional, em atribuição exclusiva, a tarefa de apreciar o tratado internacional em caráter definitivo.⁴⁶⁸

discussão será retomada, à luz da Constituição de 1988, quando se estudar o capítulo IV da segunda parte deste trabalho.

⁴⁶⁴ *A constituição explicada*. 5ª edição. Rio de Janeiro, 1983. p. 22.

⁴⁶⁵ Art.7º. Os conflitos internacionais deverão ser servidos por negociação diretas, arbitragem e outros meios pacíficos, com a cooperação dos organismos internacionais de que o Brasil participe.

Parágrafo único. É vedada a guerra de conquista. V. Campanhole, *ob. cit.* p.319.

⁴⁶⁶ *Comentários à constituição de 1967*. Tomo I (arts.1º - 7º). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967. p. 572.

⁴⁶⁷ V. Pontes de Miranda. *Comentários à constituição de 1967*. Tomo II (arts.8º - 33). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. p. 9-10.

⁴⁶⁸ Art. 47. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I – resolver definitivamente sobre os tratados celebrados pelo Presidente da República. V. Campanhole, *ob. cit.* p. 334. (Mantida a ortografia original).

A engenharia da Constituição de 1967 laborou no sentido de hipertrofia a função executiva do Poder frente às demais, como é comum aos regimes de exceção. Então, com muito mais razão, a atividade de chefe de Estado se hipertrofia e, portanto, não poderia se encarregar senão ao Presidente da República a atribuição de celebrar tratados.⁴⁶⁹ Pontes de Miranda⁴⁷⁰ esclarece sem maior necessidade que a expressão privativamente não foi utilizada no sentido de contrapor as faculdades da União às dos Estados-membros – como fizera Carlos Maximiliano⁴⁷¹ ao comentar dispositivo correlato inserido na primeira Carta republicana – mas, sim, no sentido de definir as atribuições do Executivo face às do Legislativo e do Judiciário.

Todavia, questão de monta é perceber que há uma aparente contradição entre os arts. 47 e 83 da Constituição de 1967. Pelo primeiro dos dispositivos se percebe que o Congresso Nacional somente poderia se pronunciar definitivamente sobre tratados. Acontece, porém, que o art.83 diz que o Presidente celebrará tratados, convenções e atos internacionais, ad referendum do Congresso Nacional. Ora, como poderia o Parlamento apreciar convenções e atos internacionais se o art. 47 somente menciona tratados?

Em que pese se reconhecer falta da melhor técnica legislativa,⁴⁷² resolve-se a questão ao considerar tratado como gênero dos atos internacionais. Nesse particular razão não assiste a Celso D. de Albuquerque Mello,⁴⁷³ ao dizer que haveria aí uma contradição insanável.

⁴⁶⁹ Art.83.Compete privativamente ao Presidente da República:
VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, *ad referendum* do Congresso Nacional; V. Campanhole, *ob.cit.*, p. 344.

⁴⁷⁰ Comentários à Constituição de 1967. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967. p.307.

⁴⁷¹ *Ob. cit.*, p. 483.

⁴⁷² *Ob. cit.*, p. 374.

⁴⁷³ *Curso de direito internacional público*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p.182. Esse mesmo deslize técnico ocorreu quando da redação da Constituição de 1946.

Apesar de a Constituição de 1967 formatar um Estado anômalo, não se olvidou de inserir em seu texto a cláusula aberta dos direitos e garantias fundamentais.⁴⁷⁴ Talvez a inserção dessa cláusula não comprometa em nada a ideologia do sistema político eleito pelo constituinte, vez que tão-somente afirma pela existência de direitos compatíveis com a ordem estabelecida. Significa dizer que a ordem posta ratifica os direitos dela decorrentes. Em outros termos: tudo que derivar da Constituição está por ela abrigado. Nenhum perigo representa dispositivo de tal natureza. Afinal o princípio da constitucionalidade não pode ser revogado pela mais brutal das ditaduras.⁴⁷⁵

7. Emenda Constitucional n. 1

Não falta, em sede de literatura jurídica, quem aponte a Emenda n.1 de 17 de outubro de 1969 como autêntica Constituição.⁴⁷⁶ A rigor, o rompimento com a ordem constitucional aconteceu com a edição do AI 5 em 13 de dezembro de 1968. A Emenda n. 1 foi apenas a formalização de uma nova ordem constitucional que já vigia no mundo dos fatos.

Onde se viu uma emenda modificar toda a redação da Constituição em vigor sem instituir um novo paradigma de validade para a ordem jurídica? Daí a conclusão de ser a Emenda n. 1 verdadeiro exercício do poder

⁴⁷⁴ Art.150. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 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. V. Campanhole, *ob. cit.*, p. 368.

⁴⁷⁵ Voltar-se-á a este tema quando do capítulo IV da segunda parte do trabalho.

⁴⁷⁶ V. José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*. 18ª edição. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 89.

constituente. De qualquer modo, por ter prevalecido o aspecto formal na nomenclatura dos que comentaram a Constituição de 1967 após o advento da aludida modificação, utiliza-se, aqui, a expressão Emenda Constitucional n. 1.

No que tange aos aspectos formais, a Emenda Constitucional n. 1 não se rebelou contra a ordem jurídica anterior. Em determinados momentos, como aconteceu quando do dispositivo em que o Brasil se apresenta ao ordenamento interestatal com a promessa de paz,⁴⁷⁷ manteve a redação do art. 7º da Constituição de 1967.

A mesma repetição acontece com a redação do art. 8º, I que indica a União⁴⁷⁸ como pessoa jurídica de direito interno com atribuição para se relacionar na ordem internacional. Esta atribuição lhe reconhece o direito de legação ativa (envio de agentes diplomáticos brasileiros) e passiva (recebimento de agentes diplomáticos estrangeiros), e ainda o poder de atuar junto a organismos internacionais⁴⁷⁹. Além, é claro, de ser o ente nacional responsável pela celebração dos acordos internacionais.

No que se refere a atribuição exclusiva do Congresso Nacional para resolver definitivamente sobre atos internacionais,⁴⁸⁰ imperativo se reconhecer a superioridade da técnica legislativa. Supriu-se a deficiência de técnica utilizada nos arts. 47 e 83 da Constituição de 1967.

⁴⁷⁷ Art.7º. Os conflitos internacionais deverão ser resolvidos por negociações diretas, arbitragem e outros meios pacíficos, com a cooperação dos organismos internacionais de que o Brasil participe.

Parágrafo único. É vedada a guerra de conquista. V. Campanhole, *ob. cit.*, p. 192.

⁴⁷⁸ Art.8º. Compete à União:

I – manter relações com Estados estrangeiros e com eles celebrar tratados e convenções; participar de organizações internacionais; V. Campanhole, *ob. cit.*, p. 192.

⁴⁷⁹ V. José Celso de Mello Filho. *Constituição federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 27.

⁴⁸⁰ Art.44. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I – resolver definitivamente sobre tratados, convenções e atos internacionais celebrados pelo Presidente da República; V. Campanhole, *ob. cit.*, p. 213.

E complementando a coerência do sistema na celebração dos atos internacionais, o art. 81, X na redação que adveio da Emenda Constitucional n. 1 atribuiu, na tradição da historiografia pátria, atribuição privativa ao Presidente da República para celebrar compromissos internacionais.⁴⁸¹

No que tange a cláusula aberta dos direitos e garantias fundamentais, o texto constitucional de 1967, após a Emenda n. 1, conservou na sua dicção o mesmo conteúdo.⁴⁸²

Ocupando-se em interpretar o art. 153, § 36 da Constituição de 1967 com a redação recebida pela Emenda n. 1, Pontes de Miranda tentou dar praticidade às suas letras.

No art.113, 1), 2ª parte, a Constituição de 1934 dizia: “Não haverá privilégio, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosa ou idéias políticas”. Já a Constituição de 1967 não contém o que pusemos em letra grifa, nem o continha a de 1937 ou a de 1946. Donde ter-se de saber se a omissão constitui exclusão, ou se os princípios insertos na 2ª parte do art. 113, 1), resultam “do regime e dos princípios” constantes da Constituição de 1967.

⁴⁸¹ Art.81. Compete privativamente ao Presidente da República:

X – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, ad referendum do Congresso Nacional; V. Campanhole, *ob. cit.*, p. 223.

⁴⁸² Art.153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, a liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 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. V. Campanhole, *ob. cit.* p. 251 e 254.

A resposta tem de ser afirmativa. Qualquer das limitações que a lei fizesse, pelo fato do nascimento, do sexo, da raça, da profissão própria ou dos pais, classe social, riqueza, crença religiosa ou política, ofende, de frente, o princípio de isonomia, que a Constituição de 1967 pôs antes de todos (art. 153, § 1º).⁴⁸³

Parece acertada a hermenêutica construída por Pontes de Miranda. Não obstante é de se perguntar se a não-discriminação é uma regra ou um princípio. Ao que tudo indica, o jurista entende como princípio. Bem, o que a Constituição autoriza é que se retire dos princípios e do regime nela assegurados outros direitos ou garantias. Será que ao invocar o princípio da isonomia para revelar o princípio da não-discriminação não restaria tão-somente densificando⁴⁸⁴ o primeiro? Ou mais: a norma constitucional não estaria apenas autorizando a densificação de princípios?

Outra possibilidade para a existência do dispositivo é autorizar o legislador infraconstitucional a editar normas concretizando direitos que possuem eco nos princípios e no regime recepcionados pela Carta Magna.

Não haverá, portanto, direito novo, no sentido de ser este alienígena à Constituição. Todos da Carta Magna decorrem, como ficou

⁴⁸³ *Comentários à constituição de 1967*. 3ª ed..Tomo V (arts. 153,§ 2º - 150). Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 660.

⁴⁸⁴ V. José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 1099-1100.

No mesmo sentido de Pontes de Miranda, inclusive utilizando-se do princípio da isonomia, veja-se Dirceu A.

Victor Rodrigues, Ob. cit., p. 269).

assentado na primeira parte dessa empreitada, mormente quando se discorreu sobre poder constituinte e princípios constitucionais.

O legislador constituinte apenas formalizou em texto solene, o que a teoria do ordenamento já tornou domínio comum: o fluxo dos direitos fundamentais é contínuo e se revela pela expansividade própria dos princípios.

II– A Constituição vigente e as relações exteriores

1. Substrato fático

Os objetos culturais estão inseridos em determinado contexto histórico, pelo simples fato de a criatura humana possuir a consciência do tempo e do espaço. Nessa linha de raciocínio notou Ferreira Gullar⁴⁸⁵ que o homem por ser histórico não cria do nada e não consegue situar-se fora da cultura.

Em se dizer que o homem não cria do nada, significa que lança mão do caldo cultural anteriormente construído. Entenda-se cultura como o acervo de valores produzidos pela humanidade ao correr do tempo.

Ao observar que “o homem é um animal teleológico, que atua geralmente em função de finalidades projetadas no futuro”, Norberto Bobbio⁴⁸⁶ ratifica, na perspectiva da filosofia da história, que somente quando se apreende o fim de um fato social é que se pode alcançar seu sentido. Nesse mesmo diapasão, Paulo Bonavides⁴⁸⁷ declara que a *consciência histórica* é realidade imprescindível para a análise dos fenômenos sociais e das instituições humanas.

Sendo o direito fenômeno de facetas múltiplas, pode-se tomá-lo em sua expressão sociológica ou jurídico-dogmática. Acontece, porém, que esta seção somente é possível na esfera didática, posto que em ambas há – como bem nota Miguel Reale⁴⁸⁸ – um campo comum de interesse.

Somente nessa interação de perspectivas é que o plexo normativo esboçado pela Constituição brasileira vigente pode ser analisado frente às relações internacionais. É que a Carta Magna de 1988 foi plasmada diante de uma realidade social nova ao exercício do poder constituinte antecedente: a globalização.

⁴⁸⁵ *Indagações de hoje*. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1989. p. 22.

⁴⁸⁶ *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992. p. 51.

⁴⁸⁷ História e Direito. *Revista Nomos*. Fortaleza, ano 2, nº2, p.111, 1980.

⁴⁸⁸ *O direito como experiência*. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1992. p.32.

Esse movimento que traça novo paradigma para o constitucionalismo atual, não pôde ser desconsiderado na formatação das relações interestatais que o Estado brasileiro terá que empreender.

O capitalismo, na sua alta capacidade mutante, utiliza-se com desenvoltura da velocidade cibernética para introduzir no globo terrestre o poder avassalador do mercado. Esta força brutal, capaz de condicionar estruturas jurídicas, foi muito bem cognominada por George Soros⁴⁸⁹ como *fundamentalismo de mercado*.

Apesar de se frisar que a denominada globalização está assentada em novas variantes do sistema capitalista, diante da complexidade do fato social novo, não se pode deixar de reconhecer relativa razão a Ricardo Petrella,⁴⁹⁰ quando observa que o fenômeno econômico constitui a reconfiguração do mundo e dos assuntos humanos.

Em verdade, não há que se olvidar que o fenômeno da globalização trouxe a reboque de seus propósitos econômicos a criação e incremento de instituições supranacionais e questionamentos transnacionais, tais como meio ambiente, desarmamento nuclear, poder soberano dos Estados e bioética, dentre tantos.

Para o centro de interesse da tese sustentada, a questão da soberania como uma das variantes do substrato fático da globalização impõe-se de modo imediato.

Balizada em uma pretensa universalidade dos povos, o fenômeno globalizante indaga a propósito do fim do Estado-nação. Resolver esta questão é enfrentar o epicentro onde se posiciona o futuro do direito

⁴⁸⁹ *A Crise do capitalismo. As ameaças aos valores democráticos. As soluções para o capitalismo global*. São Paulo: Editora Campus, 1999. p. 23.

⁴⁹⁰ Globalização e Internacionalização – A Dinâmica da Emergente Economia Mundial. In. BOYER, Robert, DRACHE, Daniel. *Estados contra mercados. Os limites da globalização*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 81-82.

constitucional. Afinal, como lembra Francisco Lucas Pires,⁴⁹¹ entre os conceitos de Constituição e de Estado-nação soberano há uma ligação para a vida e para a morte.

Constata-se que há uma crise no conceito clássico de soberania, quando entendido este como o poder supremo do Estado. Contudo, deve-se sublinhar que, desde a Primeira Grande Guerra, a concepção clássica de soberania vem perdendo terreno, consoante lembra Miguel Reale⁴⁹² ainda na quarta década do século passado.

Em verdade, o equívoco da teoria absoluta da soberania foi vislumbrar “um poder de autonomia incondicional”, na feliz síntese de Machado Paupério.⁴⁹³ O fundamento da teoria clássica da soberania repousa em experiência histórica retratada pelo próprio Paupério, nesta passagem:

O conceito de soberania aparece, pela vez primeira, quando se torna independente o Estado francês, como potência temporal, em relação ao Pontificado (...)

Sob FRANCISCO I e sob o influxo das idéias romanistas, a escola de Tolosa apresenta o Rei de França como o mais elevado da terra.

*O Reio de França apresenta-se, assim, como o primeiro Rei do mundo, o qual, nem juridicamente, nem de fato, reconhece superior algum, na ordem temporal, nem ainda o Papa, na ordem espiritual.*⁴⁹⁴

⁴⁹¹ *Introdução ao direito constitucional europeu – Seu sentido, problemas e limites*. Lisboa: Almedina, 1997. p.7.

⁴⁹² *Teoria do direito e do estado*. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1984, p. 259.

⁴⁹³ *O conceito polêmico de soberania*. Rio de Janeiro: Forense, s/d, p.197.

⁴⁹⁴ *Ob. cit.* p. 39 e 47.

Entendendo-se a soberania como categoria fundante do Estado-nação, o desaparecimento dela implica na falência deste. Acontece, porém, que, por não configurar um poder absoluto, as mutações que vem experimentando a soberania autorizam afirmar que o Estado-nação não corre risco quanto sua existência. Continua, pois, em vigor o Estado soberano.⁴⁹⁵

Em verdade, há um equívoco na apreciação do novo modelo. É evidente a falta de controle do Estado sobre o caráter volátil do capital internacional. Acontece que isso, por si só, não é capaz de abalar a soberania dos Estados. Reconhecer que há forças maiores que o Estado não significa afirmar pela sua inexistência.

Por outro lado, o fenômeno da globalização, na vertente econômica, provocou um novo desenho geo político entre os Estados. Deriva daí a formação de comunidade de países, sendo a Comunidade Européia e o Mercosul, os dois exemplos mais expressivos.

A dificuldade inaugural para o Direito consiste em estabelecer qual a natureza jurídica desses blocos de países. Manoel Gonçalves Ferreira Filho,⁴⁹⁶ ao analisar o modelo da Comunidade Européia nota que esta nova realidade combina elementos da Confederação de Estados com outros típicos de Estado Federal.

De fato, da Confederação adotou um órgão de cúpula, o Conselho, onde todos os Estados são paritários e algumas decisões reclamam a unanimidade para sua aprovação. Utilizou-se, por outro turno, da repartição de atribuições entre a Comunidade e os Estados-partes, o que constitui configuração de Federação.

⁴⁹⁵ O próprio constituinte brasileiro reconheceu sua existência, ao atribuir a soberania como o primeiro dos fundamentos do Estado Democrático (art.1º,I da CF).

⁴⁹⁶ O Futuro do Estado. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*. São Paulo, ano 2, n.4. p.97. nov.-jun. 1998.

Do modelo federativo, pode-se observar a existência de um Parlamento, composto em termos proporcionais ao número de habitantes de cada uma das partes componentes, e de uma Corte de Justiça, que controla as decisões da Comunidade junto a cada um dos países participantes.

O segundo problema que desafia o jurista para a exata compreensão da formação de blocos de Estados diz respeito ao próprio entendimento do conceito de soberania,⁴⁹⁷ mormente no seu momento atual. Em livro publicado em 1922, R. Carré de Malberg⁴⁹⁸ vislumbrava na soberania duas facetas: a interna e a externa. O autor deixa patente que são dois momentos da mesma realidade. No seu aspecto externo a soberania nada mais seria que a expressão do mando interno de um determinado Estado frente aos demais. Por outro turno, a soberania interna não poderia sobreviver sem a sua característica externa, posto que impossível um Estado submisso a outro se manter altaneiro perante seus súditos.

Já em 1939, Jean Dabin contesta as idéias de Carré de Malberg, negando a duplicidade no conceito de soberania. Para Jean Dabin não há soberania externa:

No basta decir, con Carré de Malberg, que la soberanía externa no es más que una ‘consecuencia’ o un ‘aspecto’ de la soberanía interna, que es la verdadera soberanía. Entre Estados iguales, el concepto de soberanía no está en su sitio. Lo que se designa por soberanía externa, es, a decir verdad, la autonomía de los Estados en el orden externo: en sus

⁴⁹⁷ A evolução histórica e filosófica do conceito de soberania não constitui interesse nuclear para o presente trabalho. V. A. Machado Pauperio. *Ob. cit.*, p. 37-170.

⁴⁹⁸ *Teoría general del estado*. 2ª ed. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1998. p. 82. O ano de 1922, acima, refere a data da 1ª ed. Francesa desta obra.

*relaciones con el exterior, el Estado no obedece a nadie; allí se trata de independencia, no de soberania.*⁴⁹⁹

Em prestígio à lealdade científica, deve-se registrar que R. Carré de Malberg⁵⁰⁰ chega a vislumbrar *soberania externa* como sinônimo do vocábulo independência, no contexto das relações internacionais. O que Jean Dabin nega é esta sinonímia, posto que para ele inexistente a soberania externa: o que há nas relações entre Estados é independência.⁵⁰¹

O melhor rigor metodológico aponta no sentido de que as duas posições se complementam. Se é certo não haver soberania externa, igualmente correto é observar que, sem soberania, impossível se falar em independência⁵⁰². Em apreciação terminológica são conceitos autônomos, mas interligados.

Com este arsenal informativo, pode-se tentar estudar – mesmo em visão panorâmica – o processo de integração patrocinado pelo Estado, buscando-se compreender o novo paradigma jurídico que surge na geopolítica mundial.

⁴⁹⁹ *Doctrina general del estado. Elementos de filosofía política*. México: Editorial Jus, 1946. p. 125.

Tradução livre: “Não basta dizer, com Carré de Malberg, que a soberania externa não é mais que uma conseqüência ou um ‘aspecto’ da soberania interna, que é a verdadeira soberania. Entre Estados iguais, o conceito de soberania não está em sua sede. O que se designa por soberania externa, é, em verdade, a autonomia dos Estados na ordem interna: em suas relações com o exterior, o Estado não obedece a ninguém; ali se trata de independência, não de soberania”.

Note-se que a primeira edição francesa data de 1939.

⁵⁰⁰ *Ob. cit.*, p. 82.

⁵⁰¹ O constituinte brasileiro de 1988 recepcionou a tese de Jean Dabin, conforme se nota na prescrição do art.4º,I da Carta Magna. A esse tema voltar-se-á quando do estudo dos princípios consagrados pelo Estado brasileiro nas relações internacionais.

⁵⁰² Veja-se que o constituinte nacional de 1988 trabalhou neste plano: dotou a soberania em fundamento do Estado Democrático de Direito e declarou a independência do país como princípio presente às relações internacionais.

Como não há ruptura cultural no sentido antropológico da expressão, somente se pode compreender o novo paradigma a partir de experiências anteriores. Afinal, o novo nasce do velho. E o velho, aqui, é o Estado tal qual concebido até então.

2. Princípios

A plasticidade do modelo capitalista de produção forçou o *Direito Constitucional do Poder*, na expressão de Bidart Campos⁵⁰³ para traduzir a parte orgânica do pólo normativo do Estado, a se moldar a uma realidade que começa a quebrar velhos paradigmas construídos a partir do século XVII no âmbito das relações internacionais.

De tão notável complexidade é o fenômeno das relações interestatais, no seu quadro atual, que, na arguta observação de Pedro Dallari,⁵⁰⁴ o cerne da questão consiste em saber até que ponto as normas constitucionais serão capazes de organizar o Estado e de oferecer eficácia às ações por ele desenvolvida na interação com os demais sujeitos da comunidade mundial. Não obstante a plausibilidade de tal temor, ainda é a Constituição o *locus* apropriado à cosmovisão que o Estado plasma perante seus súditos e a comunidade estrangeira, ao se constituir juridicamente.

O tema tem dificuldade intrínseca, por trilhar entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional, situação que não passou despercebida à inteligência de Mirkine-Guetzévitch já em 1933:

Les rapports entre le droit international public et le droit constitutionnel constituent un important problème de la théorie

⁵⁰³ *El derecho constitucional del poder*. Tomo I. Buenos Aires: Ediar, 1967. p. 17.

du droit. Après la guerre surtout, sous l'influence des formes nouvelles du droit international, ce problème a préoccupé la science juridique (...)

Mais le problème des rapports entre le droit international et le droit constitutionnel n'est pas seulement un problème de la théorie du droit, c'est un problème pratique dont les solutions sont nécessaires pour les besoins quotidiens de la vie juridique des peuples.⁵⁰⁵

Essa interação constante entre esses dois momentos do fenômeno jurídico – que Mirkine-Guetzévitch denominou direito constitucional internacional – fez a transição entre o constitucionalismo clássico e sua feição contemporânea.

Durante o momento clássico do constitucionalismo a preocupação com as relações exteriores era somente a de delimitar atribuições de órgãos estatais e seus respectivos agentes: o organograma estatal bastava à sobrevivência internacional. Em sua contemporaneidade, que pode ser datada a partir da segunda metade do século XX, a Constituição não pode apenas dotar entes internos de atribuições, mas imprimir princípios que, por sua natureza flexibilizatória, são coadunáveis à dinâmica das relações interestatais.

⁵⁰⁴ *Constituição e relações exteriores*. São Paulo: Saraiva, 1994. p.13.

⁵⁰⁵ *Droit constitutionnel international*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1933. p. 7.

Tradução livre: “As relações entre o direito internacional público e o direito constitucional formulam um importante problema da teoria do direito. Após a guerra, principalmente sob a influência de novas formas do direito internacional, este problema tem preocupado a ciência jurídica (...)

Mas o problema das relações entre o direito internacional e o direito constitucional não é somente um problema da teoria do direito, é um problema político, cujas soluções são necessárias para as demandas cotidianas da vida jurídica dos povos.”

George Galindo⁵⁰⁶ noticia que a literatura jurídica discute de a necessidade da Constituição estabelecer princípios destinados a formatar a visão internacional do Estado, posto que interessa aos atores internacionais que o ente estatal cumpra com suas obrigações internacionais.

Apoiando-se em Ramiro Brotóns, George Galindo⁵⁰⁷ atesta pela utilidade da enumeração, ao atribuir três funções básicas a estes princípios: a fixação de marcos normativos na conduta da política externa, o estabelecimento de limites à ação externa do Estado e a colocação de objetivo a esta ação.

A literatura jurídica defende a tese segundo a qual a exposição de tais princípios no texto constitucional facilita o controle da política externa pela expressão legislativa do poder, bem como a fiscalização da função jurisdicional, exatamente por vincular as ações do Executivo na concretização de tais princípios. Não há negar validade a este observação.⁵⁰⁸ Todavia, ao se considerar que as relações exteriores terminam, muitas vezes, desaguando no cotidiano da nação, parece estar a questão gizada no interesse do indivíduo nacional em saber de que forma seu país se apresenta junto à comunidade internacional.

Em se definindo que a enumeração de tais princípios é tema materialmente constitucional, parece oportuno estabelecer o grau de sua importância no documento jurídico ápice. Tornou-se célebre a classificação

⁵⁰⁶ *Tratados internacionais de direitos humanos e a constituição brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 97. O autor afirma que a Declaração Relativa aos Princípios do Direito Internacional sobre as Relações Amistosas e Cooperação entre os Estados conforme a Carta da ONU, de 24 de Outubro de 1970 foi o marco para que as Constituições passassem a estabelecer princípios destinados às relações exteriores. São sete os princípios estabelecidos pela ONU: 1) Proibição do uso ou ameaça da força; 2) Solução pacífica das Controvérsias; 3) Não intervenção nos assuntos internos dos Estados; 4) Dever de cooperação internacional; 5) Igualdade de Direitos e Autodeterminação dos povos; 6) Igualdade soberana dos Estados; 7) Boa-fé no cumprimento das obrigações internacionais (*ob. cit.*, p. 93-94).

⁵⁰⁷ *Ob. cit.*, p. 98.

⁵⁰⁸ V. George Galindo, *ob. cit.*, p. 99; Pedro Dallari, *ob. cit.*, p. 16.

principiológica de José Joaquim Gomes Canotilho.⁵⁰⁹ Entende o jurista lusitano que os princípios constitucionais estão graduados em quatro categorias: a) princípios jurídicos fundamentais; b) princípios políticos constitucionalmente conformadores; c) princípios constitucionais impositivos; d) princípios-garantia.

Em linhas gerais, princípios jurídicos fundamentais seriam aqueles destinados a visualizar a formatação do Estado. Os princípios políticos conformadores traduzem o núcleo da ideologia do Estado. Na categoria de princípios constitucionais impositivos estão os que vinculam os órgãos do Estado, sobretudo o legislador, à realização de determinados fins. Em última apreciação, encontram-se os princípios-garantia, que, pela própria etimologia se explicitam: são responsáveis por dotar os indivíduos de proteção em face ao Estado.

Nesta concepção, os princípios destinados a plasmar o relacionamento internacional do Estado ocupam, intuitivamente, a segunda categoria da classificação proposta por Canotilho, vez que se trata de decisão ontologicamente política.

Interessante discussão se trava no âmbito de se saber se os princípios destinados pelo constituinte a reger as relações do Estado no plano exterior são ou não de natureza pragmática.

Entenda-se por norma programática – lembre-se que princípio é espécie normativa – a que visa um fim ao redor do qual o Estado irá orientar os poderes, na lição de Pontes de Miranda.⁵¹⁰ Não obstante é preciso salientar que tais normas não são destituídas de vinculação jurídica como todas as outras, consoante faz notar Luis Roberto Barroso.⁵¹¹ José Afonso da Silva,⁵¹² em

⁵⁰⁹ *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1090-1093.

⁵¹⁰ *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1969.p.126-127.

⁵¹¹ *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 116.

⁵¹² *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 154.

raciocínio sutil, observa que se a norma programática impõe determinados limites à autonomia é sinal claro de sua imperatividade.

Todavia as normas da espécie *princípio* que se apresentam em qualquer Constituição com o objetivo de disciplinar as relações exteriores do Estado não são pragmáticas, mas dotadas de eficácia plena.⁵¹³ George Galindo,⁵¹⁴ ao analisar a Declaração Relativa aos Princípios do Direito Internacional regendo as Relações Amistosas e Cooperação entre Estados afirma que tais normas são de natureza *jus cogens*, com a ressalva que a literatura faz a propósito dos princípios da boa-fé e da cooperação.

O constituinte de 1988 reservou o título inaugural de sua obra para explicitar a base de sustentação da Norma Máxima da ordem jurídica nacional. É com esse propósito que prescreve dentre os Princípios Fundamentais aqueles destinados a regulamentar as relações exteriores do Estado brasileiro. Forçoso é concordar com José Cretella Júnior⁵¹⁵ sobre a tautologia da expressão *princípios fundamentais*. A rigor, todo princípio – por sua própria natureza – é fundamental. Bastaria, pois, o vocábulo *princípios* para traduzir a vontade do constituinte em amalgamar os valores mais caros à arquitetura constitucional.

E exatamente neste bloco normativo que se encontram os princípios que o Brasil adotou para estabelecer relações interestatais. Note-se que o constituinte utiliza-se da expressão *relações internacionais*. A rigor, a expressão é gênero, na medida em que o Estado brasileiro pode atuar junto a outros Estados ou Organizações internacionais, mas também interage com entidades particulares. Todas essas relações são internacionais, é verdade: porém só as duas

⁵¹³ No caso específico da Constituição brasileira vigente algumas normas destinadas a reger as relações exteriores têm características de programáticas como se verá a seu tempo.

⁵¹⁴ *Ob. cit.*, p. 107.

⁵¹⁵ *Comentários à constituição brasileira de 1988*. Vol I(arts.1º a5º,I a LXVII). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. p. 128.

primeiras podem ser tomadas, tecnicamente, como exteriores.⁵¹⁶ Vale dizer, somente o contato entre Estados e destes com organismos internacionais produz relações exteriores.

Seja como for, a proposta do constituinte foi a de estabelecer marcos imprescindíveis ao Estado brasileiro, quando de sua interação junto à comunidade internacional.⁵¹⁷

George Galindo⁵¹⁸, tomando a lição de J.J.Gomes Canotilho⁵¹⁹ no que se refere ao impacto das normas *jus cogens* no Direito Constitucional, vislumbra nos princípios destinados a regular as relações exteriores do Estado brasileiro um caráter de supraconstitucionalidade. Muito a propósito do tema, vale lembrar que, sem sair do âmbito positivo do Direito Constitucional, Ivo Dantas⁵²⁰ defende a supremacia dos princípios fundamentais frente às demais normas do texto-ápice pátrio.

⁵¹⁶ Observe-se, por exemplo, que no âmbito das transações comerciais entre uma empresa nacional e outra alienígena há, efetivamente, relação internacional, mas destituída de qualquer caráter estatal imediato.

⁵¹⁷ Art.4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

- I – independência nacional;
- II – prevalência dos direitos humanos;
- III – autodeterminação dos povos;
- IV – não-intervenção;
- V – igualdade entre os Estados;
- VI – defesa da paz;
- VII – solução pacífica dos conflitos;
- VIII – repúdio ao terrorismo e ao racismo;
- IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
- X – concessão ao terrorismo e ao racismo.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

⁵¹⁸ *Ob. cit.*, p. 112.

⁵¹⁹ *Ob. cit.*, p. 1277.

⁵²⁰ *Princípios constitucionais e interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1995. p.85-103. Remeta-se o leitor ao capítulo II da primeira parte, onde igualmente encontrará a posição de José Souto Maior Borges. In. Pro-dogmática: por uma hierarquização dos princípios constitucionais. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 1, 1993. p. 145.

A presença de princípios destinados a reger as relações exteriores do Estado brasileiro não é novidade na história constitucional do Brasil. A partir da Constituição de 1934, começa-se a traçar vetores de política externa de modo mais nítido, até se chegar à disciplina sistêmica do tema na Constituição em vigor.

Não obstante o avanço dogmático do problema, há vozes significativas da cultura jurídica nacional que declinam pela reprovação do comportamento constituinte. Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins consideram o plexo normativo destinado às relações exteriores como “surpreendentemente acanhado.”⁵²¹ Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁵²² chega a considerar visivelmente ambíguo o art. 4º da Constituição Federal, por tentar conciliar tendência nacionalista e internacionalista, o que o faz considerar de linhagem técnica superior o texto da Constituição imediatamente pretérita.

Por essas razões, parece imperativo uma visão panorâmica de cada um dos incisos e do parágrafo único do art.4º da Constituição de 1988, cerne de polêmicas entre os estudiosos.

Independência nacional. Celso de Albuquerque Mello⁵²³ afirma que esta expressão não possui autonomia conceitual no campo do Direito, a não ser aquela vinculada à idéia de soberania no seu aspecto externo. Com isto não se pode concordar, consoante a concepção de Jean Dabin, conjugada às idéias de Carré de Malberg.⁵²⁴

Parece – ao contrário do que muitos afirmam – que o constituinte laborou com precisão terminológica ao estabelecer a soberania como

⁵²¹ *Comentários à constituição brasileira.* 1º v (arts.1º a 21). São Paulo: Saraiva, 1989. p. 450.

⁵²² *Comentários à constituição brasileira de 1988.* 3ª ed. 1º v 1 (arts.1º a 103). São Paulo: Saraiva, 2000. p.21.

⁵²³ *Direito constitucional internacional.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 134.

⁵²⁴ Veja-se item anterior onde as idéias dos dois autores franceses sobre essa problemática foram expostas.

postulado do Estado, e reconhecer a independência como qualidade intrínseca a ela, quando das relações internacionais. São dois momentos distintos do Estado, portanto não há que falar em pleonismo do art. 4º por já ter o art.1º da Constituição Federal se reportado à soberania.

Nesta linha de raciocínio, não se vislumbra razoabilidade à crítica formulada pela literatura jurídica no sentido de ter o constituinte pátrio inviabilizado o ingresso do Brasil em entidades supranacionais.

Note-se que, no momento atual da dogmática jurídica, houvesse ou não o legislador constituinte dito da soberania e da independência, assim o Brasil seria, pois assim o é qualquer Estado enquanto tal reconhecido. Neste sentido, José Joaquim Gomes Canotilho⁵²⁵ afirma que “o constitucionalismo global não está ainda em condições de neutralizar o constitucionalismo nacional”, exatamente porque reconhece o vigor da soberania como base do poder estatal.

Prevalência dos direitos humanos. Neste dispositivo o constituinte declara à comunidade internacional que o epicentro existencial das relações interestatais reside no bem-estar do ser humano. O alcance da expressão *direitos humanos* guarda o seu sentido lato. Prevalece, aqui, a condição de pessoa humana desligada de qualquer outro qualificativo. Este comando normativo agrega tudo o que venha valorizar a dignidade humana. Nesta concepção, a sincronia do pensamento de Eduardo Ramalho Rabenhost:

Na perspectiva kantiana, a dignidade humana se funda, portanto, no lugar que o homem ocupa na escala dos seres. Diferentemente das outras criaturas vivas, nós, humanos, podemos ultrapassar o estágio da simples animosidade e

⁵²⁵ *Ob. cit.*, p. 1276.

*identificar, tanto em nós mesmos como nos nossos semelhantes, uma mesma essência livre e racional, isto é, uma idêntica humanidade.*⁵²⁶

O Estado brasileiro está visceralmente comprometido com essa problemática. Além de erigir a dignidade da pessoa humana como um dos seus substratos na ordem interna, prestigia nas relações exteriores os direitos humanos. Mais ainda: em sede de disposições transitórias (art. 7º do ADCT), o constituinte declarou solenemente que “o Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos”. Por isto, espera-se que o Brasil, o quanto antes, ratifique o Tratado de Roma que instituiu o Tribunal Penal Internacional.

Logo após a promulgação da Constituição, Francisco Rezek se posicionava pela crítica ao art. 7º do ADCT, nos seguintes termos:

Fala-se também, numa regra transitória, que o Brasil propugnará pela criação de um tribunal internacional de direitos humanos. Esse é um daqueles dispositivos avulsos que se devem debitar à escassa leitura dos seus proponentes. Existem, no plano internacional, tribunais já consagrados à proteção dos direitos humanos, sempre em plano regional. Temos essa instituição na Europa, funcionando há bastante tempo, e temos uma no contexto americano: a Corte Interamericana de Direitos Humanos, sediada em São José da Costa Rica. Este não é, pois, o momento de propugnar pela criação de coisa alguma, mas de aderir ao Tratado que

⁵²⁶ Dignidade Humana e Moralidade Democrática. Brasília: Brasília Jurídica, 2001. p.34.

*instituir um mecanismo de proteção dos direitos humanos, via de tribunal especializado.*⁵²⁷

Não obstante o entendimento altruísta de prevalecer os direitos humanos, faz-se necessário entender que o *direito de ingerência* pode ser um risco sub-reptício à soberania dos povos. Por essa corrente de pensamento – com grande simpatia do Estado Francês no âmbito da ONU, segundo noticia Celso de Albuquerque Mello⁵²⁸ – os direitos humanos extrapolam as atribuições da soberania doméstica de cada país. Tal concepção tem respaldo na existência de um núcleo comum de direitos fundamentais inderrogáveis que visam reconhecimento universal, na síntese de Antônio Augusto Cançado Trindade.⁵²⁹

José Augusto Lindgren Alves sustenta que o conceito de *direito de ingerência* tem prejudicado o trabalho internacional de proteção aos direitos humanos. Nesse sentido o pronunciamento do diplomata brasileiro é veemente:

O uso abusivo e propagandístico da noção de um “direito de ingerência” em certos setores políticos e acadêmicos do Primeiro Mundo, longe de estimular ações cooperativas na esfera dos direitos humanos, tende, ao contrário, a produzir reações excessivamente defensivas dos países de menor poderio ante qualquer inovação sugerida para a proteção internacional dos direitos humanos. E à luz da experiência histórica de intervenções arbitrárias de países mais fortes em países mais

⁵²⁷ Princípios fundamentais. In. *A constituição brasileira de 1988: interpretações*. Rio de Janeiro: Forense Universitária; Fundação Dom Cabral; Academia Internacional de Direito e Economia, 1988. p.11.

⁵²⁸ *Ob. cit.*, p. 134.

⁵²⁹ *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 42.

*vulneráveis, não há como negar fundamento a tais receios. Perdem, na prática, com a insistência retórica de alguns sobre conceito tão duvidoso, os verdadeiros sujeitos dos direitos humanos: homens e mulheres de todo o mundo.*⁵³⁰

O constituinte brasileiro se manteve alerta ao problema, pois, ao mesmo tempo em que destacou o princípio da prevalência dos direitos humanos, elevou à dignidade constitucional o vetor normativo da não-intervenção. Em assim sendo, a ajuda alienígena no sentido de preservar direitos humanos em território nacional deve ter o Brasil na coordenação, exatamente para preservar o princípio da não-intervenção. A participação do Estado na solução de seus próprios problemas se coaduna com o auxílio humanitário. Aliás, esta a postura da ONU, ao aprovar, em 1988, resolução que disciplina a assistência humanitária às vítimas de catástrofe e de situação emergencial da mesma natureza.

Autodeterminação dos povos. Este princípio é oriundo do conceito de nacionalidade e recebeu de Lenine e W. Wilson sua visão moderna, quando da Primeira Guerra Mundial, consoante leciona Celso de Albuquerque Mello.⁵³¹

Deve-se atentar para a observação de George Galindo⁵³² – que preliminarmente pode parecer de natureza banal, mas que traz consigo um núcleo de verdade às vezes despercebido – no sentido de que a autodeterminação não se esgota apenas no aspecto político, indo igualmente aos conteúdos econômico, social e cultural. Afinal, não se domina um povo apenas pela tomada do *poder* na sua encarnação governamental. Existem meios subliminares, por vezes mais eficazes e cômodos.

⁵³⁰ Abstencionismo” e “intervencionismo” no sistema de proteção das Nações Unidas aos direitos humanos. *Política Externa*. São Paulo: Editora Paz e Terra, v.3 n. 1, p.97, jun. 1994.

⁵³¹ *Ob. cit.*, p. 136.

Em verdade a autodeterminação é princípio visceralmente ligado à soberania. Talvez não fosse exagero dizer que é a soberania em movimento. Antes, porém, deve-se reconhecer que em determinadas situações o princípio da autodeterminação rompe com a soberania pré-existente, como acontece com as colônias que se tornam independentes. Mas, a partir daí, vincula-se à soberania que entende legítima.

Não-intervenção. O caráter derivado deste princípio face à autodeterminação não passou despercebido à inteligência de José Cretella Júnior.⁵³³ De fato o poder de autodeterminar-se de cada Estado conhece limites, exatamente no exercício da não-intervenção. O direito de autodeterminação implica no dever assumido pelo Estado perante a ordem internacional de não intervir na seara doméstica de outra soberania.

Apesar de já estar arraigado ao Direito Internacional pela via costumeira e configurado em documentos importantes como o são as Cartas da ONU e da OEA, o constituinte de 1988 foi o primeiro a introduzi-lo no altiplano jurídico nacional.

Este princípio deve ser exercido com muita cautela no sentido de evitar a submissão do Estado brasileiro, mormente em se tratando de *ingerência humanitária*. José Augusto Lindgren Alves⁵³⁴ reconhece que o propósito da ONU em patrocinar os direitos humanos tem encontrado dificuldade de efetivação, pois necessita conciliá-lo com o princípio da não-intervenção. Noticia o diplomata brasileiro que entre 1945 e 1966, na Organização das Nações Unidas, predominou nos trabalhos da Comissão de Direitos Humanos o entendimento de que a entidade não tinha qualquer poder para levar a cabo medidas quanto a

⁵³² *Ob. cit.*, p. 122.

⁵³³ *Ob. cit.*, p.173.

⁵³⁴ *Ob. cit.*, p. 99.

denúncias aos direitos humanos que chegavam a seu conhecimento. Daí a denominação de *abstencionista* a esta fase.

Não obstante, nesta fase, – observa José Augusto Lindgren Alves – os direitos humanos progrediram substancialmente. É desta época a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, a Convenção para a Prevenção e Repressão do crime de Genocídio (ratificada pelo Brasil em 1952) e, ainda, a Convenção para a Eliminação de Discriminação Racial. E o mais importante: neste período histórico, procurou-se conferir efetividade jurídica aos direitos referidos na Declaração de 1948.⁵³⁵

José Augusto Lindgren Alves nega consistência ao binômio abstencionismo *versus* intervencionismo – utilizado pela literatura do Direito Internacional – para descrever o papel da ONU como entidade catalisadora dos direitos humanos, consoante se percebe nesta passagem de seu texto:

Caberia indagar se por oposição ao “abstencionismo” do período 1945-1966, a partir de 1967 a ONU teria iniciado uma atuação “intervencionista” em matéria de direitos humanos. A resposta é negativa. Embora alguns autores insistam em utilizá-los como recurso retórico, os termos “abstencionismo” e “intervencionismo” são inadequados – e contraproducentes – para se descrever o trabalho das Nações Unidas na esfera dos Direitos Humanos.⁵³⁶

Com razão José Augusto Lindgren Alves, pois se a ONU sempre tentou implementar os direitos humanos entre os povos, o termo abstencionista para essa postura é absurdamente inadequado. Por outro turno, o

⁵³⁵ *Ob. cit.*, p. 98.

fato de não deter poder acima dos Estados-partes inviabiliza o vocábulo “intevencionista” para traduzir qualquer ação que venha empreender junto a eles, visando à efetividade dos direitos da humanidade.

Não obstante, no panorama contemporâneo, o perigo de quebra do princípio da não-intervenção deriva diretamente da nova geo-política mundial, assentada na interdependência formal entre os povos e na velha dependência dos países periféricos às potências econômicas.

Ademais, a velocidade cibernética em que o mundo se vê inserido cria condições aos países desenvolvidos de possuírem informações estratégicas que os tornam privilegiados nas relações internacionais, com poder de influir no resto do mundo.

Igualdade entre os Estados. A partir da Conferência de Gênova de 1922, tem o Direito Internacional reconhecido formalmente a igualdade entre os Estados no plano formal. Pedro Dallari⁵³⁷ remonta ao Tratado de Westfália de 1648, que celebrou o fim da Guerra dos Trinta Anos na Europa, para ali enxergar o reconhecimento da igualdade entre os Estados.

Acontece, porém, que o conceito de igualdade não se conforma a uma visão estático-valorativa: ao contrário, reclama apreciação dinâmica da realidade. Por extrapolar as estreitezas do formal, é que tal conceito entrou em crise durante o período da Guerra Fria.

A rigor, a estrutura das relações interestatais encontra-se respaldada na desigualdade. É certo que a Carta das Nações Unidas privilegia a igualdade soberana de todos os seus membros (art. 2º). Mas no mundo fático, ainda mais correto o pensamento de Mário Lúcio Quintão Soares, que ironicamente observa que o princípio da igualdade inserido na Carta da ONU

⁵³⁶ *Ob. cit.*, p. 98.

⁵³⁷ *Ob. cit.*, p. 168.

“foi contrariado pela idéia de organização aristocrática da comunidade internacional propugnada pelos Estados Unidos da América”.⁵³⁸

Não deixa de ser sintomático o fato de os Estados vencedores da Segunda Grande Guerra Mundial deterem o poder de veto e a qualidade de membro permanente no Conselho de Segurança da ONU.

Não obstante ganha corpo no Direito Internacional a noção de igualdade material que tende a questionar o conceito em simetria com a proporcionalidade das forças de cada Estado.

O liberalismo político – para alguns – parece não se coadunar com esse novo paradigma. Celso de Albuquerque Mello⁵³⁹ chega a ser peremptório ao afirmar que o liberalismo nas relações internacionais é uma forma de imperialismo. Todavia, essa idéia não é unânime, posto que outros laboram panegírico ao ideário que floresceu no Século das Luzes. German J. Bidart Campos, em trabalho que tenta revisar esse repositório ideológico, transpira ufanismo: “*El liberalismo es el humanismo de hoy, es la justicia de hoy, es la democracia de hoy. No hay otra ideología sustitutiva*”.⁵⁴⁰

É verdade que coube ao liberalismo empunhar a bandeira da liberdade, da igualdade e da fraternidade, mas sempre o fez sob a ótica do formalismo. A pergunta pertinente é: poderá o liberalismo se afastar de premissas tão ontologicamente suas?

Defesa da paz. O direito positivo é a norma em busca de um ideal. Esta concepção parece clarividente quando o fenômeno jurídico se dispõe

⁵³⁸ A Metamorfose da Soberania em Face da Mundialização. In. *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional* (coord. Flávia Piovesan). São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 550.

⁵³⁹ *Ob. cit.*, p. 144.

⁵⁴⁰ *La re-creación del liberalismo*. Buenos Aires: Ediar, 1982. p. 15.

Tradução livre: “O liberalismo é o humanismo de hoje, é a justiça de hoje, é a democracia de hoje. Não há outra ideologia substitutiva”.

a regulamentar a paz. Talvez seja a realização desse valor o sentido de existir do próprio Direito Internacional, enquanto normatizador de relações interestais.

Note-se que o constituinte pátrio de 1988 esteve sintonizado com seu tempo: não se limitou a declarar que o Brasil não patrocinará guerra de conquista. Foi mais além: comprometeu-se com a paz, enquanto valor universal. Não somente deixará de fazer a guerra, mas buscará promover a paz. Vislumbrou a paz como valor universal, ou o Direito de terceira dimensão, na linguagem dos constitucionalistas.

Ademais não se trata de um ideal meramente *poético* do Estado brasileiro. Veja-se que o constituinte limitou a utilização da energia nuclear que terá fins pacíficos (art.21,XXIII, *a* da CF). Demonstra-se com isso que cada vez mais os princípios norteadores das relações exteriores ganham força de norma *jus cogens*, bem como a concepção desvinculantes das normas pragmáticas sofre desgaste irreversível.

Solução pacífica dos conflitos. Em verdade, o art. 4º, VII da Carta Magna ratifica propósito assumido pelo Estado brasileiro desde o seu Preâmbulo. Continua muito viva a polêmica acerca do poder normativo do Preâmbulo. Recepciona-se, aqui, a posição de Pontes de Miranda⁵⁴¹ que vincula toda interpretação constitucional aos dizeres do Preâmbulo. Ivo Dantas,⁵⁴² por conseqüência lógica, entende que o Preâmbulo funciona como limite implícito ao poder de reforma por galvanizar em torno de si a ideologia constitucional. Em uma palavra: o Preâmbulo é a ementa da Constituição e não existe sinopse divorciada do conteúdo que se anuncia.

⁵⁴¹ *Comentários à constituição de 1946*. 2ª edição. Vol. I (arts.1º - 14) São Paulo: Max Limonad, 1953. p. 256.

⁵⁴² *Constituição federal: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. p. 221.

George Galindo⁵⁴³ nota inclusive superioridade técnica do preâmbulo em face do art.4º,VII, porque naquele o constituinte comprometeu o Brasil com a solução pacífica das controvérsias, enquanto neste apenas com o equacionamento dos conflitos. O preâmbulo está mais consentâneo com a literatura de Direito Internacional, onde o termo controvérsias é mais amplo. Evidente que nesta perspectiva deve ser interpretado o termo *conflitos* utilizado pelo constituinte.

Os meios pacíficos dos litígios no Direito Internacional Público são de duas ordens: diplomáticos e jurisdicionais. A problemática está em aceitar certos meios como pacíficos ou não. Pinto Ferreira⁵⁴⁴, por exemplo, afirma que determinados autores classificam o bloqueio econômico, a represália, os embargos, a ruptura de relações diplomáticas, como meios pacíficos de solucionar conflitos – apesar de reconhecerem que tais instrumentos não sejam amigáveis.

Não obstante, Pinto Ferreira alerta que o constituinte brasileiro repudiou qualquer forma que traga em si elemento de coação. Neste mesmo sentido, Pedro Dallari⁵⁴⁵ nota que o Brasil sequer poderá endossar medidas com tais características que eventualmente um Estado tome contra outro.

Repúdio ao terrorismo e ao racismo. Este dispositivo congrega dois valores que não guardam em si sincronismo. Aliás, a referência ao racismo termina por ser redundante no mesmo dispositivo que já declarou a prevalência dos direitos humanos. Ora, a postura racista é diametralmente oposta à de quem prestigia os direitos da criatura humana. Daí o porquê da crítica. Celso Bastos e Ives Gandra⁵⁴⁶ – depois de apreciarem o dispositivo nesta mesma linha de raciocínio – tentam contemporizar, afirmando que este comando normativo se

⁵⁴³ *Ob. cit.*, p.127-128.

⁵⁴⁴ *Ob. cit.*, p. 54.

⁵⁴⁵ *Ob. cit.*, p. 175.

justifica para reprovar o comportamento racista assumido pela África do Sul. Apesar de inteligente, o raciocínio fica a dever à melhor técnica legislativa, principalmente em momento constitucional, quando os casuísmos devem ser abandonados.

Em verdade, a nação brasileira – apesar de formada pela miscigenação de três raças, ainda hoje – talvez pela memória antropológica da escravidão – guarda um preconceito por demais injusto com a raça negra, a quem tanto deve pela produção das riquezas nacionais. E por o ter combatido com veemência no plano interno (art. 5º, XLII da CF), talvez tenha tentado demonstrar ao mundo, por intermédio dos princípios que regulamentam as relações exteriores, que é um país resolvido consigo mesmo neste aspecto e pronto a disseminar esta postura para além de suas fronteiras.

Talvez seja o terrorismo nos tempos contemporâneos, sobretudo após os acontecimentos de 11 de setembro de 2001, nos Estados Unidos da América, o maior inimigo da paz mundial.

Apesar de não ser tema novo, não há, em sede de Direito Internacional, uma delimitação exata do que seja, juridicamente, o terrorismo. Como há muito já se sabe que o destino do direito é ser superado pela dinâmica da vida, enquanto juristas se debruçam sobre o fenômeno, seus agentes revelam novas formas de produzi-lo.

De grupos isolados à participação de Estados, o terrorismo amedronta a todos, naquilo que tem de mais perverso: o poder avassalador de transmitir insegurança. Não se confunda o delito terrorista com o crime político, pois neste – consoante pertinente esclarecimento de Pinto Ferreira⁵⁴⁷ – há um conteúdo altruístico. Evidente que pode existir o crime político de índole

⁵⁴⁶ *Ob. cit.*, p. 459.

⁵⁴⁷ *Comentários à constituição brasileira*, 1º v (arts. 1º a 21). São Paulo: Saraiva, 1989. p. 53.

terrorista. Daí o grande movimento no sentido de se entender pela extradição nesta última hipótese.

Cooperação entre os povos para o progresso da humanidade. Celso de Alburquerque Mello⁵⁴⁸ declina que existe um antagonismo imperativo entre os conceitos de soberania, independência nacional e cooperação internacional, posto que esta só subsiste com diminuição daquelas.

A rigor, não se verifica tal antinomia no plano puramente metodológico entre estes três conceitos. Podem conviver em harmonia. O que existe, na prática internacional, é a cooperação com interesses velados, na grande maioria dos casos.

Não obstante, com o reconhecimento dos direitos fundamentais de terceira geração – como o direito a um meio ambiente saudável – os Estados, e principalmente as organizações internacionais, por uma questão de sobrevivência premente da espécie humana, estão exercitando a cooperação. Esta a grande verdade: a cooperação existe em sua plenitude quando o problema é transnacional, como é a questão do meio ambiente. E, ainda, aí as grandes potências preferem criticar os países periféricos ao invés de combater suas próprias falhas.

Esse dispositivo – que tem marca predominantemente programática, no sentido mais atualizado da ciência constitucional, – corresponde, antes de tudo, à cosmovisão do Estado brasileiro e à assunção de sua responsabilidade perante o homem, habitante do planeta.

O valioso preceito constitucional indica ao Brasil o caminho para buscar as Organizações Internacionais, pois estas têm se revelado o vetor de maior eficácia para tornar realidade o programa traçado pelo constituinte nesta seara.

⁵⁴⁸ *Ob. cit.*, p. 157.

Concessão de asilo político. José Francisco Rezek ensina que “o asilo político é o acolhimento, pelo Estado, de estrangeiro perseguido alhures – geralmente, mas não necessariamente, em seu próprio país patrial – por causa de dissidência política, de delitos de opinião, ou por crimes que, relacionados com a segurança do Estado, não configuram quebra do direito penal comum”.⁵⁴⁹

Note-se que a concessão de asilo político se assenta no direito universalmente reconhecido ao indivíduo de professar outra ideologia que não aquela do seu país de origem. Talvez tenha o Direito Internacional Público – por intermédio da via costumeira – elaborado a mais bela declaração de amor ao direito do homem em expressar suas idéias. E mais: admite o Direito Internacional Público até o cometimento de crime, deste que não fira a esfera do direito penal comum, mas tão-somente a segurança pública no seu sentido lato, expressão ao gosto dos regimes de exceção. Daí o crime político de feição terrorista ser incongruente com o instituto do asilo político.

Deve-se registrar que na América Latina existe, inicialmente pela via costumeira e depois pelos direitos derivados das Convenções, o asilo diplomático. Este tipo de asilo respalda-se no “fato de que ele constitui uma exceção à plenitude da competência que o Estado exerce em seu território”, na lição de Rezek.⁵⁵⁰

Em síntese, entre os países latino-americanos, o indivíduo perseguido por crime político pode pedir abrigo em embaixada de outro Estado e, poderá, ali estar a salvo de seus perseguidores, desde que o Estado asilante

⁵⁴⁹ *Direito internacional público: curso elementar.* 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 207.

⁵⁵⁰ *Ob. cit.*, p. 208. O autor indica como Convenções pertinentes ao tema a de Havana de 1928, a de Montevideu de 1933 e a de Caracas de 1954. Afirma, ainda, pela superioridade técnica deste último documento internacional. Ademais, mesmo reconhecendo ser um instituto localizado na América Latina, Rezek faz um levantamento de exemplos de asilo diplomáticos em alguns países europeus.

efetivamente aceite seu pedido. É lógico que o asilo diplomático não será definitivo. Trata-se de situação provisória para o asilo político.

Questão interessante é saber se o asilo político é direito líquido e certo do indivíduo quando apresenta os pressupostos exigidos pelo instituto, mormente nos Estados como o brasileiro, que se declara à comunidade internacional como concedente de asilo político.

Primeiro, deve-se lembrar que a concessão de asilo político é ato de soberania, portanto da atribuição privativa da expressão executiva do Poder, consoante os critérios de conveniência e oportunidade. Por implicações várias não poderia ser um direito sem condicionantes. Afinal não há direito absoluto.

Existem, portanto, condições para se obter o asilo político. Quais seriam tais condições? A situação varia em função de cada Estado. Via de regra, por uma questão de coerência política e de auto-defesa do regime instituído, o Estado somente concede asilo àqueles que professam suas idéias. Neste sentido, Manuel Garcia-Pelayo⁵⁵¹, ao estudar o Direito Constitucional da antiga União Soviética, faz notar que aquele país somente concedia direito de asilo “a los perseguidos por determinados delitos políticos”.

Assim, por mais democrático que seja um Estado não se pode exigir que pratique a autofagia, vale dizer: inserir dentro de seu território indivíduo alienígena que professe idéias e empreenda esforços contra suas estruturas mestras.

O constituinte de 1988 não dedicou um dispositivo constitucional para nele fazer assentar as condições para admitir o pedido de asilo. Mas é evidente que tais pressupostos estão gizados no texto constitucional. Ninguém se arriscaria a dizer que o Brasil abrigaria em seu solo indivíduo cuja

⁵⁵¹ *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1999. p.596.

postura ideológica abominasse os princípios fundamentais da Constituição Federal. Há, entretanto, situações explícitas de negativa de asilo. Lembre-se, por exemplo, do candidato alienígena perseguido por professar a formação de partido político paramilitar (art. 17, §4º da CF). Ora, se ao nacional não é permitido, não seria razoável receber estrangeiro para disseminar tal ideário.

Finalmente cabe não confundir proibição de extradição com direito a asilo político. Celso Albuquerque Mello lembra que a Constituição de 1988, por ocasião do seu art. 5º, LII, proíbe a extradição de crime político ou de opinião. Todavia não significa isso uma automática concessão de asilo político.

3. Integração

O projeto de integração entre Estados latino-americanos tem uma repercussão jurídica e social de tal proeminência que se decidiu reservar um espaço autônomo ao desenvolvimento do tema, mesmo que de modo panorâmico.

A idéia da união na América Latina não é recente, mas remonta à figura de Simón Bolívar, ainda no início do século XIX. Como noticia Márcio Monteiro Reis⁵⁵², tal pensamento surgiu em decorrência do temor da ex-colônias espanholas frente ao poder militar da metrópole. Pensava Bolívar em formar uma federação.

Não se pretende desenvolver um histórico dos primórdios da integração até à contemporaneidade. Basta, para os propósitos da empreitada assumida, apenas demonstrar que o ideal de integração não ocorreu a reboque do pensamento europeu-continental ao se engenhar a União Européia.

⁵⁵² *Mercosul, União Européia e constituição: a integração dos estados e os ordenamentos jurídicos nacionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 218.

É verdade que o Brasil só ingressa nesse circuito hispano-americano a partir de 1960, quando se formou a Associação Latino-americana de Livre Comércio (ALALC). Esta entidade foi formada por Argentina, Brasil, Chile, México, Paraguai, Peru, Uruguai, Colômbia, Equador, Venezuela. Seguramente a formação lusitana contribuiu para retardar o único país herdeiro da língua de Camões do ingresso nesse projeto integrativo.

Não se pode, porém, dizer que não houvesse no Estado brasileiro esse sonho de integra-se aos povos latinos. O presidente Juscelino Kubitschek vislumbrou esse horizonte. A construção de Brasília integraria o país, mas objetivava o estadista estender esse plano além-fronteiras. A esse ideário, o presidente brasileiro denominou de *Operação Pan-Americana*.

Somente o constituinte de 1988 trouxe ao altiplano do ordenamento jurídico nacional o sonho do presidente Juscelino Kubitschek. Pela iniciativa de André Franco Montoro foi prescrito o parágrafo único do art. 4º da atual Carta Magna brasileira. Curiosamente tal comando normativo foi – para se utilizar a linguagem técnica de Ana Lucia de Lyra Tavares⁵⁵³ – recepcionado da Constituição do Peru de 1979, com mera tradução do dispositivo em espanhol para o vernáculo nacional.

Fruto da recepção irrefletida, a redação do dispositivo constitucional perdeu em objetividade. Afinal seria viável a formação de uma comunidade latino-americana de nações, nos aspectos político, social, econômico e cultural?

Inicialmente é preciso perceber que o conceito de nação, mormente no seu âmbito cultural, repousa na índole mais íntima de um povo. Não depende pura e simplesmente dos governantes. Haveria um liame cultural na América Latina capaz de galvanizar sua unidade? Nessa perspectiva, razão assiste

⁵⁵³ *A utilização do direito comparado pelo legislador*. In. Contextos-PUC-RJ, n.1. p.3, jan-mar, 1987.

ao ceticismo de Celso de Albuquerque Mello,⁵⁵⁴ ao não vislumbrar pontos culturais densos entre Brasil e México, por exemplo. Ademais, nota o autor que o México está muito mais próximo dos Estados Unidos e Canadá, no âmbito das relações comerciais, do que dos países latinos.

Neste passo, os objetivos dos Estados latino-americanos são mais audaciosos do que aqueles da União Européia, posto que esta se limita a atingir a integração econômica sem preocupação com laços culturais.

Fato é que o Brasil se dispõe, a partir da Constituição de 1988, a se integrar no universo cosmopolita, acompanhando o movimento generalizado que tomou conta do planeta em todos os seus quadrantes. E não tardou muito para o Estado brasileiro pôr no mundo dos fatos o comando normativo. Afinal, pouco mais de dois anos depois de sua promulgação, era celebrado, em 21 de março de 1991, o Tratado de Assunção, entre Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai, visando à formação de um mercado comum entre seus signatários. Esse proposto de integração passou a ser denominada Mercosul.

Acontece, porém, que o processo de integração se realiza a partir de fases devidamente delimitadas. Adriana Laporta Cardinale e Marcelo Pelegrini⁵⁵⁵ enumeram tais fases para a formação plena do Mercosul: surgimento de uma zona de livre comércio, a união aduaneira, o mercado comum e, finalmente, a união econômica e monetária.

A zona de livre comércio seria o passo inaugural do processo de integração e se caracteriza pela eliminação de tarifas entre os Estados-partes. Em seguida, tem-se a união aduaneira, etapa em que se estabelece uma tarifa comum a todos os países que não fazem parte da entidade integradora.

⁵⁵⁴ *Ob. cit.*, p. 165.

⁵⁵⁵ Mercosul e Perspectivas de um Direito Comunitário. In. *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional* (coord. Flávia Piovesan). São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 389.

O mercado comum tem seu ápice na elaboração de uma política econômica – no seu aspecto macrosistêmico – uniforme para todos os Estados-partes do bloco integrado. Em consequência desse objetivo, permite a livre circulação de bens, pessoas e capitais.

Por fim, a fase da união econômica e monetária que se caracteriza, sobretudo pela instituição de uma moeda única, cujo controle de emissão cabe a um Banco Central independente.

Como se pode observar, trata-se de um processo de longa maturação, com forte dependência da estabilidade econômica entre os países formadores da entidade integradora. Talvez nesse ponto resida a maior dificuldade do Mercosul. Seus países integram a zona periférica da economia e, portanto, influenciados pelo caráter volátil que o capital adquiriu nessa fase da história do capitalismo.

Em decorrência deste panorama, a fase aduaneira do Mercosul ainda não pôde ser implementada, apesar do Protocolo de Ouro Preto – celebrado em 17 de dezembro de 1994 – tê-lo implementado no plano formal. O grande problema reside nesta realidade fática: a economia dos países periféricos não possui um grau mínimo de estabilidade que possa autorizá-los a estabelecer uma tarifa externa comum nas relações com os parceiros comerciais estranhos à entidade integradora.

Parece pertinente uma indagação sobre o arcabouço jurídico do Mercosul. Em termos pragmáticos, o Tratado de Assunção, no seu Anexo III, já previa que as controvérsias entre os Estados-partes deveriam ser resolvidas em negociação direta ou com a intervenção do Conselho do Mercado Comum e do Grupo Mercado Comum.

Com o Protocolo de Ouro Preto, ampliou-se a estrutura orgânica da entidade, pois passaram a integrá-la a Comissão de Comércio do

Mercosul⁵⁵⁶, a Comissão Parlamentar Conjunta, o Foro Consultivo Econômico-Social e a Secretaria Administrativa. Com esse redesenho do organograma, “optou-se por um sistema em que a forma de manifestação varia conforme o órgão de que se origine. Assim o Conselho emite *decisões* (artigo 15,POP); o Grupo, *resoluções* (artigo 15 POP) e a Comissão, *diretrizes* (artigo 20, POP)”, na lição de Márcio Monteiro Reis.⁵⁵⁷

Ademais, com o Protocolo de Brasília, se estabeleceu ainda a arbitragem, a ser desenvolvida em duas modalidades: pela via diplomática de traços tradicionais ou pelo expediente jurisdicional a cargo de um Tribunal *ad hoc*, comprometido com o modelo da arbitragem internacional.

Estabelecida, em linhas gerais, a visão orgânica do Mercosul, resiste a indagação de fundo, exatamente a de detectar a fonte produtora do direito institucional da entidade integrada pelos Estados-partes.

Tendo o Mercosul sido formulado com natureza de organização internacional, permite-se discutir a existência ou não de um direito comunitário. Trata-se, pois, de organização de funcionamento intergovernamental. Em assim sendo, José Afonso da Silva⁵⁵⁸ entende que o direito comunitário encontra seu fundamento jurídico nos tratados constitutivos.

Levanta-se, então, a questão da viabilidade de jurisdição supraconstitucional realizada a partir da comunidade em direção aos Estados que a compõem. Em suma, em sede pragmática, tal problema implica em se analisar a aplicabilidade imediata de normas de órgãos supranacionais.

⁵⁵⁶ Registre-se que a Comissão de Comércio do Mercosul teve existência antes do Protocolo de Ouro Preto. Este apenas a formalizou de modo definitivo como órgão da entidade.

⁵⁵⁷ *Ob. cit.*, p. 239.

⁵⁵⁸ Direito regional econômico, direito humanos e direito comunitário. In. *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional* (coord. Flávia Piovesan). São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 21.

O fenômeno jurídico, no seu momento atual, conhece duas realidades bem distintas sobre essa problemática: aquela vivenciada pela Comunidade Européia e a do Mercosul. Apesar de o Brasil estar vinculado ao contexto desta última – e daí o interesse maior da presente tese – não se pode ignorar o que se passa no velho continente. Daí ser pertinente se verificar as linhas-mestras do direito comunitário europeu. Posteriormente, volta-se ao problema do Mercosul.

Está-se diante de um paradigma novo: a supranacionalidade, para o qual sequer há uma definição jurídica, como observa Patrícia Luíza Kegel.⁵⁵⁹ A expressão, no entanto, é utilizada no sentido de traduzir a superioridade que uma comunidade ocupa face aos Estados que lhes são comuns. Lança-se mão do vocábulo para estabelecer um novo sentido de linguagem, antes desnecessário às relações entre Estados e organismos internacionais.

A inserção da supranacionalidade no universo jurídico não teve, ainda, o condão de transformar a Comunidade formada pelos países em entidade soberana, nos moldes de um Estado Federal. Elucidativa esta passagem de Patrícia Luíza Kegel:

Na CE efetivamente, o conjunto dos poderes soberanos de um Estado é substituído por competências isoladas, no âmbito econômico. Deste modo, a estrutura jurídica comunitária e os Tratados Constitutivos (aqui considerados como sua Constituição) abrangem áreas muito específicas, mesmo que vitais para as modernas obrigações de um Estado. Também faltam à CE os órgãos estatais próprios. A CE não é

⁵⁵⁹ Soberania e Supranacionalidade dos Estados-Membros da União Européia: o “point of no return” da integração regional. In. *Direito da integração: estudos em homenagem a Werter R. Faria*. (coord. Luiz Otávio Pimentel. Volume II. Curitiba: Juruá, 2001. p. 277.

*tratada internacionalmente como um Estado, não possui um governo e ministros próprios no sentido estrito do termo e seu Direito secundário não é editado pelo mesmo procedimento de uma lei formal.*⁵⁶⁰

A idéia de ser a Comunidade Européia dotada de uma *Constituição* reside no fato de que seus atos entram diretamente em vigor nos Estados, sem necessidade de qualquer ato complementar de iniciativa destes. Neste sentido observa Oscar Vilhena Vieira que “o direito comunitário é um sistema à parte, que tem fonte própria, e se aplica sobre todo o território dos Estados-membros, criando direitos e obrigações para Estados e indivíduos.”⁵⁶¹

Interessantíssimo o posicionamento de José Afonso da Silva⁵⁶² sobre a questão da soberania do Estado frente à entidade supranacional de que faz parte, e a relação entre o direito comunitário e o direito doméstico. A primeira premissa de que lança mão o jurista brasileiro é a de que a Comunidade Européia não constitui organismo internacional em relação a seus Estados-membros. A qualidade de Estado-membro indica, filologicamente, que o país não é estranho à Comunidade e a ela aderiu por ato de vontade. Logo o Estado não teve sua soberania reduzida, nem alienou parcela dela e nem mesmo a flexibilizou, ao ingressar na Comunidade.

A rigor – e isso parece pouco vislumbrado – a criação das entidades supranacionais é, antes de tudo, um ato de soberania. Exatamente. É graças ao poder soberano do Estado que tais organismos são criados. A rigor,

⁵⁶⁰ *Ob. cit.*, p.281. A autora chama a atenção para o fato dos tratados constitutivos serem denominados de Constituição, consoante jurisprudência do Tribunal de Justiça da Comunidade Européia (“Lês Verts” de 23.04.86).

⁵⁶¹ Globalização e constituição republicana. In. *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional* (coord. Flávia Piovesan). São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 454.

⁵⁶² *Ob. cit.*, p. 27.

portanto, o pensamento de José Afonso da Silva – ao afastar paradigmas antigos para equacionar problemas novos – é lúcido ao detectar na Comunidade Européia o exercício de soberania compartilhada entre os seus Estados componentes.

Discordando do senso comum, José Afonso da Silva⁵⁶³ percebe que, nestes termos, antes de uma redução, a soberania de cada um dos Estados-membros da Comunidade experimenta um movimento expansionista. Aliás, é nesse sentido que a globalização poderá até fortalecer a soberania do Estado nas suas funções de regulamentar e de mediar.⁵⁶⁴

No enfrentamento do problema do direito comunitário face ao direito doméstico, José Afonso da Silva⁵⁶⁵ – ratificando a superação do monismo e do dualismo diante do novo paradigma – entende que existe uma integração das duas fontes produtoras do fenômeno jurídico, onde a supremacia do primeiro fundamenta a unidade do ordenamento em seu conjunto a semelhança do que ocorre no Estado Federal.

Esse equacionamento proposto por José Afonso da Silva tende a abrir uma fenda para dar passagem à luz no intrincado problema do direito comunitário. Ao prevalecer essa tese, esvazia-se o temor exposto por Patrícia Luíza Kegel, bem sintetizado nestes termos:

Ou seja, a soberania, e deste modo a unidade do poder de Estado, permanece enquanto os Estados-membros tiverem a capacidade de voltar ao status quo original, anterior à sua adesão à comunidade supranacional. Enquanto aos Estados-membros permanecer a possibilidade fática da secessão, de

⁵⁶³ *Ob. cit.*, p. 27

⁵⁶⁴ V. Clóvis Brigagão e Gilberto Rodrigues. In. *Globalização a olho nu. O mundo conectado*. Ed. Moderna, 1988. p. 22.

*modo que as sanções sejam apenas as previstas no Direito Internacional, ainda não foi atingido o “point of no return” de diluição da soberania dos Estados envolvidos no processo de integração supranacional.*⁵⁶⁶

Esvazia-se a tese tão bem sintetizada por Patrícia Luíza Kegel exatamente por não haver o perigo do *point of no return*, pelo simples fato de não ter a soberania de cada Estado-membro corrido qualquer risco quando da formação da Comunidade Européia.

Delimitadas as linhas-mestras do fenômeno jurídico em sede da Comunidade Européia, retoma-se o foco para a realidade plasmada no âmbito do Mercosul.

Por sua organização intergovernamental, o Mercosul encontra-se em fase de um direito comunitário incipiente ou na versão de José Afonso “no limiar do Direito de integração”.⁵⁶⁷ A diferença básica – apontada pelo jurista brasileiro – entre o Mercosul e a Comunidade Européia é que, nesta, cada Estado é membro e neste apenas parte.

Ao dizer-se membro, o Estado se confunde na totalidade da entidade formada. Isso verdadeiramente não acontece como o Mercosul, posto que os Estados-partes comparecem ali numa relação interestatal à maneira clássica do Direito Internacional Público.

Por conseqüência desta distinção essencial, enquanto o ordenamento jurídico produzido pela Comunidade Européia ingressa de modo imediato na realidade jurídica de cada Estado-membro, no âmbito do Mercosul o

⁵⁶⁵ *Ob. cit.*, p. 27.

⁵⁶⁶ *Ob. cit.*, p. 285-286.

⁵⁶⁷ *Ob. cit.*, p. 29. É que o autor distingue entre direito de integração e direito comunitário. Este se plasma como um ordenamento único; aquele em relacionamento dualista estabelecido entre o direito doméstico e o direito da entidade de que é parte.

ingresso de suas normas dar-se-á na conformidade do que dispuser a Constituição de cada Estado-parte, consoante o artigo 42 do Protocolo de Ouro Preto.

Tem-se, portanto, um longo caminho a percorrer diante dos mais variados problemas que os novos paradigmas do direito comunitário trazem ao universo dos acadêmicos e dos operadores do fenômeno jurídico.

4. Tratados

Por ser o tratado o meio por excelência de o Estado brasileiro interagir em suas relações exteriores, delimita-se este espaço para se discutir qual a arquitetura que o constituinte de 1988 dispensou ao tema.

Como se assentou em páginas anteriores, a Constituição Federal em vigor foi a que mais se preocupou em dotar o Estado de princípios para o exercício das relações exteriores.

Na engenharia interna, permaneceu a tradição iniciada com a Constituição de 1934, de indicar a União como o ente responsável por manter relações interestatais e participar de organismos internacionais. É preciso fazer constar que a União, neste caso, tem atribuição delegada dos Estados-membros da Federação, falha redacional existente no texto magno pretérito e que o constituinte não corrigiu, como bem notam Celso Bastos e Ives Gandra.⁵⁶⁸ A explicitação se faz necessária, até porque, consoante lição de Pinto Ferreira,⁵⁶⁹ tal regra não é decorrência automática do Estado federativo.

Ao se comparar a redação do art.21,I da Carta Magna vigente com a do art.8º,I da Constituição imediatamente pretérita, percebe-se que houve a supressão da expressão ‘e com eles celebrar tratados’. Celso Bastos e Ives

⁵⁶⁸ *Comentários à constituição do Brasil*. 3º v. Tomo I. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 110.

Gandra vêem aí indicador que o constituinte de 1988 vislumbrou a existência da ordem jurídica interna apartada do ordenamento internacional. Prestigiou, portanto, a teoria dualista.

Em decorrência de desempenhar o Presidente da República as funções de chefe de governo e de Estado no sistema constitucional brasileiro vigente, a ele coube – em caráter privativo – o mister de celebrar os tratados.⁵⁷⁰ Trata-se de comando normativo que se iniciou com a primeira Constituição republicana.

Vê-se que o Presidente da República age com total autonomia ao celebrar tratados, convenções e quaisquer outros atos internacionais. Tornou-se clássica, no direito pátrio, esta lição de Pontes de Miranda:

Na celebração de tratados e convenções com Estados estrangeiros, o Presidente da República não procede como se houvesse delegação do Poder Legislativo. Procede por direito seu, sobre o qual o texto é explícito, posto que a referendo do Poder Legislativo.⁵⁷¹

Pela natureza jurídica de norma e em prestígio ao princípio de interdependência entre as atividades do poder, os atos internacionais celebrados pelo Presidente da República, que neste momento apresenta o Estado, devem ser submetido ao Congresso Nacional para referendo. Significa isto dizer que o ato iniciado pelo chefe do Executivo somente se formalizará juridicamente quando

⁵⁶⁹ *Ob. cit.*, p. 501-502.

⁵⁷⁰ Art.84. Compete privativamente ao Presidente da República:

VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional. V. Adriano Campanhole e Hilton Lobo Campanhole. *Constituições do Brasil*. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 1989. p. 52.

⁵⁷¹ *Comentários à constituição de 1946*. Volume II (arts.15-97). 2º ed. São Paulo: Max Limonad, 1953. p.397. (mantida a ortografia original)

confirmado pela expressão legislativa do Estado.⁵⁷² Esta arquitetura constitucional acompanha o Brasil desde o nascimento da república.

Chega-se ao século XXI com a fórmula tão sintética quanto verdadeira “o Executivo trata; o Legislativo ratifica”, na perfeita dicção de Rui Barbosa.⁵⁷³

Na verdade, é preciso se entender que o verbo ratificar tem o sentido de aprovar ou de confirmar. Ao se dizer que o Legislativo ratifica, a rigor está-se afirmando que o ato internacional foi aprovado. Não obstante, na melhor da terminologia jurídica o termo *ratificação* é ato pelo qual o chefe do Poder Executivo confirma o que foi celebrado anteriormente.⁵⁷⁴

A lição de Pontes de Miranda proferida durante a Carta Magna de 1967 é perfeita ao momento atual do constitucionalismo brasileiro, ressaltando-se a hipótese de delegação que o constituinte de 1988 não previu:

Quando, hoje, a Constituição diz que ao Congresso Nacional, ou ao Parlamento, incumbe a aprovação do tratado, da convenção ou do acôrdo, ou emprega “tratado” em sentido largo, já se diferenciaram a aprovação e a ratificação. Se foi diplomata ou representante especial, ou Ministro das Relações Exteriores, que assinou o tratado, a convenção ou o acôrdo, tem de ratificá-lo, ou não o Presidente da República.

⁵⁷² Art.49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. V. Adriano Campanhole e Hilton Lobo Campanhole. *Ob. cit.*, p. 38.

⁵⁷³ *Commentarios á constituição federal brasileira*. 3º v (arts.41 a 54). São Paulo: Saraiva & Cia, 1933. p. 387.

⁵⁷⁴ Veja-se a propósito de ratificação o que ficou consignado no item 2.3 do capítulo IV da primeira parte deste trabalho.

*Se o ratificou, falta-lhe a aprovação pelo Congresso Nacional, ou pelo Parlamento.*⁵⁷⁵

Poder-se-ia questionar o porquê da necessidade de aprovação do Congresso Nacional, mormente nos Estados que o Chefe do Executivo é eleito diretamente pelo povo. Não estaria, nestas condições, o Presidente da República devidamente legitimado a introduzir por sua única vontade os tratados no ordenamento jurídico nacional?

Parece que a resposta deve ser analisada em duas vertentes: a primeira, respaldada na natureza do tratado, que é indubitavelmente norma jurídica; a segunda, no papel que o Legislativo exerce na formação dos comandos normativos.

Por tradição do direito republicano brasileiro, cabe ao Legislativo aprovar as leis, mesmo quando estas não derivam de sua iniciativa. Tal acontece quando o próprio Presidente da República desencadeia o processo de feitura das normas. É claro que a Constituição atual vislumbrou duas possibilidades atípicas de controle das normas pelo Legislativo: as medidas provisórias e as leis delegadas. Frise-se, contudo, que sobre ambas detém o Congresso Nacional controle visceralmente ligado à sua função de legislar.

Note-se que o controle continua existindo, só que de modo atípico. A medida provisória, apesar de ingressar no mundo jurídico por ato vinculado e unilateral do Presidente da República, ao Congresso Nacional cabe regulamentar seus efeitos quando a rejeitar ou se a converter em lei.

Em sede de lei delegada, o Presidente da República carece de prévia aprovação do Congresso Nacional e somente pode requisitá-la em casos previamente estabelecidos. Exatamente pela necessidade de autorização é que

⁵⁷⁵ *Comentários à constituição de 1967*. Tomo III (arts. 34-112). São Paulo: Editora Revista dos

reside na literatura jurídica uma contenda em se saber se a lei delegada é norma primária ou secundária. Acontece, porém, que se “em sua formalização, a lei delegada poderia ser situada entre os atos secundários, quanto a seu conteúdo e eficácia, é ela um típico ato primário” – escreveu Manoel Gonçalves Ferreira Filho.⁵⁷⁶

Respaldando-se nessa atipicidade do Congresso Nacional é que José Afonso da Silva⁵⁷⁷ nega a incidência do processo legislativo em face das medidas provisórias e das leis delegadas, entendendo que nestes casos há mero procedimento elaborativo.

O tratado internacional não guarda, ontologicamente, uma posição de hierarquia frente ao direito doméstico dos Estados. Como bem lembra Celso Ribeiro Bastos,⁵⁷⁸ tudo o que há nessa seara são proposições doutrinárias, que não eliminam esta verdade: todos os Estados defendem a supremacia da Constituição.

No campo infraconstitucional, os Estados se dividem quanto à hierarquia dos tratados: uns entendendo que estariam acima da lei, enquanto outros lhes dispensam a mesma dignidade legal. Nesta última corrente tem-se posicionado atual do Estado brasileiro, inclusive por meio do Supremo Tribunal Federal.⁵⁷⁹

Seja como for – em uma ou outra opção – importa ressaltar que o Parlamento deve participar do ingresso dos tratados na órbita interna. E

Tribunais, 1967. p. 325. (mantida a ortografia original)

⁵⁷⁶ *Do processo legislativo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 226.

⁵⁷⁷ *Curso de direito constitucional positivo*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p.530.

⁵⁷⁸ *Comentários à constituição do Brasil*. 4º v – tomo I (arts. 44 a 69). São Paulo: Saraiva, 1995. p. 98. Registra Celso Ribeiro Bastos, nesta oportunidade, que a Holanda não defende o primado da Constituição frente aos tratados internacionais, posto que após a revisão por que passou a sua Carta Magna em 1956 admite a derrogação desta por aqueles. Em assim sendo, na Holanda a promulgação de um tratado pode promover revisão constitucional.

⁵⁷⁹ Veja-se a propósito o capítulo seguinte, onde se discute a hierarquia dos tratados no direito brasileiro.

com mais razão, se a opção for pela supremacia do tratado frente à lei, posto que neste caso a nação estaria seriamente vinculada à partir de uma única vontade, a do chefe do Executivo. Deve-se frisar que o chefe do Executivo representa a vontade do Estado, mas o Parlamento traduz os anseios da nação. E afinal não é o Estado a nação politicamente organizada?

Somente pode-se admitir o ingresso imediato dos tratados na ordem interna se o poder constituinte expressamente o autorizar, sob pena de ilegitimidade do ato que patrocinará o divórcio entre Estado e nação.

III– Hierarquia dos tratados no direito brasileiro

1. Paradigma constitucional

Precisar o substrato normativo-nuclear da Constituição é tema capaz de suscitar polêmica de elevada complexidade. Não sem motivo vem perdendo densidade epistemológica a discussão a propósito da perspectiva formal e material da norma-ápice do ordenamento jurídico.

Em se considerando a velocidade com que ocorre a mutação nas concepções de Estado e sociedade, os juristas pouco se arriscam a enumerar qual o cerne normativo que deve merecer a atenção do poder constituinte. De fato, há pontos que são ontológicos ao exercício constituinte do poder, como por exemplo, o relacionamento entre as funções estatais. Todavia existem novos postulados que reclamam dignidade constitucional sobre os quais nem sempre repousa o consenso no mundo acadêmico.

Se ontem poderia se considerar secundário disciplinar em nível constitucional a relação entre tratados e lei, hoje a matéria se impõe relevante diante da repercussão que os documentos internacionais têm no cotidiano dos Estados que não mais sobrevivem alheios à comunidade internacional.

Mesmo para aqueles que reconheçam ser a matéria estranha ao âmbito de incidência da Lei Maior do Estado, não parece dissenso em torno das dificuldades que tal ausência provoca aos operadores do direito, mormente à estabilidade nas relações interestatais. O silêncio constitucional sobre o relacionamento entre tratado e lei agrava-se ainda mais quando se percebe que os Estados buscam a integração internacional.

Mesmo sob o olhar intuitivo, torna-se plausível a necessidade de se harmonizar os documentos internacionais com os comandos legislativos domésticos. A visão antagônica – ao menos sob o prisma radical – entre as ordens jurídica interna e internacional tende ao esgotamento.

Apesar de ter atingido um estágio agudo de inquietação, o problema de equacionamento entre documentos internacionais e normas internas não constitui novidade ao poder constituinte teoricamente considerado. A Constituição de Weimar de 1919 procurou enfrentar tão intrincada realidade.

Fato é que, em sendo a Constituição o paradigma de toda a ordem jurídico-formal, o exegeta dirige-se a ela no seu primeiro movimento de exercício hermenêutico. Mesmo quando ela é silente, procura nas suas entrelinhas sustentáculo para sua tese. E quando nada consegue, sai da Constituição ao menos com uma certeza: ela não é obstáculo à sua conclusão.

Especificamente sobre o tema do relacionamento entre o tratado internacional e a lei, a leitura acurada da constituição dirá ao intérprete se determinado ordenamento jurídico acolhe o monismo ou o dualismo jurídico e em que grau.

Como nota Mariângela Ariosi,⁵⁸⁰ na historiografia do constitucionalismo brasileiro, nunca o poder constituinte explicitou qual a posição hierárquica dos tratados frente às normas domésticas.

Para não ser injusto com o pensamento jurídico nacional, invoca-se a lição de José Francisco Rezek,⁵⁸¹ para registrar que na discussão do anteprojeto da Constituição de 1934, tomando-se por base a Constituição espanhola de 1931, tentou-se estabelecer a superioridade hierárquica dos tratados internacionais frente à lei.

Todavia, o silêncio da atual Constituição foi mais contundente ao se considerar o momento histórico em que surgiu, principalmente quando se nota a preocupação com a ordem internacional, a qual dedicou um plexo de princípios. De fato, perdeu o constituinte oportunidade ímpar para apaziguar a jurisprudência com a produção acadêmica. E não só isso: chamar a si a

⁵⁸⁰ *Conflitos entre os tratados internacionais e leis internas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 158.

responsabilidade para tema de notável envergadura, posto que com implicações vitais na ordem jurídica.

Com razão George Galindo,⁵⁸² que após considerar que o disciplinamento constitucional é um dos maiores guias para solucionar o conflito entre tratados internacionais e leis, considerou que a opção do constituinte de 1988 em se manter silente foi a pior que poderia ter tomado diante do problema.

Diante da omissão do constituinte – diz Mirtô Fraga⁵⁸³ – que cabe se buscar na interpretação constitucional e nos princípios gerais de direito de que modo se relacionam tratados internacionais e legislação doméstica. Note-se, contudo, que a situação para o intérprete não é confortável.

Em primeiro, constata-se a fluidez dos princípios gerais do direito. Por outro turno o silêncio constitucional possibilita construir teses antagônicas, mas sustentáveis, consoante se verá. A rigor, o monismo e o dualismo são teoricamente bem construídos. Essa discussão é acadêmica e, ao que parece, com sobrevivência na seara pragmática. O foco da contenda, com conseqüências práticas, é a decisão política que cabe ao Estado no relacionamento entre tratado internacional e lei.

⁵⁸¹ *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 465.

⁵⁸² *Tratados internacionais de direitos humanos e a constituição brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.170 e 171. A propósito da posição das Constituições frente ao problema do relacionamento entre tratados internacionais e legislação doméstica, escreveu Galindo: “Já é clássica a divisão das Constituições feita por Antonio Cassese quanto ao respeito aos tratados. Poderiam ser delineados quatro grupos distintos: 1) Constituições que nada tratam acerca da questão da implementação dos tratados; 2) Constituições que optam por estabelecer que obrigações convencionais devem ser obedecidas por todos os cidadãos e funcionários no seio do próprio Estado, mas que ao mesmo tempo não garantem aos tratados superioridade hierárquica com relação às leis ordinárias; 3) Constituições que estabelecem que tratados são superiores às leis internas (supralegalidade); 4) Constituições que permitem a possibilidade de tratados virem a modificar ou revisar disposições constitucionais” (*ob. cit.*, p. 170).

⁵⁸³ *O Conflito entre tratado internacional e norma de direito interno*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 47.

Em um segundo plano, percebe Inocêncio Mártires Coelho⁵⁸⁴ que nos mais das vezes a Constituição não consegue prescrever decisões inequívocas do legislador, limitando-se a enumerar princípios ou indicar objetivos a serem perseguidos, deixando um campo aberto à criatividade do intérprete. Em assim sendo, se o constituinte não prescrever com o máximo rigor sua opção política-normativa, interpretações várias e até antagônicas fatalmente surgem. É exatamente esse o quadro no que se refere ao relacionamento entre tratados internacionais e legislação interna.

Especificamente sobre o tema, o legislador constituinte manteve-se em silêncio. Os comandos normativos mais próximos da problemática são os artigos 102, III, *b* e 105, III, *a* da Constituição Federal.⁵⁸⁵ Desses dispositivos pode-se construir ilações as mais variadas. Na mais lúcida das apreciações, a única certeza que dos aludidos dispositivos se colhe é que tratado internacional e lei estão no plano da infraconstitucionalidade. Quanto a posição hierárquica entre tratado e lei, nada se pode afirmar a partir de tais vetores constitucionais, consoante se verá quando do estudo da jurisprudência e da literatura jurídica pátrias.

⁵⁸⁴ *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1997. p. 54-55.

⁵⁸⁵ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

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

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

III – julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

Note-se, ademais, que os textos constitucionais pretéritos reproduziram mensagem normativa similar, resguardando-se, evidentemente, a competência do Superior Tribunal de Justiça, que é criação da Carta Magna em vigor.

2. Literatura jurídica

Parece pertinente reservar um espaço no qual se possa, de maneira panorâmica, descortinar a produção jurídica nacional sobre a problemática da hierarquia normativa entre a lei federal e o tratado internacional. Pelo fato de nenhuma das Constituições brasileiras ter enfrentado esta alta indagação com prescrições objetivas, o tema se agiganta em face da literatura jurídica.⁵⁸⁶

Por evidente que o tema recorre ao monismo e ao dualismo,⁵⁸⁷ como as duas construções jurídicas que se dispõem a equacionar o problema do relacionamento entre o direito internacional e o direito doméstico.

Sem grande esforço hermenêutico, resta plausível que a Constituição de 1988 fez a opção por considerar lei e tratado no plano das normas infraconstitucionais. Todavia, o fato de estarem no mesmo patamar frente ao texto magno não implica dizer que guardem a mesma hierarquia entre si. É exatamente nesse ponto que os juristas divergem com profundidade. Deve-se afirmar, com maior rigor, que a discordância ocorre quando um tratado sucede a uma lei, pois como leciona Francisco Rezek,⁵⁸⁸ não se coloca em dúvida a prevalência dos tratados sobre leis internas anteriores à sua promulgação.

A primeira dificuldade em se comparar tratado internacional e lei reside no fato de serem oriundas de diferentes fontes. Por tal motivo, andou bem o constituinte, posto que não arrolou o tratado internacional como espécie do processo legislativo.⁵⁸⁹ Enquanto a lei é formada pela vontade exclusiva de um

⁵⁸⁶ Evita-se utilizar a expressão *doctrina*, posto que esta se traduz com mais precisão para a verdade revelada e aceita sem indagações maiores. E evidentemente a literatura jurídica é essencialmente dialética. Daí a opção pela segunda expressão.

⁵⁸⁷ Veja-se capítulo V da parte I, onde se encontram os fundamentos mais consistentes em favor de cada uma das teses.

⁵⁸⁸ *Direito internacional público*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 97.

⁵⁸⁹ Art.59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

Estado, o tratado internacional é fruto da consecução de duas ou mais soberanias. O poder legislativo toma parte na aprovação do tratado, mas sequer tem a prerrogativa de vincular a ratificação do Presidente da República, no caso de ter aprovado o texto do tratado.

Patrícia Henriques Ribeiro⁵⁹⁰ vislumbra três correntes que se ocupam em equacionar o problema do relacionamento entre o tratado internacional e a lei. A primeira posição sustenta o primado das normas internacionais sobre a legislação doméstica. A segunda perspectiva considera lei e tratado no mesmo plano hierárquico, sucedendo-se em validade pelo mero critério cronológico (*lex posteriori derogat priori*). A terceira concepção advoga a tese de que pela obrigatoriedade dos tribunais observarem a lei, estas afastam a eficácia dos tratados.

A primeira e a segunda formulações são de entendimento quase intuitivo, vez que a mera leitura literal de seus termos facilita a compreensão. Tal não se verifica, de pronto, com a terceira das correntes, daí por que merecer uma explicação mais demorada.

Entendem, pois, os partidários da terceira via, que os Tribunais – no exercício da função jurisdicional – vinculam-se obrigatoriamente ao ditado da lei, somente deixando de observá-la quando autorizados pela Constituição. No raciocínio de tais juristas, somente em uma hipótese pode-se deixar de aplicar a lei: exatamente quando esta for antagônica ao texto magno. Logo concluem que a

-
- I – emendas à Constituição;
 - II – leis complementares;
 - III – leis ordinárias;
 - IV – leis delegadas;
 - V – medidas provisórias;
 - VI – decretos legislativos;
 - VII – resoluções.

⁵⁹⁰ *As relações entre o direito internacional e o direito interno*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 127. Segundo a autora, a corrente que admite a superioridade dos tratados internacionais face à

lei deve ser aplicada mesmo quando contrariar tratados, posto que estes não excepcionam a aplicabilidade dela. Note-se, por lógico, que esta concepção não defende que a lei revogue o tratado, apenas afasta sua incidência, significando com isso dizer que este continua apto a produzir efeitos na ordem internacional.

Mirtô Fraga discorda da segunda e da terceira formulações aqui expostas, para sustentar a primazia dos tratados sobre a legislação infraconstitucional doméstica, repudiando a construção que sustenta a igualdade hierárquica entre tratados internacionais e lei, pelo simples fato de ser incoerente o Estado pactuar livremente no plano internacional e autorizar no plano interno que o Legislativo produza norma com poder de revogar o acordo. A concatenação lógica articulada de seus argumentos encontra-se nesta passagem:

O Estado é um só; a soberania é indivisível na sua essência. A aprovação pelo Congresso Nacional do tratado assinado pelo Executivo é autorização para que este o ratifique, mas é, também, aquiescência à matéria nele contida. E, por assim estabelecer, implicitamente, a Constituição determina a supremacia do tratado, apenas, sobre a lei ordinária e sobre os atos que a ela se equipararam. Implicitamente, concorda, também, senão com a revogação, pelo menos com o afastamento da eficácia de norma anteriormente editadas. E por ser o tratado um ato internacional que obriga o Estado perante os co-contratantes, por significar, também, uma auto-limitação ao seu poder soberano de dispor sobre normas internas, não se pode, evidentemente, após o cumprimento

legislação doméstica é originária do continente europeu e o seu contrário exato decorre de construção norte-americana.

*assumido e na sua vigência, editar lei que lhe seja contrária.*⁵⁹¹

Em decorrência desta posição, refuta Mirtô Fraga a terceira construção aqui estabelecida, segundo a qual poderia o tratado ser afastado por norma interna, pelo simples fato de estar obrigado o tribunal a observar a legislação doméstica. Nota a autora que o tratado não tem caráter supletivo a só incidir no caso concreto na ausência de norma. Ademais, os tribunais estariam obrigados a aplicar o tratado regularmente aprovado, somente autorizados a negar-lhe validade se contrários à Constituição. Em sempre prevalecendo a lei frente ao tratado, por que o Estado pactuaria compromissos que jamais serão efetivados? Por igual razão, não se justificaria a celebração de tratado, quando já houvesse lei em sentido contrário a ele anterior.⁵⁹²

Na mesma direção conclusiva, sustenta Patrícia Henriques Ribeiro que o tratado internacional será sempre superior à lei. Pouco importa se esta lhe é anterior ou posterior. O mero critério cronológico é insatisfatório, segundo a autora, para resolver tal conflito. Deve-se aplicar – entende ela – o princípio *pacta sunt servanda*,⁵⁹³ exatamente porque os tratados geram obrigações ao Estado.

O embate das idéias que sustentam a tese *pacta sunt servanda* faz surgir uma questão interessante: poderia o Executivo, pela ratificação do tratado,

⁵⁹¹ *Ob. cit.*, p. 84-85.

Deve-se esclarecer que o texto de Mirtô Fraga foi escrito em 1978, mas suas considerações mantêm-se adequadas à Constituição de 1988.

⁵⁹² *Ob. cit.*, p. 85.

⁵⁹³ Apesar de alguns juristas sustentarem que o constituinte de 1988 não consagrou o princípio da *pacta sunt servanda*, observa-se que ele surge implicitamente da hermenêutica mais fiel aos propósitos do texto constitucional. Todavia, esse argumento – por si só – não é capaz de elidir a defesa da paridade hierárquica entre tratado internacional e lei interna, exatamente pela possibilidade de se manter o compromisso internacional em que pese, internamente, haja lei posterior em sentido contrário ao pactuado no âmbito externo.

inibir o exercício do Legislativo? Em análise superficial, tem-se que é isto o que se verifica. No entanto, em exame mais demorado, percebe-se que essas duas expressões do poder participam na formalização do ato solene, vinculando-se perante a ordem internacional. Não há, portanto, uma sobreposição do Executivo ao Legislativo – como registra Mirtô Fraga⁵⁹⁴ – mas, ao contrário, prestígio à harmonia dessas duas instituições políticas do Estado.

Apesar de a maioria dos juristas advogar a tese do monismo com prevalência da norma de direito internacional, há no Brasil autorizadas vozes partidárias da prevalência do direito doméstico face àquele advindo do comando jurídico com participação alienígena. Francisco Rezek⁵⁹⁵ advoga a igualdade hierárquica entre lei federal e tratado internacional, concluindo pela sucessão temporal em caso de conflito.

No mesmo sentido de não reconhecer hierarquia entre tratado e lei, Luis Roberto Barroso⁵⁹⁶ observa que tal fato não exclui eventual responsabilidade do Estado, caso este não providencie a denúncia. Esta, como se sabe, é o meio jurídico hábil para fazer cessar os efeitos do tratado no âmbito internacional. Aliás, Luis Roberto Barroso, citando decisão do Ministro Francisco Rezek, demonstra que a possibilidade de responder o Estado brasileiro pelo descumprimento interno do tratado é tema alheio ao controle do Judiciário.

O STF deve garantir prevalência à última palavra do Congresso Nacional, expressa no texto doméstico, não obstante isto importasse o reconhecimento da afronta pelo país de um compromisso internacional. Tal seria um fato

⁵⁹⁴ *Ob. cit.*, p. 84.

⁵⁹⁵ *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 474-475.

⁵⁹⁶ *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 31-32.

*resultante da culpa dos poderes políticos, a que o Judiciário não teria como dar remédio.*⁵⁹⁷

Fácil perceber que a maioria dos juristas pátrios fez a opção pela o monismo com prevalência da norma internacional sobre a legislação doméstica. Com esta postura – consoante nota Patrícia Ferreira Machado⁵⁹⁸ – a literatura jurídica está afinada com o pensamento dominante no mundo acadêmico da maioria dos povos.

Essa é a postura mais consentânea com o momento jurídico contemporâneo, em que os povos vivem interagindo em velocidade cibernética e os tratados passaram a ser a principal fonte normativa nas relações interestatais. Neste panorama, a concepção dualista tende a ser argumento meramente acadêmico sem ressonância no mundo dos fatos, principalmente quando Estado e sociedade sentem em igual intensidade o impacto das normas internacionais no cotidiano mais imediato.⁵⁹⁹ Como afirmar que, com a celebração de um tratado, somente o Estado se compromete independente da sociedade? Por todos os ângulos, essa separação é verdadeiramente ingênua e veementemente refutada pelo empirismo mais elementar.

⁵⁹⁷ RTJ, 115:969, 1986, p.973, e 119:22, 1987, p. 30. V. Luis Roberto Barroso. *Ob. cit.*, p. 19.

⁵⁹⁸ *A constituição e os tratados internacionais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p.45-46.

⁵⁹⁹ Ao defender a supremacia do tratado internacional sobre a norma doméstica e ao demonstrar a incoerência de o Legislativo produzir a lei contra o pacto alienígena capaz de produzir o ilícito gerador da responsabilidade do Estado brasileiro frente à ordem internacional, Mirtô Fraga escreveu: “O tratado celebrado pelo Estado o foi para ser cumprido. Muitas vezes, seu objetivo é, justamente, incidir sobre situações que deverão ocorrer no âmbito interno do Estado. Se o Brasil, por exemplo, firmou convenção com Portugal, obrigando-se a reconhecer a portugueses, aqui residentes, os mesmos direitos do nacional, a não-edição do regulamento, por si só, já constituiria um ilícito internacional, que teria maior gravidade se, posteriormente ao convencionado, se editasse norma jurídica excluindo os portugueses, beneficiários da igualdade, do direito, por exemplo, de prestar concurso, para determinado cargo não-privativo de brasileiro nato (*Ob. cit.*, p. 84)

Nesse sentido aponta José Carlos de Magalhães,⁶⁰⁰ ao afirmar que o Estado é um organismo uno perante as ordens nacional e internacional, e a lei que revoga tratado viola obrigação por ele contraída.

Tem-se que o monismo com prestígio à norma internacional deve prevalecer, conhecendo por limite apenas o texto constitucional de cada Estado pactuante.⁶⁰¹ Por evidente, os Estados que tiverem uma postura irresponsável diante dos tratados tendem a se isolar, pois parece que tal postura é antagônica ao processo gregário estabelecido pela comunidade internacional. O que importa, portanto, é que os compromissos internacionais sejam observados. Isso não significa, necessariamente que os tratados internacionais tenham que ser superiores à legislação interna.

De qualquer maneira deve-se deixar assentado que a opção da literatura jurídica pelo monismo com primazia do Direito Internacional não tem respaldo claro na Constituição Federal. Insista-se: a atual Carta Magna brasileira como as demais possibilitam argumentos para posições antagônicas. Na falta de uma opção cristalina do constituinte, parece melhor entender-se pela paridade entre lei e tratado internacional.

3. Jurisprudência

Em não havendo as Constituições pátrias estabelecido de maneira clarividente a relação entre tratados internacionais e norma doméstica, coube à jurisprudência definir a posição do direito brasileiro face a tão intrincado tema.

⁶⁰⁰ *O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 61.

⁶⁰¹ Essa premissa será aprofundada nos próximos capítulos, em especialidade ao último deles, onde se estudará o controle de constitucionalidade dos tratados internacionais.

Muitos autores brasileiros entendem que inicialmente o Supremo Tribunal Federal fez opção pelo monismo com primazia da norma internacional sobre a legislação genuína do Estado brasileiro. Afirmam Patrícia Henriques Ribeiro⁶⁰² que, já em 1905, o órgão de cúpula do Poder Judiciário invocava o princípio *pacta sunt servanda* para prestigiar a norma de direito internacional sobre a produzida internamente.

De modo mais objetivo, a historiografia jurisprudencial brasileira indica o pedido de extradição nº 7 de 1913 como marco da supremacia do Direito Internacional face ao Direito Interno. Em 04 de Janeiro de 1913, o Ministro da Justiça, com base no art.9º da lei nº 2.416/1911, remeteu ao Presidente do Supremo Tribunal Federal o pedido da Legação Alemã. Esta lei exigia uma série de formalidades, as quais não foram observadas quando do pedido. Em vista disto, o órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro terminou por denegar o pedido. Acontece, porém, que o próprio Ministro da Justiça – percebendo que quando do pedido de extradição ainda estava em vigor tratado internacional celebrado com a Alemanha, o qual somente tinha sido denunciado em 14 de março de 1913, e que não exigia as aludidas formalidades – levou tal notícia ao Supremo Tribunal Federal.

Por seu turno, o Supremo Tribunal Federal, em decisão unânime, prestigiou a vigência do tratado internacional, reconhecendo insubsistente o acórdão anteriormente lavrado. Esse posicionamento veio corroborar o sentido de que lei posterior não revoga tratado.

Outro momento interessante da jurisprudência brasileira sobre a temática ocorre por ocasião do julgamento da Apelação Cível nº 9.587/51. Em síntese apertada, pode-se assim resumir o substrato fático da problemática: estando em vigor um tratado internacional celebrado entre Brasil e Estados

⁶⁰² *Ob. cit.*, p. 147.

Unidos – promulgado pelo Decreto nº 542, de 24.12.1935 – segundo o qual os signatários não poderiam cobrar quaisquer encargos que fossem mais elevados que aqueles existentes no dia da celebração, a Companhia do Radio Internacional do Brasil ingressou com ação em face da União Federal afirmando que este deixou de observar a norma internacional, quando aquela empresa adquiriu aparelhos radorreceptores e radiotransmissores.

Neste julgamento, o Supremo Tribunal Federal, de modo unânime, reconheceu a prevalência do tratado internacional sobre leis anteriores.

Márcio Monteiro Reis⁶⁰³ afirma que, nas décadas de 40 e 50, predominou na jurisprudência pátria uma orientação monista com primado do direito internacional. Aliás, essa concepção é dicção predominante entre os estudiosos da problemática.

Verdade é que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal veio assumir o perfil do denominado monismo moderado com o julgamento do recurso extraordinário nº 80.004. Esse julgamento foi considerado por alguns dos juristas brasileiros como momento de retrocesso. Neste ponto, o posicionamento de Jacob Dolinger,⁶⁰⁴ ao notar que este julgamento não constituiu novidade na historiografia do órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, posto que no conflito de jurisdição nº 4.663, decidido em 1968, a mesma conclusão pela igualdade hierárquica entre normas doméstica e internacional foi explicitamente assumida.

Jacob Dolinger, ao comentar a decisão no referido conflito de jurisdição, assim se expressou:

⁶⁰³ *Mercosul, União Européia e constituição: a integração dos Estados e os ordenamentos jurídicos nacionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 97.

⁶⁰⁴ *Direito internacional privado* (parte geral). 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 104.

O Supremo Pretório decidiu pela competência da Justiça estadual, tendo o Relator, Ministro Eloy da Rocha, declarado que “o direito entrado pela via da recepção do tratado está no mesmo plano de igualdade que o internamente elaborado, não sendo superior a este. Nossa Constituição não contém norma expressa de predominância do direito internacional como a francesa. Admiti-la, seria, como declara Bernard Schwartz, constitucionalista norte-americano, dar à Convenção não força de lei, mas de restrição constitucional e isso só a própria Constituição poderia estabelecer”. Observa-se nesta direção – que frisa a igualdade do direito convencional com o direito internamente legislado – nítida aceitação do monismo, na vertente moderada.⁶⁰⁵

Curiosíssimo é notar que Jacob Dolinger tinha posição diametralmente oposta quanto ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal até o julgamento do Recurso Extraordinário 80.004 como denuncia esta sua passagem:

Hans Kelsen, que deu ao monismo jurídico sua expressão científica definitiva, advogava a primazia do direito internacional sobre o direito interno por motivos de ordem prática —: a primazia do direito interno acarretaria o despedaçamento do direito, e, conseqüentemente, sua negação (Rousseau, “Droit International Public”, Sirey, 1971, I, 42).

⁶⁰⁵ *Ob. cit.* p.97.

De acordo com a teoria kelseniana, a ordem jurídica interna deriva da ordem jurídica internacional como sua delegada. Esta foi a posição abraçada pelos internacionalistas brasileiros, tanto os publicistas como os privatistas, e que era geralmente aceita pelos tribunais brasileiros, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, até que, em 1978, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 80.004, a Suprema Corte modificou seu ponto de vista, admitindo a derrogação de um tratado por lei posterior, posição que vem sendo criticada pela doutrina pátria.⁶⁰⁶

Em rigor, consoante nota Márcio Monteiro Reis,⁶⁰⁷ a prevalência do direito internacional sobre o direito doméstico nas décadas de 40 e 50 ocorreu porque na maioria dos julgados eram submetidos à apreciação tratados bilaterais celebrados em torno de matéria tributária, tendo o Supremo Tribunal Federal considerado tal substrato como dotado de natureza contratual.

Conclui, portanto, Jacob Dolinger⁶⁰⁸ que afora os casos de tratado-contrato, não há uma tradição da jurisprudência brasileira em prestigiar a norma internacional face ao comando doméstico. Segundo o autor, a posição do Supremo Tribunal Federal é de dar o mesmo tratamento à lei e ao tratado, prevalecendo aquele que for mais recente.

Nadia de Araújo e Inês da Matta Andreiuolo⁶⁰⁹ perceberam que as decisões proferidas pelos tribunais brasileiros vislumbraram que o

⁶⁰⁶ Introdução. In. DOLINGER, Jacob (Coord.). *A nova constituição e o direito internacional: propostas e sugestões*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987. p. 13.

⁶⁰⁷ *Ob. cit.*, p. 97.

⁶⁰⁸ *Ob. cit.*, p. 111.

⁶⁰⁹ Internalização dos tratados no Brasil e os direitos humanos. In. *Os direitos humanos e o direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 87.

monismo e o dualismo se direcionam a perspectivas diversas, numa demonstração de lucidez do Poder Judiciário. Segundo as autoras, enquanto o dualismo preocupa-se em indagar sobre a necessidade de mecanismos de internalização dos tratados, o monismo tem em mente saber se há conflito entre a ordem internacional e a doméstica e, em caso positivo, indicar qual delas deve prevalecer.

Textualmente, Nadia de Araújo e Inês da Mata afirmam que na concepção de Triepel, o dualismo não menciona preocupação sobre a primazia ou não de um tratado diante da norma interna, posto que, quando incorporado, passa aquele a ter a mesma dignidade desta. Por outro turno, as autoras demonstram que Hans Kelsen – ao estruturar o monismo – nenhuma ilação estabelece com qualquer *iter* procedimental na incorporação dos tratados na ordem interna, exatamente por que tal fenômeno é estranho à sua teorização.

Significa dizer que, para se analisar a validade do tratado no âmbito do Estado, deve-se indagar primeiro sobre sua incorporação e, posteriormente, saber qual sua posição hierárquica entre ele e a norma que já existia na ordem interna. Em resumo, apesar de existir um antagonismo nuclear entre monismo e dualismo, qual seja a existência de uma ou de duas ordens jurídicas envolvendo o Estado, fato é que cada uma dessas concepções se preocupa com aspectos diferentes do problema.

Sem dúvida que o aspecto mais relevante para o núcleo da presente investigação gira em torno de saber qual a norma que deve prevalecer em caso de conflito: se a internacional ou se a doméstica. E neste aspecto, apesar de não ter se mantido uniforme, prevalecendo um ecletismo – na lição de Jacob

Dolinger ⁶¹⁰ – provocado pela especialidade de determinadas matérias (tratados comerciais, direito tributário e extradição).

É verdade que a partir do final da década de 70, o Supremo Tribunal Federal inclinou-se pela aplicação da regra geral da derrogação da norma anterior pela posterior, salvo nas matérias especiais supramencionadas, estabelecendo-se igualdade de hierarquia entre o tratado e a lei nacional.

Evidentemente que não se tem por objetivo exaurir todos os casos de que se ocupou o Supremo Tribunal Federal sobre essa intrincada questão. No próximo movimento do presente trabalho, far-se-á o estudo de dois momentos marcantes da jurisprudência pátria, representativos da evolução do complexo tema do confronto entre as normas internacional e pátria.

3.1 Recurso Extraordinário n.71.154-PR

Regulava o cheque o Decreto n° 2.591, de 1921, quando o Estado brasileiro celebrou a Convenção de Genebra em 19 de março de 1931, a qual adotou a Lei Uniforme sobre esta espécie de título de crédito.

A aludida Convenção foi aprovada pelo Congresso Nacional mediante o decreto legislativo n° 54 de 8 de setembro de 1964 e promulgada pelo Decreto n° 57.595 de 7 de janeiro de 1966.

O recurso extraordinário n° 71.154-PR trata de um aparente conflito entre o Decreto n° 2.591/21 e a Lei Uniforme derivada da Convenção de Genebra. Pela Lei Uniforme o cheque passaria a ter prazo prescricional de seis meses. Por seu turno o art.15 do Decreto n° 2.591, que remetia ao art. 52 do

⁶¹⁰ As soluções da Suprema Corte brasileira para os conflitos entre o direito interno e o direito internacional: um exercício de ecletismo. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, vol.334, p.71-107, jun./1996.

Decreto-Lei nº 2.044 de 1908, declinava que o prazo prescricional para execução extrajudicial do cheque era de cinco anos.

Apreciando a pretensão do autor da ação, que terminou por chegar ao Supremo Tribunal Federal por intermédio do recurso extraordinário nº 71.154-PR, o juiz de Curitiba reconheceu prescrito o cheque, pois entendeu que a ele se aplicava a Lei Uniforme aprovada pela Convenção de Genebra. Raciocinou o magistrado de primeiro grau de jurisdição que, aprovada a Convenção de Genebra pelo Congresso Nacional, esta já produziria efeitos imediatos na ordem interna.

Não obstante, mediante recurso, o Tribunal de Justiça do Paraná entendeu de modo diametralmente oposto, visto que para aquela Corte as convenções não são dotadas de poder para modificar a legislação doméstica dos países celebrantes. Para que as convenções venham a se incorporar ao ordenamento jurídico interno é necessário que os Estados aprovem leis específicas para este fim. Com este raciocínio, o Tribunal de Justiça do Paraná entendeu que apesar da aprovação da Convenção de Genebra continuava em vigor o Decreto-Lei nº 2.044, de 1908 e o Decreto nº 2.591, de 1912, e mesmo leis posteriores que porventura viessem a regulamentar letras de câmbio, notas promissórias e cheques.

É notória a visão dualista extremada adotada pelo Tribunal de Justiça do Paraná. A norma internacional somente ingressaria no direito interno mediante a edição de lei, mesmo que o tratado já houvesse sido aprovado pelo Congresso Nacional.

O Supremo Tribunal Federal refutou a concepção dualista extremada do Tribunal de Justiça do Paraná, na lúcida lição do Ministro Oswaldo Trigueiro, relator do recurso extraordinário nº 71.154-PR:

Não me parece curial que o Brasil firme um tratado, que este tratado seja aprovado definitivamente pelo Congresso Nacional, que em seguida seja promulgado e, apesar de tudo isso, sua validade ainda fique dependendo de novo ato do Poder Legislativo. A prevalecer esse critério, o tratado, após sua ratificação, vigoraria apenas no plano internacional, porém não no âmbito do direito interno, o que colocaria o Brasil na privilegiada posição de poder exigir a observância do pactuado pela outras partes contratantes, sem ficar sujeito à obrigação recíproca. A objeção seria ponderável se a aprovação do tratado estivesse confiada a outro órgão, que não o Congresso Nacional. Mas, se aprovação é ato do mesmo poder elaborador do direito escrito, não se justificaria, que, além de solenemente aprovar os termos do tratado, o Congresso Nacional ainda estivesse que confirmá-lo repetitivamente, em novo diploma legal.⁶¹¹

Note-se, ainda, que o Ministro Oswaldo Trigueiro argumentou em prol de sua decisão, que a Constituição Federal incluía, dentre sua competência, rever decisões que contrariassem tratados internacionais. Ora, se assim o era, tornar-se evidente que o tratado não precisava torna-se lei no sentido formal, para ter vigência no âmbito do ordenamento nacional.

A rigor, a problemática dos efeitos da Convenção de Genebra de 1931 ocorreu antes mesmo da aprovação pelo Congresso Nacional. Como

⁶¹¹ Vide v. 58, tomo 1 da RTJ. Tal número encontra-se esgotado. O inteiro teor do acórdão chegou a este pesquisador pela presteza da senhora Maria Cristina Rodrigues Silvestre, secretária de documentação do Supremo Tribunal Federal.

bem nota Jacob Dolinger,⁶¹² o núcleo da equação era saber se o Brasil teria introduzido a Lei Uniforme em sua legislação, ou apenas se comprometido em celebrar norma que introduziria referida lei no direito brasileiro. A própria linguagem da Convenção contribuiu para o consenso de entendimento, consoante ensinamento do próprio Jacob Dolinger:

Aparentemente, o primeiro a escrever sobre esta matéria foi Hahneman Guimarães, professor de Direito Civil na Universidade do Brasil, que mais tarde veio a ser Ministro do Supremo. Ele publicou um artigo em 1941, em que sustentava que as Leis Uniformes aprovadas em Genebra eram apenas leis modelares a serem seguidas pela legislação nacional; não estando contidas nas Convenções, a ratificação ou adesão às mesmas não resultaria na introdução automática das Leis Uniformes nos diferentes sistemas jurídicos nacionais.

Esta primeira opinião provavelmente derivou do fato de que as Convenções que aprovaram as Leis Uniformes diziam, em seu artigo primeiro, que “[a]s Altas Partes Contratantes obrigam-se a adotar nos territórios respectivos, quer num dos textos originais, quer nas suas línguas nacionais, a Lei Uniforme que constitui o Anexo I da presente Convenção”. O artigo primeiro da Convenção destinada a regular conflitos de leis em matéria de letra de câmbio e notas promissórias (assinada conjuntamente com a Convenção que continha a Lei Uniforme) foi formulado com uma pequena variação:

⁶¹² *Ob. cit.*, p. 86.

“[a]s Altas Partes Contratantes obrigam-se mutuamente a aplicar, para a solução dos conflitos de leis em matéria de letras e de notas promissórias, a seguir enumerados, as disposições constantes dos artigos seguintes”. A diferença está em entre “obrigam-se a adotar”, na Convenção sobre a Lei Uniforme, e “obrigam-se a aplicar”, na Convenção sobre conflitos.⁶¹³

Ao que parece, a decisão do Supremo Tribunal Federal prestigiou, de modo absoluto, a norma de direito internacional em face da legislação doméstica. No entanto, o acórdão do recurso extraordinário nº 71.154-PR decidiu pelo poder de revogação de que goza o tratado face à legislação ordinária anterior, silenciando quanto à situação inversa, qual seja a de tratado anterior ser contrariado por lei nova.

O acórdão do recurso extraordinário 71.154-PR invoca as decisões proferidas nas apelações cíveis 7.872 e 9.587, datadas de 1943 e 1951, respectivamente, em que se decidiu que o tratado tem primazia diante da norma interna anterior e só pode ser revogado por lei posterior se houver comando expresso neste sentido. Talvez por isso, alguns juristas⁶¹⁴ vislumbraram neste acórdão a opção pela primazia do direito internacional.

Acontece, porém, que as duas apelações citadas (7.872 e 9.587) pelo acórdão do recurso extraordinário 71.154-PR referem-se a matéria fiscal, tendo o Supremo Tribunal Federal entendido que, nestes casos, uma lei posterior seria incapaz de revogar um tratado, consoante já explicado em linhas anteriores.

⁶¹³ *Ob. cit.*, p. 86.

⁶¹⁴ Dentre os juristas que vislumbravam até esse momento a supremacia do direito internacional face à norma doméstica encontram-se Celso de Albuquerque Mello e José Carlos de Magalhães. Veja-se Jacob Dolinger. In. *Direito internacional privado* (parte geral). 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 87-115.

Os tratados com substrato em matéria fiscal têm natureza contratual que devem resistir até o advento de lei posterior em sentido contrário. Não é razoável e muito menos recomendável que um Estado que celebra com outro tratado de natureza fiscal fique refém da discricionariedade do Poder Legislativo deste último.

Reconhecendo a especificidade da matéria fiscal versada nas apelações 7.872 e 9.587, o acórdão do recurso extraordinário 71.154-PR termina por alertar que o conflito entre a norma de direito internacional e o comando doméstico ainda era questão em aberto dentro do Supremo Tribunal Federal.

Equivocam-se aqueles que querem atribuir ao acórdão do recurso extraordinário 71.154-PR marco jurisprudencial de primazia do direito internacional face à legislação nacional.

Em verdade, o aludido acórdão tão-somente ratificou a posição do Supremo Tribunal Federal até ali construída de equiparar a norma internacional à interna pelo critério meramente cronológico, ressalvadas matérias específicas. A indignação de parte da literatura jurídica nacional aumenta ainda mais – sem justificção, como se verá – após o advento do recurso extraordinário 80.004–SE, objeto das próximas considerações deste trabalho.

3.2. Recurso Extraordinário n.80.004-SE

O substrato fático da polêmica consistiu no seguinte: o Brasil havia ratificado a Convenção de Genebra, que estabeleceu a Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, quando surge no cenário jurídico nacional o Decreto-Lei nº 427/69 ocupando-se da mesma matéria.

O Decreto-Lei nº427/69 exigia que a nota promissória fosse registrada, obrigatoriamente, em repartição fiscal, sob pena de nulidade. Pelo fato

de a Lei Uniforme não prever tal exigência, vislumbrou-se um antagonismo insuperável entre os dois momentos legislativos.⁶¹⁵

A relação jurídica que terminou por formatar o recurso extraordinário nº 80.004, oriundo do Estado de Sergipe, surgiu da seguinte maneira: um credor de nota promissória ingressou com ação ordinária de cobrança perante o avalista de tal título de crédito. O juiz monocrático, entendendo que a cambial não havia sido registrada em prazo decadencial na repartição fiscal, consoante determinava o Decreto-Lei nº 427/69, julgou pela improcedência da demanda.

Acontece, porém, que o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, entendendo pela supremacia da Lei Uniforme, a qual não exigia tal registro, pronunciou-se no sentido de reformular a decisão prolatada em primeiro grau de jurisdição, responsabilizando o avalista pelo montante do título. O garantidor do título levou o caso ao Supremo Tribunal Federal por meio de recurso extraordinário.

Mariângela Arioso⁶¹⁶ percebeu que a questão se resume em indagar sobre a responsabilidade do avalista e se esta pode ser auferida por meio de ação ordinária de cobrança⁶¹⁷, bem como em discutir a validade do Decreto-lei nº 427/69 em face da Convenção de Genebra que aprovou a Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias.

⁶¹⁵ Registre-se, de logo, que o Ministro Antonio Nader foi o único a defender compatibilidade entre a Lei Uniforme e o Decreto-lei nº 427/69 sob o argumento de que a Convenção de Genebra ressalvava que cada país a vigência de regra tributária incidente nas letras e nas notas promissórias. V. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 83, mar, 1978. p. 841-845.

⁶¹⁶ *Ob. cit.*, p. 178.

⁶¹⁷ Quanto a este ponto, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a ausência do registro implica em não se poder exigir responsabilidade do avalista, vez que o aval é obrigação cambial. Enfim não pode o avalista responder como fiador. Veja-se Mariângela Ariosi, *Ob. cit.*, p. 178.

A rigor, o cerne da problemática é examinar a constitucionalidade do Decreto-lei nº 427/69 por exigir registro em repartição fiscal, divergindo, neste ponto, da Convenção de Genebra.

A complexidade do tema se revela nos votos dos ministros. Apesar de serem duas as teses que se digladiaram, os fundamentos foram tão variados que José Carlos de Magalhães⁶¹⁸ chega a afirmar que não ficou muito claro qual deles prevaleceu. Somente o Ministro Xavier de Albuquerque⁶¹⁹ defendeu a supremacia do tratado internacional face à norma doméstica.

Terminou por prevalecer a tese da equiparação entre lei e tratado, aplicando-se a fórmula estabelecida na Lei de Introdução ao Código Civil (art.2º,§1º) de que *lex posterior derogat priori*.

Fugindo um pouco dessa fórmula, pronunciou-se o Ministro Leitão de Abreu⁶²⁰ que entendeu não existir propriamente uma derrogação do tratado face à lei posterior. Entendeu o Ministro que o tratado possui modo próprio de extinção, qual seja a denúncia. Somente ela pode retirar sua vigência. Em sendo assim, a lei posterior não revoga o tratado, afasta-lhe a aplicabilidade. Tal distinção técnica teria como efeito prático o fato de o tratado voltar a ter vigência normal logo após cessar a vigência da lei que lhe retirara aplicabilidade.

A inteligência do voto do Ministro Leitão de Abreu não escapou da crítica de José Carlos de Magalhães, que vislumbrou nele “um artifício pouco convincente para adotar posição acolhida, em sua conclusão, pela maioria, que foi a da primazia do direito interno sobre o internacional”.⁶²¹

Não se pode deixar de aplaudir a crítica de José Carlos de Magalhães em alguns aspectos. O Ministro Leitão de Abreu afirma que os Tribunais não podem deixar de observar as leis internas do Estado, a não ser

⁶¹⁸ *Ob. cit.*, p. 58.

⁶¹⁹ *RTJ/83*, p. 813-817.

⁶²⁰ *RTJ/83*, p. 830-836.

quando a lei conflitar com a Constituição. É de todo evidente que o Estado que editou a lei foi o mesmo que celebrou o tratado. Por via de consequência lógica os Tribunais também estariam obrigados a lhes dar cumprimento. Talvez, aqui, com mais razão, exatamente pelo vínculo e expectativas internacionais que se estabelece nesta relação jurídica. Ademais, note-se que a expressão legislativa do Poder toma parte na aprovação do tratado e isto por si só deveria limitar a edição de lei em sentido contrário, salvo se já houvesse renúncia. Acontece, porém, que o Ministro Leitão de Abreu faz vê que o cerne da questão repousa na diferença das fontes de onde provêm os tratados internacionais e a lei.

Neste passo, o insuspeito George Galindo⁶²² defende a posição do Ministro Leitão de Abreu segundo a qual a lei posterior afasta a aplicação do tratado. Percebeu George Galindo que tal construção baseia-se no fato de se cuidar de modo diferenciado de duas normas que possuem fontes diversas.

Em se reconhecer a paridade entre tratado e norma doméstica, é visualizar o argumento de que o Poder Legislativo detém parcela de soberania. O grande mote do Supremo Tribunal Federal nesta decisão foi considerar que a Constituição não previa a superioridade hierárquica dos tratados frente à lei. A problemática, portanto, passou a ser de hermenêutica a cargo dos juízes. Neste passo, porém, observou Mariângela Ariosi que “a inserção internacional brasileira poderia vir a ser deslocada positiva ou negativamente em decorrência de um processo no desicion-making do Judiciário”.⁶²³

Em que pese a sustentabilidade da tese que invoca o silêncio da Constituição sobre a superioridade do tratado face à lei, o próprio Ministro

⁶²¹ *Ob. cit.*, p. 103.

⁶²² *Ob. cit.*, p. 192.

⁶²³ *Ob. cit.*, p. 188.

Leitão de Abreu⁶²⁴ fez notar que não se pode advogar equalização entre eles diante das características que lhes são peculiares.

A quem aponte que grande equívoco da decisão foi tentar decompor o Estados em duas realidades: a interna e a internacional. Francisco Rezek advoga a tese de que o STF deve dar efetividade a ultima palavra do Congresso Nacional, mesmo que isso importe em afronta a compromisso internacional, visto que isso “seria um fato resultante da culpa dos poderes políticos, a que o Judiciário não teria como dar remédio”.⁶²⁵

Deve-se concordar com o Ministro Rezek, neste passo. Em virtude da peculiaridade na celebração dos tratados, o Judiciário não pode interferir quando cabia à Constituição fazer e não o fez. Ora, se a Constituição colocou o tratado internacional e a lei, genericamente considerados, em situação de infraconstitucionalidade, não pode o Poder Judiciário fazer opção de superioridade por qualquer deles, sob pena de cometer violação à ordem constitucional.

Em assim sendo, o Poder Judiciário deve aceitar a tese de que a lei posterior revoga tratado anterior e vigente. É verdade que José Carlos de Magalhães⁶²⁶ – apoiando-se Hersch Lauterpacht, Juiz da Corte de Justiça Internacional – levantar a questão de ser a conformidade da legislação nacional com o direito alienígena matéria de direito internacional. Todavia, não se discute que a norma constitucional é o ponto de imputação máxima do ordenamento jurídico de cada Estado.

Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti⁶²⁷ observa que, do silêncio da Constituição, não se pode afirmar pela igualdade entre lei e tratado,

⁶²⁴ RTJ/83, p. 834-835

⁶²⁵ *Ob. cit.*, p. 475.

⁶²⁶ *Ob. cit.*, p.63.

⁶²⁷ Os tratados frente ao direito nacional: considerações. *Revista da Faculdade de Direito do Recife*. Recife., v. LXXVI, p.349-350, 1995.

pois aquela possui duas modalidades: ordinária e complementar. E, segundo o autor, o tratado não pode se equalizar a dois estamentos diferentes, mormente por considerar a lei complementar superior à lei ordinária.

Em verdade, este argumento, apesar de possuir elemento de sustentação razoável, apenas tangencia o problema, posto que se poderia, ao contrário dele, concluir que o tratado teria paridade frente à lei doméstica seja ela de que espécie for. Por outro turno, não é tranqüila a afirmativa peremptória de que a lei complementar é superior à ordinária. Tem-se defendido, e com argumentos robustos, que inexistente hierarquia entre estas duas modalidades de lei, posto que o diferencial entre ambas é tão somente de especificidade de matéria plasmado pelo quórum qualificado de aprovação.

O argumento de densidade, apresentado por Francisco Queiroz para justificar a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do recurso extraordinário 80.004, advém de percepção meta-jurídica, exposto nesta passagem:

Embora sejam considerações meta jurídicas, não devem ser olvidadas as circunstâncias que envolveram este julgamento. A necessidade de serem implementadas medidas de modo a controlar a emissão de notas promissórias no Território Nacional, então utilizadas com freqüência, como garantia de mútuos realizados ao arrepio da Lei, o que não se podia coibir com a Convenção de Genebra.⁶²⁸

Em se considerando a cultura dos votos vencedores que terminaram por decidir pela equiparação entre tratado e lei para efeito de

⁶²⁸ *Ob. cit.*, p. 341-342.

sucessão de validade das normas, fato é que o acórdão do RE nº 80.004 continua a expressar-se como paradigma para a problemática face à Constituição de 1988 não ter inovado a matéria.

Exatamente como a Carta Magna pretérita, a Constituição vigente consagrou um silêncio tumular sobre a contenda. Não disse explicitamente sobre a hierarquia do tratado sobre a legislação doméstica. E o fato de ter adotado os princípios de Direito Internacional como direitos fundamentais da República, não sinaliza prestígio aos tratados internacionais, genericamente considerados, diante da legislação doméstica.

4. A questão tributária

No tormentoso equacionamento entre a interação do Direito Internacional com a legislação doméstica brasileira, o art. 98 do Código Tributário Nacional ocupa lugar de alto relevo. Deste dispositivo, partidários antagônicos lançam mão para respaldar a lucidez da tese que advogam. Quando Celso de Albuquerque Mello⁶²⁹ tenta demonstrar o retrocesso assimilado pelo julgamento do RE 80.004-SE, toma como argumento a dicção da norma tributária. Todavia, por considerar de natureza excepcional esse mesmo conteúdo normativo é que Jacob Dolinger⁶³⁰ afirma que o direito internacional está no mesmo patamar de igualdade com o Direito interno.

A hermenêutica precisa do art.98 do Código Tributário Nacional continua desafiando a inteligência dos juristas. Luciano Amaro⁶³¹ tenta delimitar o substrato exato da discussão, afirmando que os efeitos produzidos pelo tratado internacional no interior do Estado é matéria de índole

⁶²⁹ *Curso de direito internacional público*. 12ª ed. 1º v. Rio de Janeiro, 2000. p. 118.

⁶³⁰ *Ob. cit.*, p. 93.

⁶³¹ *Direito tributário brasileiro*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 172.

essencialmente constitucional, portanto alheia ao campo de abrangência do mencionado dispositivo legal.

Não há dúvida no acerto da afirmativa de Luciano Amaro quanto ao *pathos* constitucional como o compatível para se definir a hierarquia dos tratados frente à produção legislativa nacional. Contudo, não se pode dizer peremptoriamente que o disposto no art. 98 do CTN esteja eivado de inconstitucionalidade.

É fato que esta discussão parece mais palpitante no universo da Constituição pretérita, conforme o sintomático depoimento de Luciano Amaro:

Alberto Xavier procura resguardar o preceito codificado, qualificando-o como disposição de cunho “declaratório”, o que reconheceria apenas a função de explicitar algo já implícito no ordenamento constitucional. Em seguida, porém, o mesmo autor assevera que o Código Tributário Nacional teria a natureza de lei complementar e, por isso, teria hierarquicamente a força de vedar ao legislador ordinário qualquer desobediência ao tratado.

Se procedente essa anotação, estaria resolvido o problema, de lege lata, o tormentoso problema, pelo menos no plano tributário. Todavia, deve-se lembrar que, na época em que veio a lume, o Código Tributário Nacional tinha a forma e a eficácia de lei ordinária federal, de modo que o art. 98 não pode ter sido editado no pressuposto de que ele teria uma estatura formal superior à de outras leis federais supervenientes; bastaria, pois, que outra lei de igual natureza dispusesse em contrário para que o preceito do Código fosse

*revogado ou derogado. Ademais, na época em que editado esse diploma, inexistia a norma do § 2º do art. 5º da Constituição de 1988, em que Alberto Xavier busca apoio.*⁶³²

Em verdade, Alberto Pinheiro Xavier⁶³³ desenvolve todo seu raciocínio para justificar a recepção do art. 98 do CTN pela Constituição de 1988, concluindo que essa Carta Magna, ao elevar ao ápice do ordenamento jurídico direitos e deveres decorrentes dos tratados, estabeleceu que a ordem interna deve se coadunar com o direito internacional aceito pelo Estado brasileiro.

Evidente que as ponderações de Luciano Amaro são portadoras de densidade, quando se foca a Carta Magna pretérita. Acontece, porém, que o art. 98 do CTN sobreviveu àquela ordem constitucional sem ser incomodado na sua vigência. Com a mudança do paradigma de validade da ordem jurídica a partir de 5 de outubro de 1988, toda razão assiste a Alberto Xavier.

Mesmo superada a questão da constitucionalidade do art. 98 do CTN, restam sérias dúvidas quanto o seu alcance no intrincado problema de hermenêutica. Sacha Calmon Navarro Coelho critica a redação do dispositivo tributário ao afirmar que “não se trata de revogação, mas de paralisia parcial da parte regradada diferentemente pela legislação interna”.⁶³⁴

Nesse mesmo diapasão andou Luciano Amaro⁶³⁵ ao advogar que o tratado internacional estabelece com a legislação doméstica um relacionamento de especialidade. Não se trata, portanto, de se discutir hierarquia, mas especialidade. Esta tese foi esboçada pelo Ministro Cunha Peixoto, ao

⁶³² *Ob. cit.*, p.173.

⁶³³ *Direito tributário internacional do Brasil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 123.

⁶³⁴ *Curso de direito tributário brasileiro*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 545.

analisar o alcance do art. 98 do Código Tributário Nacional, no paradigmático julgamento do Recurso Extraordinário 80.004-SE:

Como se verifica, o dispositivo refere-se a tratados e convenções. Isto porque os tratados podem ser normativos, ou contratuais. Os primeiros traçam regras sobre pontos de interesse geral, empenhando o futuro pela admissão de princípio abstrato, no dizer de Tito Fulgêncio. Contratuais são acordos entre governantes acerca de qualquer assunto. O contratual, é, pois, título de direito subjetivo.

Daí o art. 98 declarar que tratado ou convenção não é revogado por lei tributária interna. É que se trata de um contrato, que deve ser respeitado pelas partes.⁶³⁶

A questão é saber quando o tratado pode ser considerado do tipo contratual ou da espécie normativa. Saulo José Casali Bahia⁶³⁷ atesta que a jurisprudência ainda caminha vacilante neste exercício.

O tratado incide com prevalência à regra nacional, não porque lhe é superior, antes por sê-lo especial – é a tese prevalente. Neste aspecto, tratado internacional e norma doméstica se harmonizam, deixando, por consequência, de ter razão o emprego do verbo *revogar* encontrado no art.98 do CTN, bem como a recomendação contida nesse mesmo dispositivo, de que a lei interna superveniente deva *observar* o tratado internacional. Neste último caso – quando o tratado internacional afeta a norma interna posterior – é que não há nenhum sentido em se falar em revogação.

⁶³⁵ *Ob. cit.*, p. 169.

⁶³⁶ RTJ/83, p. 823-824.

⁶³⁷ *Tratados internacionais no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.108.

Ratificando ainda mais sua posição, Luciano Amaro⁶³⁸ lembra que, em relação aos Estados não signatários, a lei interna continua sendo aplicada em sua plenitude. E mesmo no que diz respeito aos Estados signatários, a legislação doméstica continua em vigor nos casos não previstos pelo tratado – conclui o autor.

Apesar dessa construção, respaldada, de certo modo, no voto do Min. Leitão de Abreu por ocasião do RE 80.004-SE⁶³⁹, Luciano Amaro⁶⁴⁰ vislumbra o âmago da questão – que o raciocínio anterior não é capaz de equacionar –, quando afirma que haverá problema efetivo, na medida em que o conteúdo do tratado internacional conflitar com a norma nacional posterior com conteúdo diametralmente oposto a ele. Sem qualquer argumentação plausível, Luciano Amaro⁶⁴¹ afirma que, se o conflito se der entre a lei anterior e tratado internacional posterior, este deve ser aplicado, abstraindo-se a discussão sobre a hierarquia entre as duas categorias normativas.

Luciano Amaro se furta à discussão da existência de hierarquia entre tratado internacional e a lei doméstica, não vislumbra um critério de prevalência. Nesse passo, Luciano Amaro limita-se a assumir, com discrição, a posição do Supremo Tribunal Federal, que é de paridade entre as duas modalidades normativas.

Discute-se, ainda, sobre que espécie de tratado internacional se aplica o disposto no art. 98 do CTN. Para uma corrente de pensamento, tal dispositivo só pode ser invocado quando o tratado internacional for da espécie

⁶³⁸ *Ob. cit.*, p. 170.

⁶³⁹ *RTJ/83*, p. 830-836.

⁶⁴⁰ *Ob. cit.*, p. 172.

⁶⁴¹ *Ob. cit.*, p. 172.

contratual, consoante mostra Leandro Paulsen⁶⁴² em livro sobre o desenvolvimento da jurisprudência e da literatura tributária.

De logo afirmando que a dicotomia entre tratado de natureza normativa e tratado de índole contratual é anacrônica em relação ao estágio atual do Direito Internacional, George Galindo⁶⁴³ conclui que dividir os tratados em duas espécies gera a falsa expectativa de existir hierarquia entre elas e força vinculativa diferenciada.

Aliás, muito a propósito, Paul Reuter⁶⁴⁴ parece ter precisado o objeto da classificação, quando vislumbrou que, ao se falar de tratado normativo e tratado de natureza contratual, é preciso distinguir dois planos: o jurídico e sociológico. Para o autor, a bipartição no plano jurídico não é exata, visto que – mesmo para o direito privado – perdeu sentido prático diferenciar *lei de contrato*, quando instrumentos como a convenção coletiva de trabalho e o ato de constituição de sociedade anônima não se comportam nos estreitos limites do conceito primitivo de contrato. Ademais, no plano sociológico, os tratados

⁶⁴² 1. *O mandamento contido no artigo 98 do CTN não atribui ascendência às normas de Direito Internacional em detrimento do Direito Positivo Interno, mas, ao revés, posiciona-se em nível idêntico, conferindo-lhes efeitos semelhantes.* 2. *O artigo 98 do CTN, ao preceituar que tratado ou convenção não são revogados por lei tributária interna, refere-se aos acordos firmados pelo Brasil a propósito de assuntos específicos e só aplicável aos tratados de natureza contratual (STJ, 1ªT., Resp. 0037065-PR, rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ fev/1994)*

A parte final do art.98 do CTN deve ser compreendida, sob pena de inconstitucionalidade, como aplicável tão-somente aos tratados contratuais (RE 90.004-RTJ 83/809) (TRF4, 2ªT., MAS 91.12762-5/RS, rel. Juiz Teori Albino Zavascki, fev/1992).

In. *Direito tributário: constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 404.

⁶⁴³ *Ob. cit.*, p. 185.

⁶⁴⁴ *Introduction au droit des traités*. Paris: Librairie Armand Colin, 1972. p. 35.

internacionais derivam de uma concepção contratual da sociedade humana diante do princípio da igualdade que rege as relações entre os Estados.

Ratificando as idéias de Paul Reuter, Hee Moon Jo⁶⁴⁵ afirma que muitas vezes o conteúdo dos tratados é difícil de ser auferido em normativo e contratual, sendo mais pragmático tentar vislumbrar se os Estados concordaram com a obrigação de se obrigar. Para o autor, as duas espécies são fontes autênticas do Direito Internacional.

Na esteira deste pensamento vê-se com clarividência meridiana que a dicção do art. 98 do CTN não faz distinção quanto à espécie de tratado que abrange.⁶⁴⁶ Logo contempla ao gênero e não determinada espécie. Em verdade, o legislador objetivou alcançar determinado conteúdo jurídico, qual seja a matéria tributária. Então, o tratado internacional que se ocupa deste substrato está abarcado por este dispositivo legal.

Outro aspecto do polêmico art. 98 do CTN foi invocado por Paulo de Barros Carvalho,⁶⁴⁷ ao afirmar que este comando normativo guarda equívoco incontornável, quando afirma que os tratados e as convenções internacionais têm o poder de revogar a legislação doméstica, quando tal potencial está nos decretos legislativos que os ratificam. A perspectiva do autor é válida para aqueles que são adeptos da teoria dualista.

Acontece, porém, que no direito brasileiro os tratados não são transformados em lei, mas tão-somente sofrem um processo de internalização

⁶⁴⁵ *Introdução ao direito internacional*. São Paulo: LTr, 2000. p. 88.

⁶⁴⁶ Aliás Saulo José Casali Bahia afirma que o Supremo Tribunal Federal tem entendido, recentemente, que o art. 98 do Código Tributário Nacional pode ser invocado tanto para os tratados do tipo contratual quanto para a espécie normativa (*Ob. cit.*, p.112)

⁶⁴⁷ *Curso de direito tributário*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 62. Neste mesmo sentido, V. Leonardo Avelino Duarte. Estudos sobre a posição hierárquica dos decretos legislativos que incorporam tratados. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, a.8, n.33, p.69-96, out./dez. 2000.

para compor o ordenamento jurídico pátrio. Nesta dimensão, é que razão assiste a Kiyoshi Harada,⁶⁴⁸ ao afirmar que *tratado* não é *lei*. E tanto não o é, que o processo de elaboração e extinção divergem profundamente, além do que o texto constitucional se refere a essas duas modalidades normativas de modo a transparecer suas peculiaridades, inclusive quanto à jurisdição. E o próprio art. 96 do Código Tributário corrobora esta idéia quando coloca as leis ao lado dos tratados como modalidades normativas que formam a *legislação tributária*.

O tratado possui, sim, poder vinculatório. O papel do decreto legislativo é o de viabilizar esta vinculação. Mas fato é que o tratado internacional é que dá sentido ao decreto legislativo e não o contrário. Ora, quando o decreto legislativo tem por escopo internalizar tratado, já demonstra que desempenha função instrumental.

Finalmente, não se pode encerrar a discussão em torno dos tratados internacionais em matéria tributária, sem se reservar espaço para indagar sobre a abrangência desse instrumento face ao pacto federativo brasileiro. O tema se coloca em uma pergunta: pode o tratado internacional disciplinar matéria tributária de atribuição do Estado-membro e dos Municípios?

Sacha Calmon Navarro Coelho⁶⁴⁹ parece responder a esta indagação, ao notar que, quando o constituinte atribuiu à pessoa jurídica da União o poder de manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais, o fez conferindo a este ente a representatividade da República Federativa do Brasil.

Em assim, a União pode representar o Estado brasileiro na sua totalidade e ser pessoa jurídica de direito público interno. Desse modo, quando o art.151, III da Constituição Federal veda que a União institua isenções de tributos

⁶⁴⁸ *Sistema tributário na Constituição de 1988* – tributação progressiva. São Paulo: Saraiva, 1991. p.144.

⁶⁴⁹ *Ob. cit.*, p. 547.

da competência dos Estados, do Distrito Federal e do Municípios está se reportando à pessoa jurídica federativa. Tal dispositivo não inviabiliza que a União, enquanto representante do Estado brasileiro (art. 21, I da CF), celebre tratados internacionais com gravames para os outros entes da Federação. Contra esta posição, pondera Saulo José Casali Bahia:

*o reconhecimento da supremacia em face da legislação interna estadual ou municipal, quer dos tratados-lei quer dos tratados-contrato (estes se posteriores à norma estadual ou municipal), exceto quanto aos tratados relacionados ao direito comunitário, representa um indevido desprestígio, em princípio, à necessidade de manter o equilíbrio federativo pretendido pelo legislador constituinte, e uma ofensa à vedação prevista no artigo 150, III, da Carta Magna.*⁶⁵⁰

Por seu turno, lembra o próprio Sacha Calmon Navarro⁶⁵¹, se a Constituição Federal (arts. 155, XII e 156, §3º, II) admite que a União, pessoa jurídica de direito público interno, conceda isenção de ICMS (imposto estadual) e ISS (imposto municipal), tanto mais plausível é que a União, representante do Estado brasileiro, o faça no plano internacional, podendo, aí, onerar qualquer dos entes que compõe a federação.

5. A questão do Mercosul

Deve-se deixar assentado que o problema das normas do Mercosul comporta duas perspectivas de apreciação.

⁶⁵⁰ *Ob. cit.*, p.112.

A primeira perspectiva diz respeito à vigência das normas editadas pelo Mercosul tanto quanto as regras desta instituição. Tal ângulo da questão pretende responder em que momento a norma passa a ter validade para todos os países-partes.⁶⁵² Uma vez aprovada a norma no âmbito do Mercosul, os Estados cuidarão de adotar medidas para internalizá-la dentro de suas fronteiras. Após este processo, cada Estado informa a internalização à Secretaria Administrativa do Mercosul. Quando todos assim procederem, a Secretaria comunicará o fato a todos os países participantes que terão trinta dias para dar publicidade do início da vigência por intermédio dos diários oficiais.

Por evidente, deve-se indagar: e se o Estado-parte não cumprir o prazo para entrada em vigor da norma oriunda do Mercosul? Duas hipóteses teóricas surgem. Tem-se, para alguns, uma violação da norma do Direito Internacional, estando sujeito o faltoso à reclamação encabeçada por outro Estado-parte ou até mesmo pelo particular.

Em teoria, também se advoga a possibilidade de os particulares reivindicarem o conteúdo da norma aprovada no cotidiano de suas vidas. Esta, aliás, a prática na União Européia.⁶⁵³

A segunda perspectiva do problema das normas do Mercosul diz respeito a sua vigência em território brasileiro. Deve-se, antes de tudo, observar se a norma de que se trata tem *status* de lei ou se lhe é hierarquicamente inferior.

Em se tratando de norma inferior à lei, como são as portarias, por exemplo, para tal inserção não se ocupa o Congresso Nacional brasileiro.

⁶⁵¹ *Ob. cit.*, p.548.

⁶⁵² A determinação da validade das normas produzidas pelo Mercosul está disciplinada nas letras dos arts.38 a 42 do Protocolo de Ouro Preto, promulgado no Brasil pelo decreto nº 1.901, de 09 de Maio de 1996. E a mais recentemente, a decisão 23/00 do CMC.

⁶⁵³ A propósito, V. José Girón Larrucea. Los derechos individuales en la comunidad europea. In. *La comunidad europea como organización internacional. Objetivos, medios de actuación y sistemas de control*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1999. p. 381-421.

Neste caso, o Poder Executivo procede a inserção. Quando, porém, a norma a ser modificada é uma lei ou a norma do Mercosul é um tratado, tem-se que obedecer o previsto nos arts. 84, VIII e 49, I da Constituição Federal.

Há, todavia, uma questão que, aparentemente, é de alta indagação provocada pela redação dos arts. 9, 15 e 20 do Protocolo de Ouro Preto. É que estes três dispositivos afirmam, peremptoriamente, que as normas do Mercosul gozam de obrigatoriedade para os Estados-partes. Legítimo então perguntar se o procedimento constitucional clássico poderia ser afastado em sede de norma oriundo do Mercosul. Não obstante, a resposta parece ser negativa e é oferecida pelo art. 40 do mesmo Protocolo de Ouro Preto, o qual afirma pela necessidade dos Estados-partes cuidarem de medidas para internalização da norma proveniente do Mercosul.

Nesse passo, José Gabriel de Assis Almeida⁶⁵⁴ afirma que o art.40 do Protocolo de Ouro Preto plasma a existência de duas ordens jurídicas, pelo dualismo, enfim (a nacional e a do Mercosul). Ademais, diz o autor que tal postura é incongruente com o disposto no art. 37 do mesmo diploma legal, que afirma pela necessidade de consenso em todas as decisões do Mercosul. Conclui José Gabriel de Assis Almeida afirmando que a internalização das normas do Mercosul causa problemas ao processo de integração, na medida em que “torna os demais Estados-partes, e o próprio Mercosul, reféns de um único Estado-parte.”⁶⁵⁵

Em termos de praticidade e, conseqüentemente, de espírito integracionista, procede a crítica do autor. Não obstante, ela esbarra no texto constitucional brasileiro que exige para aprovação de tratados internacionais, a aprovação pelo Congresso Nacional sem indicar qualquer exceção. Ademais, a

⁶⁵⁴ As normas do Mercosul e a ordem jurídica brasileira. In. *Direito da integração: estudos em homenagem a Werter R. Faria* (coord. Luiz Otávio Pimentel. Volume II. Curitiba: Juruá, 2001.p.30.

aprovação do Tratado do Mercosul pelo Poder Legislativo nacional – o que poderíamos denominar de tratado-marco – não significa que os tratados dele decorrentes possam dispensar a manifestação congressional. Neste sentido o processo de revisão constitucional deixou de aperfeiçoar a vocação de integração da Constituição em vigor.⁶⁵⁶

Tendo-se por paradigma a redação consagrada pelo art. 4º da Constituição Federal, passa-se a analisar as relações das normas do Mercosul face ao altiplano do ordenamento jurídico nacional.

Já situado o problema da validade das normas do Mercosul face ao ordenamento jurídico brasileiro, oportuno discutir a interação de tais normas com a Constituição Federal e com as regras infraconstitucionais.

O confronto entre a norma do Mercosul com a Constituição Federal resolve-se pelo princípio da primazia desta. Especificamente sobre o tema, tem-se a decisão acerca do Protocolo de Las Leñas, onde o Supremo Tribunal Federal decidiu que tal instrumento internacional não modificou a necessidade de as decisões estrangeiras serem submetidas à homologação pela Corte Maior do Poder Judiciário pátrio.⁶⁵⁷

⁶⁵⁵ *Ob. cit.* p. 31.

⁶⁵⁶ Neste sentido, lamentável não ter o Congresso Nacional modificado o art. 4º da Constituição Federal, quando da sua revisão. Muito apropriada a proposta do Deputado Adroaldo Streck, do Rio Grande do Sul, que objetivou substituir o parágrafo único do art. 4º do texto constitucional por três outros, vazados nos seguintes termos:

§ 1º. As normas de direito internacional são parte integrante do direito brasileiro.

§ 2º. A integração econômica, política, social e econômica e cultural, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações, constitui objetivo prioritário da República Federativa do Brasil.

§ 3º. Desde que expressamente estabelecido nos respectivos tratados, as normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais, de que o Brasil seja parte, vigoram na ordem interna brasileira.

Esta, aliás, foi a única proposta de modificação do art. 4º da Constituição Federal – dentre 28 projetos – que recebeu parecer favorável do relator da revisão, Deputado Nelson Jobim. Ainda assim somente recebeu 168 votos a favor. Sendo 144 votos contrários e 7 abstenções.

⁶⁵⁷ AGRCR-7613/AT Ag. Reg. Carta Rogatória 7613 AT, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 09.05.97.

Neste sentido, tem decidido reiteradamente o Supremo Tribunal Federal⁶⁵⁸, quando afirma que a Constituição é superior a qualquer norma derivada de tratado internacional.

Como se viu, no embate entre os tratados internacionais e a legislação doméstica há paridade hierárquica, na concepção do Supremo Tribunal Federal, prevalecendo a mais recente. É preciso se distinguir o paradigma geral das especialidades ditadas pela própria Constituição Federal.

No embate das normas do Mercosul com a legislação doméstica, José Gabriel Assis de Almeida apresenta três argumentos em favor da prevalência daquelas em face destas.⁶⁵⁹ O argumento inaugural do autor em defesa de sua tese decorre da própria redação do art. 2º do Tratado de Assunção, ao determinar que o Mercado Comum está fundado na reciprocidade de direitos e obrigações entre os Estados-partes. Com este raciocínio, a lei interna não poderia prevalecer em face da norma do Mercosul, sob pena de ser comprometida a uniformidade das regras entre todos os Estados-partes.

Em que pese a inteligência do argumento, deve-se convir que ele por si só não se sustenta, posto que qualquer tratado internacional é baseado na reciprocidade. Em assim se constatando, não é possível sustentar que apenas em relação ao Mercosul isso teria o condão de fazer a norma internacional se sobrepor à norma interna. Nesse sentido, não se vislumbra diferença nas relações estabelecidas pelo Mercosul com qualquer outra de cunho multilateral.

⁶⁵⁸ Neste sentido a decisão no HC 72.131-RJ, onde o relator, Min. Moreira Alves, sustentou a tese de que o Pacto de São José é normativamente inferior à Constituição Federal e que, portanto, fica mantida a possibilidade de prisão do depositário infiel. Tal tema será apreciado com mais vagar no próximo capítulo, quando se discutir a problemática dos tratados internacionais face aos direitos fundamentais.

⁶⁵⁹ *Ob. cit.*, p. 35-41.

Repousa na redação do art. 2º, §2º da Lei de Introdução ao Código Civil⁶⁶⁰, o segundo argumento de José Gabriel de Assis Almeida⁶⁶¹ para a posição de supremacia da norma oriunda do Mercosul, quando em antagonismo com a legislação doméstica. Sustenta o autor que as normas do Mercosul são diferentes das normas nacionais, vez que tratam de um substrato específico: a integração do Brasil junto aos países da América Latina.

Uma vez mais parece não residir aí qualquer peculiaridade das normas do Mercosul face aos demais tratados internacionais. Por evidente, os tratados internacionais são dotados de especialidades, de matérias tópicas, senão inexistiriam.

O terceiro argumento de José Gabriel de Assis Almeida⁶⁶² realmente alcança uma visão macro-sistêmica, ao advogar a tese de que as normas do Mercosul são superiores às normas nacionais, em face das normas internas, pela dicção do art.4º, § 4º da Constituição Federal.

Evidente que será inviabilizada a integração, em não existindo hierarquia jurídica das normas internacionais face ao direito interno. Em relação ao Mercosul, parece que o texto constitucional foi claro, na medida em que a Carta Magna dedica o parágrafo único do art. 4º para dizer do compromisso do Estado brasileiro em busca a formação de um bloco de países latino-americanos. Se este argumento do autor é válido para a realidade do Mercosul, ele também o é para as demais relações internacionais estabelecidas pela República Federativa do Brasil, visto que na leitura da Constituição de 1988 é visível o interesse do constituinte em prestigiar o direito internacional.

⁶⁶⁰ A Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei nº 4.657, de 4 de Setembro de 1942) dispõe por ocasião do art.2º, § 2º:

§2º. A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

⁶⁶¹ *Ob. cit.*, p. 36.

⁶⁶² *Ob. cit.*, p. 37-39.

Em assim concluindo, não se pode deixar de observar que José Gabriel de Assis Almeida⁶⁶³ chega a claudicar em seu raciocínio em defesa da supremacia da norma do Mercosul, em face da norma nacional, quando admite que esta possa – quando expressamente dispuser – afastar a incidência da regra internacional em território brasileiro. Por evidente que, em situação de confronto entre normas do Mercosul e a legislação interna, uma delas há de prevalecer em face da outra. Não cabe, aqui, o ecletismo que o autor, neste passo, defende.

Esta discussão sobre as normas do Mercosul retomam a questão recorrente sobre a problemática da hierarquia entre o tratado internacional e a norma interna. Não parece razoável entender que a Constituição autorize um exercício hermenêutico especial às normas do Mercosul face aos demais tratados internacionais. Basta se observar a redação do art. 4º da Constituição Federal de 1988, para perceber que o constituinte reconheceu a importância das relações multilaterais.

Evidente que esta opção pelo prestígio das normas internacionais se torna ainda mais visível em face do Mercosul. E neste aspecto é que se torna pertinente o raciocínio de Paulo Borba Castella, segundo o qual a prevalência das normas internacionais face à legislação doméstica é ponto crucial para a existência do processo de integração.⁶⁶⁴ Neste sentido, não se pode aceitar como verdadeira a posição de Armando Álvares Garcia Júnior⁶⁶⁵ quando afirma que a vigente Constituição brasileira não contém disposição expressa outorgando supremacia ao Direito Internacional.

⁶⁶³ *Ob. cit.*, p. 41.

⁶⁶⁴ *Mercosul – exigências e perspectivas – integração e consolidação de espaço econômico* (1995 – 2001 – 2006). São Paulo: LTr, 1996. p. 66.

⁶⁶⁵ *Conflito entre normas do Mercosul e o direito interno: como resolver o problema?: o caso brasileiro*. São Paulo: LTr, 1997, p. 206.

Oportuno, nesta ocasião, o comentário de Márcio Monteiro Reis sobre a concretização da norma prescrita no parágrafo único do art.4º da Constituição Federal:

A norma integracionista do parágrafo único do artigo 4º é um exemplo típico de norma programática, as quais são dirigidas, como afirma Jorge Miranda, à transformação da ordem jurídica, da estrutura social e mesmo da realidade constitucional, deixando ao encarregado de sua concretização, verdadeiro poder discricionário quanto à forma de fazê-lo. Dentro desse espírito, a Constituição de 1988 deixou em aberto a forma pela qual o Brasil irá buscar sua integração juntamente com seus parceiros da América Latina.

Diferentemente do que vem acontecendo na Europa, os países integrantes do Mercosul, como já se referiu, têm demonstrado preferência por um modelo intergovernamental, sem a existência de um órgão dotado de supranacionalidade, ou de um Tribunal Permanente com jurisdição obrigatória nos países-membros.⁶⁶⁶

Por evidente que o poder discricionário a que se refere o comentário diz respeito à estrutura e funcionamento do organismo do Mercosul. Independentemente desta opção, o que não se pode conceber é a possibilidade de norma doméstica invalidar comando jurídico oriundo desta organização intergovernamental latino-americana. Daí somente se poder ler o parágrafo único do art. 4º como comando expresso de superioridade da norma do Mercosul face

à legislação doméstica, sob pena de esvaziamento da integração almejada pela Constituição.

Nesta perspectiva de raciocínio, Márcio Monteiro Reis⁶⁶⁷ afirma que o Tratado de Assunção e os protocolos de Ouro Preto e Brasília detêm uma hierarquia diferenciada dentre os demais tratados internacionais celebrados pelo Brasil, visto que seriam superiores às leis nacionais.

Se limitada a discussão ao âmbito do Mercosul, a tese do autor torna-se irretocável. Não obstante, alargando-se o ângulo de observação para os tratados internacionais na sua generalidade, percebe-se que a construção jurídica do autor constitui-se em parcial acerto, na medida em que vislumbra superioridade apenas dos tratados do Mercosul em face da legislação pátria. A rigor, as relações multilaterais impõem a superioridade dos tratados internacionais diante da norma brasileira. E este raciocínio pode ser sustentado pela arquitetura constitucional vigente no Brasil, consoante se fez por ocasião do item inaugural do presente capítulo. A norma do art.4º, parágrafo único da Constituição Federal apenas explicita esta opção político-jurídica do Estado brasileiro.

6. Extradicação

Esclarece Luis Ivani de Amorim Araújo que “a extradicação pode ser definida como ato pelo qual um Estado entrega um indivíduo acusado de ter cometido um crime ou em virtude deste já condenado ao Estado que é competente para julgá-lo ou puni-lo.”⁶⁶⁸

⁶⁶⁶ *Mercosul, União Européia e constituição: a integração dos estados e os ordenamentos jurídicos nacionais*. Rio de Janeiro, 2001. p. 264.

⁶⁶⁷ *Ob. cit.*, p. 268.

⁶⁶⁸ *Curso de direito internacional público*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 91.

Em sede de literatura jurídica, há um debate sobre a obrigatoriedade do Estado em conceder a extradição independentemente de tratado.⁶⁶⁹ Todavia, a questão a ser enfrentada é outra: a de saber se no Estado brasileiro há prevalência entre o tratado internacional sobre extradição e a lei interna.

A Constituição Federal de 1988 traçou linhas gerais sobre a problemática da extradição assegurando limites à sua concessão.⁶⁷⁰ Respeitados estes limites, a Lei nº 6.815/80 (Estatuto do Estrangeiro) foi recepcionada pela nova ordem constitucional. E no silêncio da Carta Magna sobre a hierarquia entre os tratados internacionais e a lei, em pleno vigor encontra-se o art.76 da Lei nº 6.815/80, onde se encontra disciplinada a possibilidade de extradição.⁶⁷¹

Não resta dúvida que o tratado internacional passou a ser “a fonte mais comum e abundante do instituto extradicional”, na lição de Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano.⁶⁷² E não poderia deixar de ser diferente, pois a extradição e instituto de parceria entre os Estados, o que exige disciplina de cada situação de modo o mais detalhado possível, guardando-se às peculiaridades do caso contemplado.

A literatura jurídica tem entendido que em caso de conflito entre tratado internacional e lei interna sobre extradição, deve prevalecer aquele pelo critério da especificidade. Jacob Dolinger chega mesmo a traçar um liame

⁶⁶⁹ Hans Kelsen se posiciona pela impossibilidade do Estado conceder a extradição na falta de tratado internacional regulamentando o caso. V. Principios de derecho internacional público. Buenos Aires: Libreria El Ateneo editorial, 1965. p.215-216.

⁶⁷⁰ Art. 5º.

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 concedido extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião.

⁶⁷¹ Art.76 – A extradição poderá ser concedida quando o governo requerente se fundamentar em tratado, ou quando prometer ao Brasil a reciprocidade.

⁶⁷² *A extradição no direito internacional e no direito brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 42.

entre os tratados internacionais que se ocupam da extradição com aqueles que disciplinam contratos entre os Estados.

*A especificidade do tratado de extradição é que o mesmo visa exclusivamente a cooperação judicial entre dois países, que podem ter suas raízes especiais para disciplinar a extradição entre si de maneira diversa daquela determinada em suas legislações internas, aproximando-se do conceito do tratado-contrato (...)*⁶⁷³

Deste mesmo raciocínio partilha Mirtô Fraga,⁶⁷⁴ completando-o ao observar que em havendo tratado internacional disciplinando a extradição, esta se torna obrigatória mesmo se a norma doméstica for em sentido contrário.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem se posicionado nesta linha de reconhecer a supremacia do tratado internacional face à lei interna desde o paradigmático caso da Extradição nº 7, de 1913, ocasião em que a Suprema Corte aplicou o tratado internacional celebrado com a Alemanha, afastando a incidência da Lei nº 2.416 de 28 de junho de 1911.⁶⁷⁵

⁶⁷³ *Ob. cit.*, p. 108.

⁶⁷⁴ *O novo estatuto do estrangeiro comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p.289.

⁶⁷⁵ Mirtô Fraga narra o caso nos seguintes termos: “Em 4.1.913, o Ministro da Justiça remeteu ao Presidente do Supremo Tribunal Federal, para os fins do art.9º da Lei nº 2.416/911, o pedido da Legação Alemã. Tal Lei exigia que a documentação fosse autenticada com o reconhecimento, pelo representante diplomático brasileiro, das firmas daqueles que subscrevessem os documentos, bem como da sua qualidade. O Supremo, em 29.1.913, tendo em vista que tal formalidade não fora cumprida, denegou a extradição. A Lei, no seu art.10, era expressa ao estabelecer que nenhum pedido de extradição seria concedido sem prévio pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, sobre sua legalidade e procedência. Em 5.1.914, o Ministro da Justiça levou ao conhecimento do Pretório Excelso que, inadvertidamente, fora enviado o pedido feito pela Legação Alemã, quando estava, ainda, em vigor o Tratado firmado pelo Brasil, só denunciado em 14.3.913, para deixar de produzir seus efeitos no prazo estipulado no seu próprio texto e a informação de que a Legação Alemã solicitava que as extradições requeridas na vigência do tratado fossem por ele reguladas. É que

Em não havendo tratado internacional o art. 76 da Lei nº 6.815/80 exige a promessa de reciprocidade de postura do Estado requerente em situação idêntica. Não obstante, nestes casos não basta o simples compromisso de reciprocidade. No caso concreto, o Supremo Tribunal Federal observa se os princípios fundamentais da Constituição brasileira estão sendo respeitados para conceder a extradição.⁶⁷⁶

o Tratado não exigia o reconhecimento, a autenticação dos documentos pela representação diplomática brasileira. E mais: a extradição era concedida sem pronunciamento do Poder Judiciário. Em 7.1.914, o Supremo, por unanimidade, reconhecendo que o caso era regulado pelo Tratado, declarou insubsistente o acórdão de 29.1.913, uma vez que não tinha competência para conhecer da extradição (*Ob. cit.*, p. 289).

⁶⁷⁶ Sintomático neste sentido, o julgamento da Extradição nº 633-9, publicado no Diário da Justiça em 06.04.2001. Nesta oportunidade, o pedido de extradição foi negado por entender o Supremo Tribunal Federal que princípio de direito fundamental não foi observado.

IV – Tratados sobre direitos humanos

1. Direitos fundamentais: cláusula aberta

O direito normatiza a conduta dos homens para viabilizar a sobrevivência da espécie. Acontece, porém, que a vida está sempre em movimento, fazendo com que o legislador se atualize diante de situações novas ainda não pensadas pelo ordenamento jurídico. Exatamente por perceber esta realidade é que o constituinte elaborou a regra do artigo 5º, § 2º da Carta Magna em vigor.⁶⁷⁷ Prova da expansão dos direitos fundamentais é a existência de um movimento de internacionalização das Constituições, onde se encontra a idéia de um estatuto jurídico transnacional para o indivíduo. Essa internacionalização “*correspond à l’influence du droit international sur la définition et la reconnaissance des droits politiques, civils, économiques et sociaux de l’individu*”, na apreciação de Hélène Tourard.⁶⁷⁸

Antes de se adentrar ao núcleo da discussão, a propósito do sentido e alcance do art. 5º, § 2º da CF, deve-se atentar para um problema de índole terminológica. Trata-se de se apreciar duas expressões que se candidatam a traduzir a amplitude da norma referente aos direitos e garantias fundamentais. Por um lado, tem-se a expressão *cláusula aberta*; de outro, a locução *cláusula de não*

⁶⁷⁷ Dispõe o artigo 5º, § 2º da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 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.

⁶⁷⁸ *L’internationalisation des constitutions nationales*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2000. p. 393.

tipicidade. Conforme lembra Jorge Miranda⁶⁷⁹, as duas construções são utilizadas como sinônimas.

Todavia as expressões não guardam o mesmo núcleo de significância junto ao direito. Enquanto a expressão *cláusula aberta* traduz que os direitos ali elencados estão em situação de expansão, a locução *cláusula da não tipicidade* guarda uma contradição. Ora, dizer-se que um objeto face a outro encontra-se em situação de *não tipicidade* é afirmar que não há interação de modo compatível com o paradigma eleito.

Por evidente que a expressão *direitos fundamentais* tem um significado determinado, ressaltando-se, por evidente, toda a fluidez que o conceito possa trazer consigo, aspecto de que logo se cuidará neste trabalho. Portanto, se o constituinte reconhece como fundamentais outros direitos além daqueles contemplados no rol do art.5º,§ 2º da CF, é, por óbvio, que os não listados guardam com estes uma relação de tipicidade. Vale dizer: os direitos reconhecidos fora do catálogo são direitos tipicamente fundamentais. Daí a *cláusula da não tipicidade* parecer denominação imprestável para aquilo que se propõe traduzir.

A denominação *cláusula aberta dos direitos fundamentais* consegue expressar com precisão a idéia de expansão de tais direitos para além daqueles contemplados no art.5º,§ 2º da Carta Magna. A conseqüência imediata de tal dispositivo na ordem jurídica é o de não se aplicar à espécie o princípio hermenêutico do *inclusio unis alterius est exclusius*. Assim, em se tratando de direitos fundamentais, todos aqueles que podem ser deduzidos do ‘regime’ e dos ‘princípios’ eleitos pelo constituinte, bem como os encontrados nos tratados internacionais são válidos junto à ordem jurídica posta.

⁶⁷⁹ *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 153.

A norma contida no art.5º, § 2º da atual Constituição nasceu com a primeira Carta republicana. Por evidente que a opção do constituinte de 1988 em proceder de modo analítico dificulta os exemplos de direitos fundamentais não expressamente consagrados.⁶⁸⁰

Mas, antes do comportamento analítico do constituinte, o que mais dificulta a tarefa de se encontrar direitos fundamentais fora do catálogo é a eleição de um critério seguro capaz de traduzir seu núcleo de existência.

José Carlos Vieira de Andrade⁶⁸¹ estabelece três critérios para delimitar o conteúdo dos direitos fundamentais. Em primeiro, entende que os direitos fundamentais atribuem posições jurídicas subjetivas (universais e permanentes) a todas ou a certas categorias de indivíduos. Em segundo, os direitos fundamentais têm como função a proteção e a garantia de determinados bens (jurídicos) das pessoas ou de determinado conteúdo do status pessoal ou relações na sociedade. Finalmente, a idéia de direitos fundamentais deve gravitar em torno do princípio da dignidade da pessoa humana.

Apesar do esforço do autor, deve-se atentar para a dificuldade de sua empreitada, tendo em vista que os direitos fundamentais são dotados de uma fluidez conceitual somente compatível com a dinâmica da vida a instigar no homem possibilidade de conquistas novas. Nesse aspecto, a própria existência

⁶⁸⁰ A propósito da evolução constitucional da denominada cláusula aberta dos direitos fundamentais, veja-se o que foi escrito no capítulo inaugural desta segunda parte.

Apesar da dificuldade de se colher exemplos de direitos fundamentais fora do catálogo pelo comportamento analítico do constituinte de 1988, a jurisprudência tem conseguido garimpar exemplos significativos. No julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 939-7, que tinha por objeto a discussão a Emenda nº 3/93 e da Lei Complementar nº 77/93 – a propósito da criação do imposto provisório sobre movimentação financeira – O Supremo Tribunal Federal entendeu que o art.150, III, alínea b, da CF, abrigava o princípio da anterioridade e que este era autêntico direito-garantia fundamental do cidadão-contribuinte pela dicção do art.5º, § 2º do texto ápice da ordem jurídica nacional.

⁶⁸¹ Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 1987. p.84-85.

dos direitos fundamentais⁶⁸² atesta a necessidade de revisão a que este conceito está, peremptoriamente, obrigado. Neste sentido, total razão assiste a José Afonso da Silva: “A ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no evolver histórico dificulta definir-lhes um conceito sintético e preciso”.⁶⁸³

A fluidez conceitual dos direitos fundamentais é dessas tais que a sensibilidade chega antes da linguagem. Sabe-se exatamente do que se fala, mas não se sabe com precisão definir o objeto sobre o qual se fala. Consciente dessa dificuldade conceitual é que Thomas Fleiner⁶⁸⁴ lançou mão de uma situação fática para dar os contornos dos direitos fundamentais.

Deve-se deixar assentado que a dificuldade do conceito não pode inibir a busca por parâmetros seguros capazes de detectar os direitos fundamentais em uma ordem jurídica positiva.

Nesse sentido, merece todo aplauso o esforço de José Carlos Vieira de Andrade⁶⁸⁵ que, determinado a encontrar o núcleo de tal conceito, entende pela existência de direitos material e formalmente fundamental. Vale dizer pode existir direito consagrado em texto constitucional que não são, em substância, fundamental. E, por conseguinte, a possibilidade de norma

⁶⁸² Veja-se a propósito das dimensões dos direitos fundamentais o capítulo III da primeira parte.

⁶⁸³ *Curso de direito constitucional positivo*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 179.

⁶⁸⁴ *O que são os direitos humanos?* São Paulo: Max Limonad, 2003.p. 19-20.

Apesar do autor usar a expressão direitos humanos, pode-se tomá-la para o fim específico da dificuldade do conceito como análoga à locução direitos fundamentais.

Fleiner não responde com uma definição a pergunta que formula, antes exemplifica, consciente da expansão do seu objeto: “O mais elementar direito humano é o direito que cada indivíduo tem de viver, de desenvolver-se, residir, trabalhar, descansar, informar-se, conviver com outras pessoas, casar-se e educar os filhos, como todos os outros, no lugar em que se encontra. *Os direitos humanos são os direitos da pessoa de conviver, conforme sua natureza com outras pessoas.*[itálico do original] (*ob. cit.*, p. 20).

⁶⁸⁵ *Ob. cit.*, p.78. No mesmo sentido V. José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 379. Interessante notar que Canotilho

infraconstitucional revelar direito materialmente fundamental. Para o autor, a importância da distinção (material x formal) tem como consequência, por exemplo, negar-se “à aplicação do regime dos direitos, liberdades e garantias, mesmo que constem do título II da Parte I da Constituição”.⁶⁸⁶

Jorge Miranda⁶⁸⁷ entende que todo direito fundamental em sentido formal também o é em substância. Todavia reconhece a possibilidade de direitos materialmente fundamentais para além daqueles contemplados no catálogo constitucional. Mas se percebe que o professor de Lisboa tem preocupação sobre a delimitação do conteúdo dos direitos fundamentais para localizá-los fora do catálogo.

*Não podem, contudo, considerar-se direitos fundamentais, obviamente, todos e quaisquer direitos, individuais e colectivos, vindos das leis ou das fontes internacionais. Só alguns desses direitos recaem neste âmbito, só aqueles que pela sua finalidade e função ou pela projecção ou pelo modo de consagração, ofereçam analogia com os que são constitucionalmente estabelecidos – como é o caso do direito à imagem (art.79.º do Código Civil) e dos que se encontram consignados nos Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Económicos, Sociais e Culturais e na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que a Assembleia da República acaba de aprovar.*⁶⁸⁸

reconhece que a cláusula aberta dos direitos fundamentais da Constituição Portuguesa inspirou-se na Carta Magna brasileira de 1891 (*ob. cit.*, p. 380).

⁶⁸⁶ *Ob. cit.*, p. 81.

⁶⁸⁷ *Ob. cit.*, p. 9.

⁶⁸⁸ *A constituição de 1976: formação, estrutura, princípios fundamentais*. Lisboa: Livraria Petrony, 1978. p. 326 (mantida a grafia original)

Por paradoxal que seja, termina José Carlos Vieira de Andrade adotando o pragmatismo de Jorge Miranda, consoante se nota nesta passagem:

*Direitos fundamentais têm de ser os direitos básicos, essenciais, principais, mesmo que fora do catálogo ou da Constituição (...) Porém, será mais difícil aqui evitar o subjectivismo do intérprete sobre o que é ou não básico, razão porque se presume que os direitos previstos na Constituição são essenciais, no tempo histórico, à dignidade dos homens que formam a comunidade.*⁶⁸⁹

Os juristas brasileiros – como bem nota Ingo Wolfgang Sarlet⁶⁹⁰ – não buscaram, ainda, propostas para a delimitação do conceito substancial de direitos fundamentais junto ao direito positivo. Tangenciam o problema quando se propõem a classificá-los.

José Afonso da Silva, limitando-se aos direitos individuais, classifica-os em: “(1) *direitos individuais expressos*, aqueles explicitamente enunciados nos incisos do art.5º; (2) *direitos individuais implícitos*, aqueles que estão subentendidos nas regras de garantias, como o direito à identidade pessoal, certos desdobramentos do direito à vida, o direito à atuação geral (art.5º,II); (3) *direitos individuais decorrentes do regime e de tratados internacionais* subscritos pelo Brasil, aqueles que não são nem explícita nem implicitamente enumerados, mas provêm ou podem vir a provir do regime adotado, como o direito de resistência, entre outros de difícil caracterização *a priori*”.⁶⁹¹

⁶⁸⁹ *Ob. cit.*, p. 96.

⁶⁹⁰ *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1988. p.87.

⁶⁹¹ *Ob. cit.*, p. 197.

Antes de se analisar a classificação proposta por José Afonso da Silva, deve-se colocar em pauta o âmbito de abrangência dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro. O constituinte de 1988 reservou ao título II da Carta Magna espaço para cuidar dos direitos e garantias fundamentais. Pelo simples manuseio do documento ápice da ordem jurídica vigente, percebe-se que este título engloba cinco capítulos, os quais tratam dos direitos e deveres individuais e coletivos, dos direitos sociais, da nacionalidade, dos direitos políticos, dos partidos políticos.

Acontece, porém, que a norma de ampliação dos direitos fundamentais (§ 2º do art.5º da CF) foi redigida, por equívoco, no final do capítulo dedicado aos direitos e deveres individuais e coletivos. Diz-se equivocada o constituinte, pois topograficamente, deveria tal dispositivo ocupar o último capítulo do título reservado aos direitos fundamentais. Mesmo o método gramatical de exegese é sintomático para se detectar a falha do legislador constituinte. Veja-se a dicção do § 2º do art.5º: “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 do Brasil seja parte”.

Ora, em momento algum o legislador constituinte limitou o alcance do dispositivo aos direitos individuais. Logo todos os direitos fundamentais (individuais ou não) foram contemplados pela norma do art.5º, § 2º da Constituição Federal.⁶⁹² Então se José Afonso da Silva resolver, por opção metodológica, cuidar somente da classificação dos direitos individuais, nenhuma

⁶⁹² V. Ingo Wolfgang Sarlet, *ob. cit.*, p.85-86.

Note-se que o autor somente cita, explicitamente, no núcleo de abrangência do art.5º, § 2º da CF os direitos sociais (art.6º) e os trabalhistas (art.7º). Sem adentrar na questão de que os direitos trabalhistas são ontologicamente sociais, tanto que estão no capítulo II do título II da Carta em vigor, a tese aqui sustentada dar ao art.5º, § 2º abrangência aos direitos fundamentais em quaisquer de suas especificações acolhidas pelo constituinte.

ressalva cabe ao seu comportamento. Todavia se procedeu de tal modo por entender que o dispositivo mencionado contempla tão somente esta categoria de direitos fundamentais, procede a crítica que lhe faz Ingo Sarlet.⁶⁹³

José Afonso da Silva estabelece, em sua classificação, que os direitos fundamentais da espécie individual podem ser implícitos ou decorrentes. Ingo Wolfgang Sarlet⁶⁹⁴, ocupando-se da classificação dos direitos fundamentais em sede de gênero, aceita a dicotomia *implícitos x decorrentes*, mas propõe outra classificação. Afirma Sarlet que a engenharia constitucional brasileira de 1988 permite vislumbrar dois grandes grupos de direitos fundamentais: 1) os direitos expressamente positivados ou escritos e 2) os direitos não-escritos, assim considerados aqueles que não foram objeto de previsão expressa pelo direito positivo quer constitucional ou internacional.

Segundo o autor, estes dois grupos são passíveis de subdivisão. O primeiro deles se subdivide do seguinte modo: 1.1) direitos expressamente previstos no rol dos dispositivos reservados em elencar os direitos fundamentais ou aqueles dispersos pelo corpo da Constituição e 1.2) direitos fundamentais positivados em tratados internacionais.

Já o segundo grupo teria a seguinte subdivisão: 2.1) direitos implícitos nas normas definidoras de outros direitos fundamentais e 2.2) direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios.⁶⁹⁵

Se a classificação proposta por Ingo Wolfgang Sarlet trabalha melhor a amplitude dos direitos implícitos face àquela construída por José Afonso da Silva, não está a salvo de críticas.

É no mínimo polêmico o entendimento segundo o qual o constituinte autorizou o reconhecimento de direitos fundamentais não escritos.

⁶⁹³ *Ob. cit.*, p. 88 (nota de rodapé).

⁶⁹⁴ *Ob. cit.*, p. 90.

⁶⁹⁵ *Ob. cit.*, p. 90.

Na verdade, esta interpretação sofre a influência da história do dispositivo que consagrou a *cláusula aberta* dos direitos fundamentais, por ocasião do IX Aditamento da Constituição norte-americana.⁶⁹⁶ No caso brasileiro, não é seguro afirmar que o constituinte tentou contemplar direitos fundamentais fora do direito positivo.

Ingo Sarlet argumenta que a Constituição brasileira em vigor patrocinou a existência de direitos não-escritos deduzidos pela interpretação daqueles que foram listados pelo constituinte, bem como os derivados do regime e nos princípios. Então, para ele, “o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais abrange direitos não expressamente positivados”.⁶⁹⁷

Duas ponderações podem ser feitas a este raciocínio. A primeira diz respeito aos direitos fundamentais concebidos a partir da interpretação daqueles que foram contemplados pelo constituinte. Ora, a fonte do ‘direito novo’ está positivada. A interpretação, neste caso, tão somente revela o que já se encontrava implícito no dispositivo escrito do direito-fonte.

A segunda objeção reside no fato do autor apreender ‘regime’ e ‘princípio’ como categorias não normatizadas. Para ratificar sua tese, Ingo Sarlet invoca Paulino Jacques, no momento em que o professor carioca profere lição sobre o alcance do brocardo latino *inclusio unius exclusio alterius* face aos direitos individuais e garantias implícitas, no contexto da Carta Magna de 1969:

⁶⁹⁶ O IX Aditamento de 1791 à Constituição dos Estados Unidos da América prescreveu que “a especificação de certos direitos pela Constituição não significa que fiquem excluídos ou desprezados outros direitos até agora possuídos pelo povo”.

Mas, como lembra José Carlos Vieira de Andrade, esse preceito tem uma história bastante peculiar. Esclarece o jurista lusitano que tal comando normativo tinha por objetivo dirimir uma questão de competência entre o Estado Federal e os Estados Federados, buscando demonstrar que o governo central tem poderes limitados (*Ob. cit.*, p. 77).

⁶⁹⁷ *Ob. cit.*, p. 88.

Se o legislador tivesse tido apenas a intenção de afastar a velha regra romana, não precisaria ter aludido ao “regime” nem aos “princípios” constitucionais. Fazendo-o, evidentemente, quis ensejar o reconhecimento e a garantia de outros direitos que as necessidades da vida social e as circunstâncias dos tempos pudessem exigir. É uma cláusula, por conseguinte, consagradora do princípio da “equidade” e da “construção jurisprudencial”, que informam todo o direito anglo-americano. Também entre nós, não é a lei a única fonte do direito, porque o “regime”, quer dizer, a forma de associação política (democracia social), e os “princípios” da Constituição (república federal presidencialista) geram direitos.⁶⁹⁸

Apesar da referência a equidade, não se pode afirmar que Paulino Jacques – apenas por esse trecho de sua obra – esteja autorizando o reconhecimento de direitos não-escritos na ordem jurídica brasileira. Como se sabe a equidade pode ser feita dentro do âmbito do próprio direito positivo. E na parte final do seu texto apenas diz que o regime político e os princípios da Constituição geram direitos. Esse é o ponto mais importante.

A melhor hermenêutica considera os princípios jurídicos como normas, vale dizer todos de coercibilidade. E como se sabe o regime político é

⁶⁹⁸ *Curso de direito constitucional*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 513.

Note-se que Ingo Sarlet utilizou-se da 9ª edição da obra de Paulino Jacques. Não obstante o conteúdo da discussão foi rigorosamente preservado, com mudança secundária na redação entre as duas edições no que diz respeito ao problema exposto.

Frise-se, por outro turno, que Paulino Jacques considera a Emenda 1 à Constituição de 1967 como autêntico movimento constituinte. Tanto que a denomina de Constituição de 1969 (*Ob. cit.*, p. 512. O reparo se justifica para deixar assentado que esta é a visão do autor, já que neste trabalho entendeu-se melhor utilizar-se a terminologia Emenda n. 1 de 1969 (V. capítulo I desta segunda parte da tese)

princípio jurídico, talvez o mais importante deles por vincular toda arquitetura constitucional. Neste diapasão a intervenção de J.J. Gomes Canotilho:

O princípio do estado de direito é, fundamentalmente, um princípio constitutivo, de natureza material, procedimental e formal (a doutrina alemã refere-se a material-verfahrenmassiges Formprinzip), que visa dar resposta ao problema do conteúdo, extensão e modo de proceder da actividade do estado. Ao “decidir-se” por um estado de direito a constituição visa conformar as estruturas do poder político e a organização da sociedade segundo a medida do direito.⁶⁹⁹

J.J. Gomes Canotilho ainda é mais contundente quando analisa a questão sob o enfoque do texto constitucional português de 1976 que, tal qual o texto magno brasileiro de 1988, consagrou o regime democrático.

Além de estar expressamente consagrado na constituição, o princípio do estado de direito tem vindo a ser aplicado pela jurisprudência constitucional portuguesa como um princípio geral dotado de um “mínimo normativo” capaz de fundamentar autonomamente direitos e pretensões dos cidadãos e justificar a inconstitucionalidade de actos normativos violadores dos princípios do Estado de Direito.⁷⁰⁰

Então, se o regime político tem substrato jurídico, não se pode afirmar, peremptoriamente, que a norma contida no art.5º,§ 2º da CF, tenha

⁶⁹⁹ *Ob. cit.*, p. 239.

autorizado o reconhecimento de direitos não-escritos. A rigor, os direitos fundamentais encontrados fora do catálogo pelo exegeta guardam juridicidade na medida em que são densificações de determinado princípio acolhido pelo constituinte.⁷⁰¹ Logo não parece razoável concluir que tais direitos não estariam escritos. Eles estão positivados, exatamente no âmbito do princípio devidamente inserido no texto da Constituição. Tomando-se o *regime* e os outros *princípios* como fonte jurídica, melhor se dividir os direitos fundamentais em expressos e implícitos.

Não aceitando a equiparação entre os direitos decorrentes dos tratados internacionais aos direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição – tal qual fez José Afonso da Silva – Flávia Piovesan escreve:

*Propõe-se, neste sentido, uma nova classificação dos direitos previstos pela Constituição. Por ela, os direitos seriam organizados em três grupos distintos: a) o dos direitos expressos na Constituição (por exemplo, os direitos elencados pelo texto nos incisos I a LXXVII do art.5º); b) o dos direitos expressos em tratados internacionais de que o Brasil seja parte; e finalmente, c) o dos direitos implícitos (direitos que estão subentendidos nas regras de garantias, bem como os direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição).*⁷⁰²

⁷⁰⁰ *Ob. cit.*, p. 250.

⁷⁰¹ Veja-se a propósito dos princípios o que ficou consignado no capítulo II da primeira parte desse trabalho.

⁷⁰² *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1997. p.89.

Percebe Flávia Piovesan que “os direitos implícitos apontam para um universo de direito impreciso, vago, elástico e subjetivo, os direitos expressos na Constituição e nos tratados internacionais de que o Brasil seja parte compõem um universo claro e preciso de direitos”.⁷⁰³ Ingo Sarlet discorda da autora neste ponto, pois entende que os direitos fundamentais subentendidos nas regras de garantias diferem, em essência, daqueles decorrentes do regime e dos princípios estabelecidos pelo texto constitucional.⁷⁰⁴ Sem razão Sarlet. É evidente que os direitos decorrentes das regras de garantia e aqueles derivados do regime e dos princípios constitucionais estão implícitos no texto magno. Expressos estão os que se encontram no catálogo, bem como os localizados nos textos dos tratados em que o Brasil seja parte.

Interessante notar é que Ingo Sarlet defende a viabilidade da classificação engenhada por Flávia Piovesan, nesta passagem:

Todavia, não há como deixar de considerar que a noção de direitos implícitos, tomada em sentido amplo e não restrita aos direitos subentendidos nas normas definidoras de direitos e garantias, inclui os direitos decorrentes do “regime” e dos “princípios” consagrados pela nossa Constituição. Aqui, conforme demonstrado alhures, exercendo plenamente sua competência criativa, o intérprete atua na “construção jurisprudencial do direito”, revelando os direitos fundamentais que se encontram em estado latente em nossa Carta e que podem ser deduzidos diretamente do regime (democracia social)

⁷⁰³ *Ob. cit.*, p. 89.

⁷⁰⁴ *Ob. cit.*, p. 90 (nota de rodapé)

*nela consagrado e dos princípios fundamentais que informam a ordem constitucional (arts. 1º a 4º).*⁷⁰⁵

Em resumo, pode-se concluir que o termo *decorrente* empregado no art. 5º, § 2º da CF, significa que os direitos fundamentais podem derivar implícita ou expressamente. A derivação implícita ocorre a partir das normas definidoras de direitos e garantias, bem como do regime políticos e dos demais princípios coligidos pelos títulos I e II da Carta Magna. Já a derivação expressa encontra-se nos tratados internacionais em que o Brasil seja signatário. Logo a relação entre *decorrentes* e *implícitos* não é de oposição, antes de gênero e espécie.

Por outro lado, deve-se reconhecer lucidez a Ingo Sarlet quando reconhece direitos implícitos, independentemente da norma contida no art. 5º, § 2º da Constituição Federal.⁷⁰⁶ Em consequência, percebe-se, com clareza meridiana, que o reconhecimento de direitos fundamentais inseridos nos tratados internacionais depende visceralmente da existência do dispositivo mencionado.

Em decorrência desse raciocínio, razão plena assiste a Ingo Wolfgang Sarlet ao sustentar a tese da existência de direitos fundamentais em sede de lei, “até mesmo pelo fato de nunca ter havido qualquer referência à lei nos dispositivos que consagraram a abertura de nosso catálogo”.⁷⁰⁷

⁷⁰⁵ *Ob. cit.*, p. 136.

⁷⁰⁶ *Ob. cit.*, p. 94

⁷⁰⁷ *Ob. cit.*, p. 91.

Tal questão é bem mais complexa em Portugal, tendo em vista que a Carta lusitana de 1976 prescreve: “Art. 16º. (Âmbito e sentido dos direitos fundamentais) 1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. 2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem”.

Vacila-se sobre a exata exegese do item 1 do mencionado dispositivo (V. José Carlos Vieira de Andrade, *Ob. cit.*, p. 78-80)

Veja-se ainda Jorge Miranda, *Ob. cit.*, p. 156-157.

Apesar de se concordar com Ingo Sarlet, não se pode deixar de reconhecer que o abrigo de direitos fundamentais no âmbito da lei é problema de alta indagação jurídica. Neste sentido, tem-se o testemunho de José Joaquim Gomes Canotilho.

*Os problemas suscitados por direitos fundamentais não expressamente positivados em normas constitucionais foram logo detectados pela doutrina mais representativa. “As garantias que constam de outras leis – escrevia Marnoco e Sousa – são garantias ordinárias, mas não constitucionais. De duas uma: ou as garantias que constam de outras leis constituem matéria constitucional, mas nesse cai-se no absurdo de considerar como constitucionais garantias estabelecidas pela leis ordinárias, tornando-se difícil a reforma destas leis, ou tais garantias não constituem matéria constitucional e nesse caso não se pode explicar a referência que este artigo lhes faz, pois a constituição deve ocupar-se unicamente das garantias constitucionais”*Cfr. Marnoco e Sousa. *Constituição Política da República Portuguesa, Coimbra, 1913.*⁷⁰⁸

Todas as classificações propostas tangenciam o núcleo do problema, qual seja o de detectar o substrato dos direitos fundamentais, sem atingi-lo, contudo. Neste sentido, Ingo Wolfgang Sarlet,⁷⁰⁹ resgatando o critério

⁷⁰⁸ *Ob. cit.*, p. 380.

⁷⁰⁹ *Ob. cit.* p.98. O autor indica os seguintes dispositivos constitucionais como alheios à idéia da dignidade da pessoa humana: art.5º, XVIII, XXI, XXV, XXVIII, XXIX, XXXI, XXXVIII, bem como art.7º,XI, XXVI, XXIX.

Interessante registrar que Ingo Wolfgang Sarlet, apoiando-se em Kant, diferencia dignidade da pessoa humana de dignidade humana. Aquela somente é aferida individualmente, concretamente considerado; aquela tem compromisso com um ser ideal, inalcançável. Por

da dignidade da pessoa humana – apontado por José Carlos Vieira de Andrade⁷¹⁰ – como característico dos direitos fundamentais, indica no rol do art.5º da Constituição brasileira exemplos no mínimo duvidosos da presença de tal dimensão axiológica, exatamente por reconhecer estar-se no terreno de um conceito deveras fluido.

Não obstante essa característica, o sentimento de dignidade, mais que seu próprio conceito (eternamente inacabado e vago), limita o poder do Estado e catalisa as reivindicações dos seres humanos frente a este pólo de poder. E nesse sentido, termina por reconhecer Ingo Wolfgang Sarlet: “Não é difícil, portanto, perceber que, com algum esforço argumentativo, tudo que consta no texto constitucional pode – ao menos de forma indireta – ser reconduzido ao valor da dignidade da pessoa humana”.⁷¹¹

Mas a elasticidade desta apreensão – reconhece o próprio autor – geraria um alargamento indesejável do conceito capaz de sustentar qualquer pretensão como sendo portadora de direito fundamental. Temendo exatamente essa situação de alargamento discricionário dos direitos fundamentais é que José Carlos Vieira de Andrade buscou na dignidade da pessoa humana marco seguro para delimitá-los.

Esse processo de alargamento, intensivo, natural num ambiente de socialização, corre o risco de exceder-se quando é dominado por uma preocupação maximalista de enquadramento e protecção. Ele pode e deve, porém, ser contido dentro dos limites do razoável, para que não provoque o

outro turno, invocando Perez Luño, reconhece a existência de uma dimensão intersubjetiva da dignidade (*Ob. cit.*, p. 106)

⁷¹⁰ *Ob. cit.*, p. 85.

⁷¹¹ *Ob. cit.*, p. 115.

*amolecimento e a descaracterização do conceito de direito fundamental.*⁷¹²

Em sede de conclusão, pode-se dizer que marcos inflexíveis para se detectar direitos fundamentais fora do catálogo das Constituições inexistem. Não obstante, parece que a idéia do homem aglutinar direitos frente ao Estado e aos outros homens, utilizando-se do paradigma revelado na ideologia constitucional, ainda é o parâmetro inicial da análise capaz de identificá-los ou ao menos apresentá-los à discussão.

Neste sentido, uma indagação formulada por Ingo Wolfgang Sarlet tem importância capital para o desenvolvimento do tema em questão. Questiona ele: no caso do tratado internacional em que se vislumbra direito fundamental é necessário se proceder à avaliação da equiparação ou bastaria apenas verificar ausência de conflito entre o direito expresso no tratado e o rol da Constituição?⁷¹³

Trata-se de ponderação sutil. Por evidente, que a segunda opção parece ser a mais consentânea com a dicção do art.5º, § 2º da Carta Magna. Todavia, tendo-se a Constituição como um conjunto aberto de princípios e normas, é inviável o ingresso de um direito fundamental oriundo de tratado que não guarde equivalência aos menos com os princípios estruturantes da ordem estabelecida. Com esta análise, percebe-se, facilmente, que a cláusula aberta é a solução mais viável para se atualizar o plexo dos direitos fundamentais. Enquanto a ciência jurídica vai tateando critérios para plasmar tais direitos, o embate empírico tece uma teia da mais fina sensibilidade para atingir o desejo do constituinte.

⁷¹² *Ob. cit.*, p. 84.

2. Nível hierárquico

Procura-se, aqui, indagar sobre a posição hierárquica dos tratados sobre direitos humanos na ordem jurídica brasileira capitaneada pela Constituição de 1988. Já ficou assentado que o dispositivo que consagra a cláusula aberta dos direitos fundamentais inaugurou-se no constitucionalismo brasileiro com a primeira Carta Magna da fase republicana.⁷¹⁴ Está sedimentado o princípio hermenêutico do *inclusio unis alterius est exclusius* no direito brasileiro, “mas que, nem por isso (e talvez por isso mesmo) dispensa outros desenvolvimentos”.⁷¹⁵

Ademais, há notável novidade, neste particular, trazida pela Constituição vigente, pois incluiu os tratados internacionais como substrato de incidência da referida cláusula de abertura aos direitos fundamentais. Só por este fato, autoriza-se uma apreciação parcimoniosa da literatura jurídica sobre o tema. Uma nova Constituição reclama, ao menos, uma atualização histórica da hermenêutica, mesmo quando se trata de dispositivos consagrados em Cartas anteriores. Exatamente por isso afirmou Pontes de Miranda:

*Quando alguma Constituição ou alguma lei entra em vigor, o que mais importa do que feri-la é interpretá-la conforme os princípios da civilização em que ela se tem de inserir e de ser aplicada.*⁷¹⁶

⁷¹³ *Ob. cit.*, p. 136.

⁷¹⁴ Veja-se a análise procedida no capítulo I dessa segunda parte do trabalho.

⁷¹⁵ *Ob. cit.*, p. 82.

⁷¹⁶ Constituição e interpretação. In. SARAIVA, Paulo Lopo (coord). *Antologia luso-brasileira de direito constitucional*. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1992. p. 119.

Sem dúvidas que a dicção do art.5.º,§ 2.º da Constituição Federal introduziu no ordenamento jurídico brasileiro uma questão que demanda estudo demorado, pois o produto desse exercício hermenêutico tem conseqüência de monta para o Estados e seus súditos. Ocupando-se da questão do ingresso dos tratados internacionais (genericamente considerados), por ocasião da Constituinte, João Grandino Rodas legou este ensinamento visionário:

A maneira como o tratado internacional será equacionado na Constituição que se encontra em gestação possui impacto mais amplo do que se pode imaginar à primeira vista. Tal se dá pelo fato de ser, hodiernamente, através desse mecanismo que ingressam em nosso sistema jurídico as mais variadas gamas de normas: desde regras tributárias, de arbitragem, de saúde, de tecnologia, até ditames para a proteção dos direitos humanos.⁷¹⁷

Interessante notar, na companhia de George Galindo,⁷¹⁸ que a amplitude do catálogo reservada aos direitos fundamentais – inclusive com forte influência da Declaração dos Direitos do Homem – criou na consciência jurídica nacional a idéia de que a proteção interna de tais direitos dispensaria o auxílio da ordem internacional. Tanto assim que somente em 1992 o Brasil veio a ratificar a Convenção Americana de Direitos Humanos (o Pacto de São José da Costa Rica), o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Político.

⁷¹⁷ A constituinte e os tratados internacionais. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v.624, ano 76. p.43, out/1987.

⁷¹⁸ *Tratados internacionais de direitos humanos e constituição brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 253.

Com este comportamento, adiou-se a questão de se discutir a repercussão dos tratados internacionais sobre direitos humanos na ordem interna. O núcleo da discussão é exatamente saber, em que nível hierárquico, os direitos fundamentais expressos em tais tratados ingressam na ordem nacional. Quatro hipóteses-paradigma se apresentam 1) a legal; 2) a supralegal; 3) a constitucional; 4) a supraconstitucional.

Por evidente que o tema é tortuoso. Em uma situação de colisão de direitos –, situação que ocorre “quando o Tatbestand (pressuposto de fato) de um direito interceptar o pressuposto de fato de outro direito fundamental”, na síntese de Edimilson Pereira de Farias⁷¹⁹ – o Supremo foi convocado a analisar a questão, por ocasião do HC 73.044/SP, no qual o paciente alegava a impossibilidade da prisão do depositário infiel em face da Convenção Americana sobre Direitos Humanos ter sido ratificada pelo Brasil.⁷²⁰

⁷¹⁹ *Colisão de direitos* (a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação). Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1996. p.93.

⁷²⁰ No caso presente há uma contradição flagrante naquilo que diz o art.5.º, LXVII e o prescrito no art.7.º,7 do Pacto de São José da Costa Rica.

Art.5.º

LXVII – não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

Art.7.º Direito à liberdade.

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.

(V. Antonio Augusto Cançado Trindade, *Proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991. p.358-359)

Transcreve-se aqui, trecho do voto do STF.

Habeas-corpus Preventivo – Prisão Civil de Depositário Infiel Decretada em Ação de Depósito de bem Alienado Fiduciariamente (art.66 da Lei n. 4.728/65 e Decreto-lei n.911/69): Art.5.º, LXVII, da Constituição e Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), Dec. n. 678/92. Alegação de Prescrição da Pretensão Punitiva.

II. Mérito.

4. Os compromissos assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte (§ 2º do art.5.º da Constituição) não minimizam o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração da sua Constituição, por esta razão, o art.7º, n.7, do Pacto de São José da Costa Rica, (“ninguém deve ser detido por dívida”: “este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”) deve ser interpretado com as limitações impostas pelo art.5.º, LXVII, da Constituição.

Apesar da mais alta Corte do Poder Judiciário brasileiro ter decidido que os tratados internacionais sobre direitos humanos ocupam o nível infraconstitucional tal qual os demais tratados, a questão não se pacificou na jurisprudência e menos ainda em sede de literatura jurídica.

Para se ilustrar o dissenso em torno da questão, invoca-se um interessante julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do Recurso Especial nº 196.330-RJ.⁷²¹

5. Habeas corpus conhecido e, nesta parte, indeferido, sob a alegação de que a prisão do depositário infiel é constitucional, apesar da limitação imposta pelo Pacto de São José da Costa Rica. O entendimento da mais alta Corte do Poder Judiciário brasileiro é a de que o artigo 7º, nº 7da referida Convenção deve ser interpretado com as restrições impostas pelo artigo 5º, LXVII, da Constituição Federal. (HC nº 73044/SP, STF, rel. Min. Maurício Correia, 19.03.96, www.stf.gov.br)

⁷²¹ Transcreve-se, aqui, igualmente, parte do voto.

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Prisão civil. Descabimento. Recurso conhecido em parte e provido.

(...)

4. Há, ainda, um argumento mais forte.

A prisão civil tem sido objeto de tratados internacionais firmados pelo Brasil. O Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, aprovado pelo Decreto Legislativo 226, de 12.11.91, e promulgado pelo Decreto Executivo 592, de 06.07.92, dispõe em seu art.11: “Ninguém poderá ser preso apenas por não cumprir uma obrigação contratual”. O Pacto São José da Costa Rica, aprovado no Brasil e promulgado pelo Decreto Executivo 592, de 06.07.92, reza em seu art.7º, nº 7: “Ninguém será detido por dívidas; este princípio não limita os mandatos de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

O Eg. Supremo Tribunal Federal “firmou o entendimento de que, em face da Carta Magna de 1988, persiste a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel em se tratando de alienação fiduciária, bem como que o Pacto de São José da Costa Rica, além de não poder contrapor-se à permissão do art.5.º, LXVII, da mesma Constituição, não o derogou, por ser norma infraconstitucional especial sobre prisão civil do depositário infiel” (HC nº 75.306/RJ, 1ª Turma, 12.09.97, rel. Em. Ministro Moreira Alves).

No plano exclusivamente infraconstitucional, observa-se que a norma geral sobre a prisão do depositário está no art.1.287 do Código Civil, que permite compelir o depositário a restituir o bem, sob pena de prisão não excedente a um ano; o procedimento para a sua decretação está nos arts.902 e 904 do CPC, sobre a ação de depósito. A lei especial sobre a alienação fiduciária (Lei nº 4.728/65, art. 66 e DL nº 911/69) não contém norma específica sobre a prisão do devedor, fazendo remissão ao Código de Processo Civil, regra de procedimento, que por sua vez regulou o modo de o juiz decretar a prisão do depositário prevista na regra geral do art.1.287 do Ccivil. O tratado internacional aprovado e promulgado no Brasil, tendo a eficácia de lei ordinária, pode revogar a lei geral. No caso, o tratado revogou a regra geral do Código Civil, retirando o suporte a que fez remissão a lei especial (DL nº 911/69). Daí se conclui que,

Apesar do brilhantismo da inteligência do relator, Ministro Ruy Rosado de Aguiar, impõe-se que se façam alguns reparos. Em primeiro, o voto deixa de enfrentar a questão constitucional diretamente, vale dizer não procede a uma exegese do art.5.º, § 2.º do Texto Magno. Depois de constar a posição do Supremo Tribunal Federal, o relator observa que a legislação especial sobre a alienação fiduciária (Lei nº 4.728/65 e Decreto-lei nº 911/69) não contém norma autorizando a prisão do devedor. Tal se dá em decorrência do disposto no artigo 1287 do Código Civil, consoante o procedimento previsto nos artigos 902 e 904 do Código de Processo Civil. Em assim, conclui que o Pacto de São José da Costa Rica por ter eficácia de lei ordinária, revoga o dispositivo do Código Civil⁷²² que autoriza a prisão do depositário infiel.

Acontece, porém, que todas as normas guardam sua fonte de validade com a Constituição. Então se esta diz, expressamente, ser possível a prisão do depositário infiel e um tratado internacional afirma exatamente o contrário, este somente pode prevalecer se lhe for reconhecido status constitucional. Ora, se o relator assume que o tratado internacional sobre direitos humanos ocupa a posição de infraconstitucionalidade, este não pode se contrapor à Carta Magna, por lógico. Em consequência não lhe é possível revogar o dispositivo do Código Civil que está em consonância com o

no plano da legislação ordinária, a norma vigorante sobre a prisão civil é o disposto no Pacto de São José, pois que, embora permitida constitucionalmente a prisão do depositário infiel diante da norma permissiva do texto de 1988, a regra geral que a instituiu no país (art.1.287 do CC) ficou derrogada pelo novo diploma (tratado aprovado), da mesma hierarquia no elenco das leis.

(...)Posto isso, conheço em parte do recurso, pela divergência, para cassar a cominação de prisão constante da r. sentença.

É o voto.

(RESP nº 196.330-RJ, STJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 04.03.1999, DJU de 03.05.1999, www.stj.gov.br).

⁷²² Note-se que o relator assume a posição do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito a posição de paridade entre a lei e o tratado internacional (paradigma legal, como se verá em seguida)

mandamento constitucional, por lhe faltar o fundamento de validade consagrado na Constituição vigente.⁷²³ Inevitavelmente, deve-se concluir que, em se considerando, neste caso concreto, o tratado internacional na mesma hierarquia da lei, tem-se que este é inconstitucional no ponto em que afirma pela impossibilidade da prisão do depositário infiel.

Invocou-se a jurisprudência, na parte introdutória do tema, para se demonstrar a importância em se empreender estudo mais demorado sobre a posição hierárquica dos tratados sobre direitos fundamentais frente ao ordenamento jurídico brasileiro. A contenda é tanto mais acirrada em sede de literatura jurídica como em seguida se verá.

2.1. Paradigma legal

A posição dominante no Supremo Tribunal Federal é de considerar o tratado internacional sobre direitos fundamentais no nível da lei. O Ministro Marco Aurélio – após afirmar que o Decreto-lei nº 911/65 foi derogado pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no que diz respeito à prisão civil na hipótese de alienação fiduciária – estabelece a paridade hierárquica entre o tratado internacional sobre direitos humanos e a legislação doméstica.

De qualquer forma, no magistério de Francisco Rezek, veiculado em Direito dos Tratados, uma vez promulgada, a convenção passa a integrar a ordem jurídica em patamar equivalente ao da legislação ordinária. Assim, a nova disciplina da matéria, ocorrida a partir de 06.11.1992,

⁷²³ A propósito do fundamento de validade, veja-se o que ficou consignado no item 3 do

*implicou a derrogação do Dec-lei 911/69, no que se tinha como abrangente da prisão civil na hipótese de alienação fiduciária. O preceito da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, limitador da prisão por dívida, passou a vigor com estatura de legislação ordinária, suplantando, assim enfoques em contrário, relativamente a essa última, até então em vigor.*⁷²⁴

Interessante notar nesse voto que o Ministro Marco Aurélio defende a tese segundo a qual o conceito de depositário infiel empregado pela Constituição é no exato sentido do contrato de depósito estabelecido – a época do julgamento – pelo artigo 1.265 do Código Civil. Com este argumento Sua Excelência abre a discussão hermenêutica sobre a norma constitucional que restringe a liberdade.

*Por isso mesmo, não é concebível enfoque que implique transmutar garantia constitucional, no que excepcionada, em verdadeira carta branca outorgada ao legislador ordinário, bastando, para tanto, que atue com destreza no campo da engenhosidade, dando ênfase ao aspecto formal, em detrimento da organicidade própria do direito.*⁷²⁵

Pena que não tenha seguido esta trilha de raciocínio como centro gravitacional de seu voto, posto que com base nela poderia ter sustentasse a incompatibilidade entre o Decreto-lei nº 911/65 e a Constituição Federal.

capítulo I da primeira parte deste trabalho.

⁷²⁴ HC 72.131-1/RJ, Diário da Justiça, 23 out. 95 (www.stf.gov.br)

⁷²⁵ HC 72.131-1/RJ (www.stf.gov.br)

Apesar de o ter dito, fez timidamente. Preferiu o Ministro destacar que o aludido documento legal sucumbiu em face da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Considerou, finalmente, que os tratados internacionais (inclusive os de direitos humanos) estão no mesmo patamar da lei, ocorrendo a revogação entre as duas espécie normativa pelo mero critério cronológico (*lex posterior derogat legi priori*).

Ora, não se pode deixar de afirmar – de acordo com o próprio raciocínio do Ministro Marco Aurélio – que o Decreto-lei nº 911/65 perdeu seu fundamento de validade a partir do momento em que a Constituição restringiu a prisão civil ao devedor de alimentos (em situação de inadimplemento voluntário) e ao devedor no contrato de depósito quando se torna infiel.

Aplauda-se, aqui, a tese do Ministro em apontar incompatibilidade entre o Decreto-lei nº 911/65 e a Carta Magna. Não obstante, parece criticável o voto no momento em que invoca o Pacto de São José da Costa Rica para afastar a incidência do aludido decreto-lei sob o argumento de que o tratado internacional revoga aquele por lhe ser sucedâneo.

Ademais – em se acompanhando o raciocínio do Ministro – o Pacto de São José da Costa Rica não tinha como revogar o artigo 1.287 do Código Civil, posto que se coaduna com o disposto no art.5.º, LXVII da Constituição Federal.⁷²⁶

⁷²⁶ Dispõe o artigo 5.º LXVII da Constituição Federal:

Art.5.º

LXVII – não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

Ora, segundo o voto do Ministro – no que se concorda – além da prisão por alimentos, a Constituição somente autorizou aquela decorrente do inadimplemento ocorrido em contrato de depósito. Diga-se, de logo, que o voto do Ministro Marco Aurélio foi vencido.

Por seu turno, o contrato de depósito estava à época do julgamento devidamente disciplinado na norma do art. 1.265 do Código Civil de 1916 com a seguinte dicção:

Art. 1.265. Pelo contrato de depósito recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame.

Pelo raciocínio do Ministro Marco Aurélio, a Constituição somente previu a possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos e daquele que se comprometeu mediante o contrato de depósito. Logo, o Decreto-lei nº 911/69 não foi recepcionado pela ordem constitucional instituída a partir de 05 de Outubro de 1988, com o que se argumentaria pela impossibilidade da prisão civil no caso da alienação fiduciária em garantia. Todavia o artigo 1.287 do Código Civil de 1916 – que prevê a prisão do depositário inadimplente – foi integralmente recepcionado pela Carta Magna em vigor. Daí a conclusão de que o Pacto de São José da Costa Rica deve se entender antes com o ápice da ordem jurídica e não diretamente com o Decreto-lei nº 911/69, posto já ter sido este revogado pela promulgação da Carta Magna de 1988.

O problema da alienação fiduciária está mal equacionado no direito brasileiro. Antes de se analisar o impacto da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos em face do art.5.º, LXVII da CF, deve-se estudar o alcance desse dispositivo diante do Decreto-lei nº 911/65. Vencida esta análise e em sendo a conclusão positiva é que se autoriza proceder ao embate entre o Pacto de São José da Costa Rica e a Constituição Federal.

Logo, em se entendendo que o Decreto-lei nº 911/65 está compatibilizado com Constituição Federal, passa-se a analisar a relação entre a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica. Para os partidários da paridade entre tratado internacional e norma infraconstitucional, aplica-se o critério meramente cronológico da revogação (*lex posterior derogat legi priori*). Todavia é evidente que a norma que chega ao ordenamento jurídico obrigatoriamente deve guardar compatibilidade com a ordem constitucional posta. No caso concreto o

A prisão por seu inadimplemento encontra-se autorizada pelo art.1.287 do mesmo diploma legal, nos seguintes termos:

Art.1.287. Seja voluntário ou necessário o depósito, o depositário que o não restituir, quando exigido, será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e a ressarcir os prejuízos (art.1.273)

Pacto de São José da Costa Rica suprime a possibilidade de prisão civil, exceto a decorrente de prestação alimentícia. Portanto o núcleo da questão é saber se este comando se coaduna com o prescrito na Constituição Federal.

Neste aspecto o voto do Ministro Marco Aurélio foi aquém da expectativa que gera, pois apesar de tangenciar o problema da incompatibilidade do Decreto-lei nº 911/65 face a Constituição de 1988, não aprofunda a discussão em sede de teoria constitucional. Termina por invocar o brocardo *lex posterior derogat legi priori* para afirmar que o aludido decreto-lei foi derogado pelo Pacto de São José da Costa Rica. Ademais, deixando de patrocinar o embate entre o tratado internacional e a Constituição não analisou o problema à luz da cláusula aberta dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, inviabilizou o debate mais denso a propósito da hierarquia dos tratados sobre direitos humanos na nova ordem constitucional brasileira.⁷²⁷

O Ministro Maurício Corrêa, na qualidade de relator do HC 73.044-2/SP, enfrentou o tema da cláusula aberta do art.5.º, § 2.º da Constituição em face dos tratados internacionais sobre direitos humanos.

Senhor Presidente, não empresto ao artigo 7.º, item 7, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) o elastério que se pretende dar ao seu conteúdo, a pretexto do § 2º do artigo 5º da CF, sobre os direitos e garantias concebidos pelo ordenamento constitucional, a respeito dos compromissos assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte.

⁷²⁷ A ausência da discussão, no voto analisado, sobre a hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos fundamentais foi bem notada por George Rodrigo Bandeira Galindo (*Ob. cit.*, p. 291).

Elevar à grandeza de ortodoxia essa hermenêutica seria minimizar o próprio conceito da soberania do Estado-povo na elaboração de sua Lei Maior.

Uma norma decorrente de tratado, face à Constituição, pode perfeitamente padecer de vício de inconstitucionalidade e, pois, sujeitar-se ao controle do Supremo Tribunal Federal. No caso específico do art.7.º, item 7, da mencionada Convenção, a referência que o texto faz é sobre dívida na sua acepção vernacular comum, daí a adesão do Brasil mediante a expedição do Decreto 678, de 06 de novembro de 1992, já em vigência a Carta de 88.

A adesão à Convenção Americana sobre Direitos Humanos se deu à vista harmônica com a Constituição brasileira e em consonância com o ordenamento jurídico pátrio, sem querer significar que o instituto contemplado no Decreto-lei nº 911/69, restaria inaplicável, inexistindo, em face da norma sobre prisão civil a que se reporta a Convenção no citado artigo 7.º.⁷²⁸

Em seu voto, o Ministro Maurício Corrêa deixa patente que os tratados sobre direitos humanos ocupam a hierarquia infraconstitucional da ordem jurídica pátria. Depois desta afirmativa, tenta proceder a uma interpretação conciliatória entre o Pacto de São José da Costa Rica e os ditames do art.5.º, LXVII da Carta Magna em vigor. Vencido este impasse, articula todo o julgamento no sentido de demonstrar que o Decreto-lei nº 911/69 é compatível com a Constituição de 1988.

A construção da segunda parte do voto – mesmo que dela se discorde – não se pode deixar de reconhecer seu alto valor argumentativo. Por outro lado, a tentativa de conciliação entre os ditames do art.5.º, LXVII da Constituição Federal e o conteúdo do art.7.º, item 7.º do Pacto de São José não resta satisfatório, uma vez que impõe uma restrição lingüística ao vocábulo ‘dívida civil’ que, verdadeiramente, não se permite deduzir do documento internacional. Em sede de literatura jurídica, Laerte José de Castro Sampaio tenta, igualmente, coadunar o referido tratado internacional com a Constituição.

Nem é menos verdade que a expressão “detido por dívidas” (art.7.º, “7”) tem o significado de inadimplemento na entrega de prestação em dinheiro e não descumprimento na entrega de coisa pertencente a outrem.⁷²⁹

Sob nenhuma perspectiva é possível sustentar essa hermênutica. É mandamento elementar na ciência da interpretação ser inviável ao exegeta restringir ou ampliar conceitos de modo discricionário. O exercício de interpretação de Laerte José de Castro Sampaio é inferior ao do relator do HC 73.044-2/SP. Pelo menos o Ministro Maurício Corrêa tentou situar sua hermenêutica de cunho lingüístico a um plano circunstancial.

Voltando-se ao voto, pode-se dizer que faltou a ele analisar detidamente o problema da hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos com base no que prescreve o art.5.º, § 2.º do documento ápice da ordem jurídica brasileira. Por outro turno, não procede totalmente a crítica formulada por George Rodrigo Bandeira Galindo quando, ao analisar – no voto

⁷²⁸ O conteúdo deste voto, em verdade, é a repetição daquele que o Ministro Maurício Corrêa proferiu no julgamento do HC 72.131-1/RJ, há pouco mencionado.

do Ministro Mauricio Corrêa –, a ausência da discussão sobre o conteúdo do dispositivo constitucional mencionado afirma: “Restringe-se afirmar que o dispositivo não concede aos tratados de Direitos Humanos estatura constitucional, uma vez que isto seria ‘minimizar o próprio conceito da soberania do Estado-povo na elaboração de sua Lei Maior’. A pura afirmação do ‘conceito da soberania do Estado-povo’ nada significa. É difícil saber o que exatamente quer dizer esta expressão”.⁷³⁰

Apesar de tão somente tangenciar o problema do conteúdo do art.5.º, § 2.º da Constituição Federal, o Ministro deixa claro – ao menos por dedução – que ao se entender que o tratado internacional sobre direitos humanos ingressa na ordem interna portando dignidade de norma constitucional “seria minimizar o próprio conceito de soberania do Estado-povo na elaboração de sua Lei Maior”.⁷³¹ Ou ainda como afirmou Maurício Andreiuolo Rodrigues, no mesmo contexto: “Admitir a prevalência da norma internacional quando contraposta a algum direito constitucionalmente previsto seria fato tão grave quanto partilhar soberania ao arrepio e descumprimento da lei fundamental”⁷³²

⁷²⁹ Interpretação constitucional sobre alienação fiduciária e prisão civil. In: MORAES, Alexandre de (coord.). *Os 10 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Editora Atlas, 1999. p.88.

⁷³⁰ *Ob. cit.*, p. 290.

⁷³¹ Veja o próprio leitor em que contexto se encontra a presente frase no voto do Ministro Maurício Corrêa e seguramente não se dirá que ela nada significa.

A objeção de George Galindo ao uso que o Ministro Maurício Côrrea faz do termo ‘soberania’ faz lembrar esta passagem de Paulo Bonavides:

“Os internacionalistas são homens que vêem sempre com suspeição o princípio da soberania. Não apenas com suspeição, senão como se fora ele obstáculo à realização da comunidade internacional, à positivação do direito internacional, à passagem do direito internacional, de um direito natural, de fundamentos tão-somente éticos ou racionais, a um direito que coercitivamente se pudesse impor a todos os Estados” (Ciência Política. 10ª ed. São Paulo Malheiros, 1996. p.133)

⁷³² Os tratados internacionais de Proteção dos direitos humanos e a constituição. In: TORRES, Ricardo Lobo (coord.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 168. Interessante notar que o autor procede a uma ponderação material da Constituição para justificar a manutenção da prisão por alienação fiduciária que merece ser lida (*Ob. cit.*, p.189-191).

Com tal afirmativa transmitiu o julgador com clarividência meridiana que a Constituição afasta a possibilidade de se considerar o tratado internacional sobre direitos humanos como norma de extensão ao seu art. 5.º, sob pena de se colocar em xeque a soberania do Estado-povo. E por quê? Exatamente por não ter sido esta a intenção do constituinte – ao menos na visão do Ministro Maurício Corrêa.

A crítica formulada por George Galindo procede no que diz respeito à ausência de uma discussão mais densa a propósito de tal afirmativa. Todavia a idéia matriz está claramente exposta, concorde-se ou não com seu conteúdo.

Em sede de literatura jurídica, Paulo Sérgio Restiffe e Paulo Restiffe Neto⁷³³ – partindo do paradigma legal dos tratados internacionais sobre direitos humanos – articulam uma tese interessante para sustentar a prevalência do Pacto de São José da Costa Rica sobre a legislação interna e, conseqüentemente, o fim da prisão civil em decorrência da alienação fiduciária em garantia. Em síntese, constroem o seguinte raciocínio: o Decreto-lei nº 911/69 não criou nova espécie de prisão civil, tão somente faz remissão ao art.1.287 do Código Civil de 1916, que foi revogado pelo Pacto de São José da Costa Rica, em virtude do preceito *lex posterior derogat legi priori*.

Por paradoxal que possa parecer, Paulo Sérgio Restiffe e Paulo Restiffe Neto forjaram sua tese a partir do posicionamento do próprio Supremo Tribunal Federal. Por ocasião do HC 75.306-0/RJ, o Ministro Moreira Alves deixou consignado que o Pacto de São José da Costa Rica derogou as normas infraconstitucionais *gerais* sobre prisão civil.

⁷³³ Prisão civil do depositário infiel em face da derrogação do art.1.287 do Código Civil pelo pacto de São José da Costa Rica. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, a.87, v. 756, p.37-52, out.1998. Note-se que o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, do Superior Tribunal de Justiça, invoca trechos deste artigo para fundamentar seu voto no Recurso Especial nº 196.330-RJ devidamente citado no item 2 do presente capítulo.

*Esta Corte, por seu Plenário (HC 72.131-RJ, de 23.11.1995), firmou o entendimento de que, em face da Carta Magna de 1988, persiste a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel em se tratando de alienação fiduciária, bem como que o Pacto de São José da Costa Rica, além de não poder contrapor-se à permissão do art.5º, LXVII, da mesma Constituição, não derogou, por ser norma infraconstitucional geral, as normas infraconstitucionais especiais sobre prisão civil do depositário infiel.*⁷³⁴

Com este precedente, Paulo Sérgio Restiffe e Paulo Restiffe Neto puderam concluir: “Pacto internacional contendo norma de caráter geral, regularmente em vigor, não revoga normas anteriores de caráter especial, mas revoga normas anteriores infraconstitucionais de caráter geral”.⁷³⁵

A partir daí ficou fácil montar a tese segundo a qual o Pacto de São José da Costa Rica, por ser tratado internacional, ingressou na ordem nacional no mesmo patamar da lei, revogando todas as normas gerais que autorizavam a prisão decorrente de alienação fiduciária, consoante o próprio Supremo Tribunal Federal. Assim, deixou de ter vigência o art.1.287 do Código Civil de 1916. Acontece, porém, que as normas especiais que possibilitavam a prisão civil em sede de alienação fiduciária abeberavam-se no mencionado dispositivo do velho Código para pleitear o cárcere. Logo, não é mais possível a prisão civil, salvo a do devedor inadimplente de alimentos.

A tese é tão sedutora quanto falsa. O silogismo construído pelos autores admite que o tratado internacional está abaixo da Constituição.

⁷³⁴ HC 75.306-0/RJ (www.stf.gov.br).

Tanto isso é verdade que assumem o brocardo *lex posterior revogat legi priori* no embate entre tratados internacionais e normas infraconstitucionais, posicionamento sedimentado no próprio Supremo Tribunal Federal. Ora, se assim o é, conclui-se que o tratado internacional deve buscar seu fundamento de validade junto à Constituição do Estado. Se é certo uma norma revogar outra por sucessão temporal, não menos correto é perceber que todo comando normativo deve ser compatível com a Constituição para ter validade.

No caso concreto, o art.1.287 do Código Civil estava em perfeita consonância com a Constituição de 1988, tanto que foi revogado pelo art.652 do novo Código Civil⁷³⁶ com praticamente a mesma redação. Então percebe-se que se o art.1.287 do Código Civil estava de acordo com a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica o revogou validamente é porque também guarda compatibilidade com a Lei Maior da soberania brasileira.

Acontece, porém, que o Pacto de São José não se coaduna com as letras do art.5º, LXVII da Constituição Federal. Então a pergunta inevitável: pode o aludido Pacto – que é contrário à Carta Magna – revogar norma que mantém compatibilidade com esta? E mais: basta se invocar o brocardo *lex posterior revogat legi priori* para se validar norma que confronta com o fundamento máximo de validade de uma ordem jurídica? Logo não é difícil observar que uma norma somente revoga validamente outra se lhe suceder no tempo e guardar na Constituição Federal seu fundamento de validade.

Ainda está em vigor no Brasil o sistema difuso do controle de constitucionalidade. Em sendo assim, o corpo da magistratura tem o dever (de

⁷³⁵ *Ob. cit.*, p. 48.

⁷³⁶ Art.652. Seja o depósito voluntário ou necessário, o depositário que não o restituir quando exigido será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a 1(um) ano e ressarcir os prejuízos.

É por evidente que a discussão não tem mais utilidade pratica, pois os próprios autores da tese reconheciam com o advento do novo Código Civil, aplica-se a regra da *lex posterior revogat legi priori* para se afastar o Pacto de São José da Costa Rica (*Ob. cit.*, p.48 e 49)

ofício) de afastar do âmbito de incidência qualquer norma que contrarie a Constituição.

Em síntese, ao se entender que o tratado internacional está no mesmo nível hierárquico da lei, o art.1.287 do Código Civil só deixou de ter vigência com a aprovação do art.652 do novo Civil. Não sofreu aquele dispositivo solução de continuidade por causa do Pacto de São José da Costa Rica.

Nesta linha de raciocínio, o Ministro Moreira Alves, na qualidade de relator do HC 79.870-5/RJ, após invocar o precedente do HC 72.131-1/RJ, escreveu:

A essas considerações acrescento outro fundamento de ordem constitucional para afastar a pretendida derrogação do Decreto-Lei 911/69 pela interpretação dada ao artigo 7º, item 7º, desse Pacto (“Ninguém deve ser detido por dívida. Esse princípio não limita os mandamentos de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”). Como se vê do teor desse dispositivo, que ingressou em nosso ordenamento jurídico como norma infraconstitucional, se se entender que ele, por haver apenas excepcionado da vedação da prisão civil o inadimplemento da obrigação alimentar, revogou, tacitamente, a legislação infraconstitucional interna relativa à prisão civil do depositário infiel em caso de depósito convencional ou legal (este com referência, inclusive, aos penhores sem desapossamento e à alienação fiduciária em garantia), esta interpretação advirá do entendimento, que é inconstitucional, de que a legislação

infraconstitucional pode afastar exceções impostas diretamente pela Constituição, independentemente de lei que permita impô-las quando ocorrer inadimplemento de obrigação alimentar ou infidelidade de depositário. Por isso mesmo, o inciso LXVII do artigo 5º da Carta Magna é categórico ao dizer que não haverá prisão civil, salvo (o que significa dizer haverá) a (o que significa prisão) do depositário infiel. Não diz esse dispositivo que não haverá prisão civil, podendo a legislação permitir que nesses dois casos, ou apenas em um deles, haja essa modalidade de prisão. Diz, sim, que, nesses casos – que independem de regulamentação infraconstitucional (a Carta Magna estabeleceu até as hipóteses em que o inadimplemento da obrigação alimentar se enquadra nessa exceção) – haverá prisão civil, sendo que esta, sim, é que, para dar-se efetividade a esse texto constitucional na sua parte positiva (que é a das duas exceções à negativa), se não estivesse regulamentada – e o está – teria de sê-lo.⁷³⁷

⁷³⁷ HC 79.870-5/SP (www.stf.gov.br). Com esse mesmo conteúdo o Ministro Moreira Alves proferiu seu voto no RE 274.183-3/GO. Note-se que nas duas oportunidades o objetivo do Ministro é o de justificar a constitucionalidade do Decreto-lei nº 911/69. Apesar de se preferir a posição do Ministro Marco Aurélio no voto proferido no HC 72.131-1/RJ quanto à questão da prisão decorrente da alienação fiduciária, fato é que os argumentos do Ministro Moreira Alves estão aqui recepcionados no sentido de demonstrar que o Pacto de São José da Costa Rica não teria o condão de revogar o art.1.287 do Código Civil então vigente quanto à possibilidade de prisão civil por sua incompatibilidade com a Constituição Federal, neste particular. Segundo o Ministro Moreira Alves o Pacto de São José não revogou o Decreto-lei nº 911/69 por ser este constitucional e o aludido tratado internacional chocar-se com o art.5.º, LXVII da Lei Básica do Estado brasileiro. Ora, se é sustentável a constitucionalidade do aludido decreto-lei, com maior segurança se pode defender o art.1.287 do Código Civil de 1916 que guardou – até o advento do art.652 do novo Código Civil – compatibilidade estrita com a Carta de 1988.

George Galindo⁷³⁸ critica o voto do Ministro Moreira Alves proferido no RE nº 274.183-3/GO – que tem o mesmo conteúdo do voto acima transcrito – pelas seguintes razões: 1) o julgamento não se reporta à remissão que o Decreto-lei nº 911/69 faz ao art.1.287 do Código Civil de 1916 para legitimar a prisão civil decorrente da alienação fiduciária; 2) a tese segundo a qual os direitos fundamentais só ocupam o ápice do ordenamento quando inseridos por emenda constitucional; 3) o fato do julgamento desconhecer que o tratado internacional sobre direitos humanos pode afastar norma constitucional, quando esta for menos benéfica ao indivíduo.

Em verdade, as críticas de George Galindo não podem proceder. De fato, o Ministro Moreira Alves não se reporta à remissão que o Decreto-lei nº 911/69 faz ao Código Civil e ao Código de Processo Civil. Mas não o faz, porque a linha de raciocínio de seu voto torna-a dispensável. No momento em que o Ministro sustenta a incompatibilidade do Pacto de São José da Costa Rica frente ao texto constitucional, não tem sentido em referir-se à remissão que o Decreto-lei nº 911/69 faz a outros textos legais.

Ao analisar o argumento de que o Pacto de São José da Costa Rica revogou qualquer prisão civil no ordenamento brasileiro, salvo a decorrente do devedor de alimentos, escreveu textualmente Sua Excelência: “essa interpretação advirá do entendimento que é inconstitucional, de que a legislação infraconstitucional pode afastar exceções impostas diretamente pela Constituição, independentemente de lei que permita impô-las quando ocorrer inadimplemento de obrigação alimentar ou infidelidade de depositário”.⁷³⁹ Muito a propósito vale a intervenção de Mauricio Andreiuolo Rodrigues quando afirma que o tratado internacional, por derivar da Constituição, deve-lhe obediência, não podendo

⁷³⁸ Tratados internacionais de direitos humanos e constituição brasileira, ob. cit., p.294.

⁷³⁹ Trecho do voto proferido no RE 274.183-3/GO (www.stf.gov.br).

transcender o que por ela foi estipulado, em virtude, exatamente, da autoprímazia normativa.⁷⁴⁰

A segunda crítica também não procede. A tese segundo a qual os tratados internacionais sobre direitos humanos ingressam no ordenamento jurídico com status de norma constitucional é bem construída, mas não está a salvo de controvérsias diante da estrutura da Constituição brasileira de 1988. Assim, totalmente viável tese em sentido contrário.

Ao se referir a este voto do Ministro Moreira Alves, afirma George Galindo: “A associação feita entre a interpretação de que os tratados de Direitos Humanos teriam status constitucional e a necessidade de serem eles inseridos por emendas constitucionais para assim serem considerados não é tão simples como parece”.⁷⁴¹ O fato de uma tese não ser simples aos olhos do seu opositor, não significa que seja ela inválida. Em raciocínio lógico, o Ministro Moreira entende que a Constituição ocupa o ápice das normas jurídicas – superior aos tratados internacionais, portanto. Por ocasião o seu voto no HC 72.131-1/RJ, o Ministro Moreira Alves estabelece sua ótica sobre os tratados internacionais sobre direitos humanos frente à ordem constitucional posta.

Por fim, nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária a Convenção de San José da Costa Rica, por entender, no § 7º de seu artigo 7º que: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação

⁷⁴⁰ *Ob. cit.*, p. 167.

Autoprímazia normativa significa que as normas constitucionais não derivam sua validade de outras normas com dignidade hierárquica superior (V. José Joaquim Gomes Canotilho, *ob. cit.*, p.1074).

⁷⁴¹ *Ob. cit.*, p. 294.

alimentar”. Com efeito, é pacífico na jurisprudência desta Corte que os tratados internacionais ingressam em nosso ordenamento jurídico tão somente com força de lei ordinária (o que ficou ainda mais evidente em face de o artigo 105, III, da Constituição que capitula, como caso de recurso especial a ser julgado pelo Superior Tribunal de Justiça como ocorre com relação à lei infraconstitucional, a negativa de vigência de tratado ou de contrariedade a ele, não se lhes aplicando, quando tendo eles integrado nossa ordem jurídica posteriormente à Constituição de 1988, o disposto no artigo 5º, § 2º, pela singela razão de que não se admite emenda constitucional realizada por meio de ratificação de tratado. Sendo, pois, mero dispositivo legal ordinário esse § 7º do artigo 7º da referida Convenção não pode restringir o alcance das exceções previstas no artigo 5º, LXVII, da nossa atual Constituição (e note-se que essas exceções se sobrepõem ao direito fundamental do devedor em não ser suscetível de prisão civil, o que implica em verdadeiro direito fundamental dos credores de dívida alimentar-se e de depósito convencional ou necessário), até para o efeito de revogar, por interpretação inconstitucional de seu silêncio no sentido de não admitir o que a Constituição brasileira admite expressamente, as normas sobre prisão civil do depositário infiel, e isso sem ainda se levar em consideração que, sendo o artigo 7º, § 7º, dessa Convenção norma de caráter geral, não revoga ele o disposto, em legislação especial, como é a relativa à alienação fiduciária em garantia, no tocante à sua disciplina do devedor como depositário

necessário suscetível de prisão civil se se tornar depositário infiel.

Perceba-se que o Ministro Moreira Alves, ao proferir seu voto no RE 274.183-3/GO, faz referência ao HC 72.131-1/RJ. Todavia, George Galindo analisando o voto do Ministro neste recurso extraordinário, fez a seguinte observação:

Alegar que o tratado internacional, do mesmo modo, poderia sobrepor-se à norma constitucional – no caso à permissão da prisão civil do depositário infiel – é passar ao largo da discussão trazida pela mais qualificada doutrina dos direitos fundamentais, enfatizando os aspectos da unidade da Constituição e da colisão de direitos fundamentais.⁷⁴²

Ora, quando do julgamento do HC 72.131-1/RJ, o Ministro Moreira Alves discute a questão da hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos e enfrenta a colisão de direitos fundamentais. Pode-se até discordar do seu exercício hermenêutico, mas impossível dizer que passou ao largo do tema. Ao contrário, posiciona-se na colisão patrocinada pelo art. 7º, item 7º d Pacto de São José da Costa Rica e o art. 5º, § 2º da Constituição, afirmando que esta prestigiou o direito fundamental do credor do depósito em face do direito de liberdade do seu devedor.

O único senão no voto do Ministro Moreira Alves foi considerar a possibilidade do artigo 7º, item 7º do Pacto de São José patrocinar revogação das normas gerais sobre prisão civil, deixando de atentar para o fato de

⁷⁴² *Ob. cit.*, p. 294.

que, neste particular, falta ao tratado internacional fundamento de validade junto à Constituição brasileira.

A terceira crítica de George Galindo, igualmente, não pode proceder. Pelo raciocínio do Ministro Moreira Alves não há na Constituição parâmetros para se realizar uma hermenêutica que autorize se afastar norma nela agregada em face de tratado internacional, mesmo quando verse sobre direitos humanos. Ora, ao considerar o tratado internacional sobre direitos humanos no mesmo nível da lei, impossível se concluir pela prevalência do comando exterior à Constituição. Ao criticar o voto proferido pelo Ministro no RE 274.183-3/GO, George Galindo se equivoca ao não diferenciar o que já é constitucional daquilo que defende ser.

É realmente anacrônica a posição esposada no voto em relação à jurisprudência do próprio tribunal, uma vez que na ADI n. 939, consagrou-se a possibilidade de serem considerados de estatura constitucional direitos não expressos na Constituição e admitidos segundo o preceituado no artigo 5.º, § 2.º. Neste histórico julgamento – em que o Tribunal também considerou a possibilidade de controlar a constitucionalidade de emendas constitucionais em relação às chamadas cláusulas pétreas – afirmou-se que o princípio da anterioridade comporia o catálogo de direitos fundamentais em virtude da abertura material proporcionada por aquele dispositivo constitucional.⁷⁴³

Agride a melhor técnica de interpretação dizer-se que o princípio da anterioridade tributária não está expresso no texto constitucional de

⁷⁴³ *Ob. cit.*, p. 294-295.

1988. E não foi isso que o Supremo Tribunal Federal afirmou quando do julgamento da Adin nº 939.

A Corte Máxima do Poder Judiciário apenas revelou que os direitos fundamentais não se esgotam no catálogo do art.5º da Constituição. Assim, o princípio da anterioridade tributária esculpido nas letras do art.150, III da Carta Magna é direito fundamental, visto que agasalhado pela hermenêutica do seu art.5º, § 2º, decorrendo daí seu status de cláusula pétrea. Se o princípio da anterioridade tributária já tinha dignidade constitucional desde a promulgação da Constituição, não é correto dizer “que na ADIN n. 939 consagrou-se a possibilidade de serem considerados de estatura constitucional direitos não expressos na Constituição e admitidos segundo o preceituado no artigo 5.º, § 2.º”, como afirma Galindo.⁷⁴⁴

George Rodrigo Bandeira Galindo tenta contrapor o julgamento proferido na ADIN nº 939 ao voto do Ministro Moreira Alves por ocasião do RE 274.183-3/GO, na tentativa de demonstrar uma contradição no Supremo Tribunal Federal.

Não há nenhuma razão plausível para considerar a abertura do dispositivo somente em relação aos direitos “decorrentes do regime e dos princípios por ela (a Constituição) adotados” e não em relação aos direitos decorrentes de “tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja

⁷⁴⁴ *Ob. cit.* p.294-295. Note-se que George Galindo utiliza-se da locução *não expresse* para significar que os direitos fundamentais inseridos nos tratados internacionais ocupam a mesma dignidade que qualquer dos direitos elencados no art.5º da Constituição Federal. Ao que tudo indica, o autor utilizou-se de *não expresse* para indicar aquilo que não está evidente, podendo, portanto, estar implícito. Acontece, porém, que o princípio da anterioridade tributária não poderia estar mais expresse no texto supremo da ordem jurídica nacional (art. 150, III, b)

Veja-se a respeito de tal discussão o que ficou consignado no item inaugural deste capítulo.

parte”. Sob o ponto de vista de uma Teoria Constitucional sólida, a opção por somente um tipo de abertura revela apenas descompasso com uma interpretação “amiga” (p.297) do Direito Internacional que se mostra de fácil aplicação, no caso do artigo 5.º, § 2.º⁷⁴⁵

Em verdade, não há qualquer contradição. No julgamento da ADIN 939-7 o Supremo Tribunal Federal reconheceu, com base no art.5.º, § 2.º da Constituição, o princípio da anterioridade tributária (art.150,III, b da CF) como direito fundamental fora do catálogo do título II da Carta Magna. A estatura constitucional do princípio da anterioridade tributária foi decisão expressa do constituinte: ela não se deu em função da interpretação do Supremo Tribunal Federal.

Por outro lado, a Corte Suprema do Poder Judiciário Brasileiro não deixa de reconhecer direitos fundamentais oriundos de tratados internacionais, apenas os coloca na hierarquia das leis. No julgamento do RE 274.183-3/GO, o Supremo Tribunal Federal apenas entendeu que o art.7º, item 7º, do Pacto de São José da Costa Rica não se coadunava com os termos do art.5º, LXVII da Constituição. E como esta é superior a qualquer tratado internacional, entendeu o Tribunal Máximo da soberania brasileira em manter válida a prisão do devedor em alienação fiduciária. Não há, pois, “a opção por somente um tipo de abertura” na interpretação do órgão de cúpula do Judiciário pátrio.

O que procede na análise que George Galindo⁷⁴⁶ faz do voto do Ministro Moreira Alves proferido no já tantas vezes citado RE 274.183-3/GO, é o fato do relator afirmar que o art.5.º, § 2º da Constituição Federal não

⁷⁴⁵ *Ob. cit.*, p. 297.

se aplicar aos tratados internacionais sobre direitos humanos que ingressaram no ordenamento jurídico depois de 05 de Outubro de 1988.

Ora, ou o Ministro entende que o tratado internacional de direitos humanos está abaixo da Constituição ou que os direitos fundamentais neles expressos aglutinam-se ao catálogo do título II da Carta Magna. O que parece insustentável é delimitar que o art.5.º, § 2.º do texto constitucional só contemple os tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados antes da Constituição. Ademais, as Cartas constitucionais visam regulamentar, principalmente, o futuro.

Apesar de correto o posicionamento do Supremo Tribunal Federal em colocar os tratados internacionais sobre direitos fundamentais no patamar da infraconstitucionalidade, não se pode concordar com a Corte Máxima do Judiciário brasileiro quando parifica tais instrumentos à lei. Eles estão, em verdade, em situação supralegal, como passa a se demonstrar.

2.2. Paradigma supralegal

Por questão didática, toma-se aqui o voto do Ministro Sepúlveda Pertence no Recurso Ordinário em Hábeas Corpus nº 79.785-7 Rio de Janeiro, para tentar se demonstrar que os tratados internacionais sobre direitos fundamentais ingressam na ordem jurídica vigente na hierarquia superior à lei.

Pode-se expor o histórico fático do aludido habeas corpus nos seguintes termos: A recorrente foi condenada em processo da competência originária do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por figurar como acusada em companhia de um Juiz de Direito.

⁷⁴⁶ *Ob. cit.*, p. 297.

De tal decisão recorreu ao Superior Tribunal de Justiça invocando a Constituição Federal e a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), sustentando que tem direito ao duplo grau de jurisdição. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro indeferiu, liminarmente, o recurso.

Dá a recorrente ter desencadeado habeas corpus junto ao Superior Tribunal de Justiça. Neste tribunal, o relator indeferiu, liminarmente, o habeas corpus. Desta decisão, a recorrente interpôs agravo regimental que restou improvido. Em tal situação, surge recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal.

Na relatoria do recurso ordinário, o Ministro Sepúlveda Pertence termina por concluir que a atual Constituição de 1988 – como de resto – todas as Cartas republicanas não erigiram o duplo grau de jurisdição à dignidade de direito fundamental. Em assim sendo, para o relator a possibilidade de se exercer o duplo grau de jurisdição está delimitado tão somente nos casos estritos autorizados pela Constituição. E, ademais, entendo que a Constituição está acima dos tratados internacionais não podendo estes exigir aquilo que a norma suprema da soberania brasileira veda.

Quando de seu voto – e o núcleo do debate é exatamente este – o Ministro Sepúlveda Pertence reconhece um antagonismo inconciliável entre a inexistência de dignidade constitucional ao princípio do duplo grau de jurisdição⁷⁴⁷ e o disposto nos artigos 8.º e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

⁷⁴⁷ O Ministro Sepúlveda Pertence delimita exatamente em que sentido toma o alcance do princípio processual do *duplo grau de jurisdição*, nestas passagens de seu voto no RHC nº 79785-7/RJ:

“A mim me parece que – para que tenha a eficácia instrumental, que lhe atribuem, na realização de eminentes valores – o “duplo grau” há de ser concebido, à moda clássica, com seus dois caracteres específicos: a possibilidade de um reexame integral da sentença de

Em virtude da indispensável análise que se pretende fazer do voto do Ministro Sepúlveda Pertence, inevitável é transcrever os trechos mais significativos para a tese que se pretende sustentar. Mesmo o sabendo ser longo, não será uma leitura cansativa, posto que instigante sua condução.

Põe-se aqui, não resta dúvida, uma antinomia entre o Pacto – promulgado pelo Brasil em 1992 – e a Constituição.

O problema – como frisado de início – ganhou cores mais fortes a partir da Constituição de 1988, que deu realce específico, na sua Declaração de Direitos, às convenções internacionais (...)

A partir daí, a questão é saber, da perspectiva do juiz nacional, se as convenções de que decorrem direitos e garantias fundamentais do indivíduo, aplicáveis independentemente da intermediação normativa dos Estados pactuantes, têm hierarquia constitucional e conseqüente força ab-rogatória da Constituição, de modo, por exemplo, a nela inserir o princípio questionado do duplo grau de jurisdição.

primeiro grau e que esse reexame seja confiado a órgão diverso do que a proferiu e de hierarquia superior na ordem judiciária (...)

É significativo observar que a notável Ada Grinover – que parece subscrever com Cintra e Dinamarco (Teoria Geral, cit., p.75), a opinião referida – em trabalho mais recente (Um Enfoque Constitucional da Teoria Geral dos Recursos, em Tabenchlak e Bustamante, Livro de Estudos Jurídicos, IEJ, Rio, 1994, p.70, 73) assinala, ao meu ver corretamente, que “o princípio do duplo grau esgota-se nos recursos cabíveis no âmbito do reexame de decisão, por uma única vez. Os recursos de terceiro grau das Justiças trabalhista e eleitoral, o recurso especial para o STJ e o extraordinário para o STF, não se enquadram na garantia do duplo grau, sendo outro seu fundamento” (...)

Tudo isso me conduziu – sem negar-lhe a importância, mormente como instrumento de controle – à conclusão de que a Constituição – na linha de suas antecedentes republicanas – efetivamente não erigiu o duplo grau de jurisdição em garantia fundamental [sem os destaques do original (www.stf.gov.br)].

O tema foi encarado pelo Tribunal duas vezes, pelo menos: a primeira, no HC 72.131, 23.11.95, Moreira Alves – relativa à compatibilidade da prisão civil do depositário infiel ou equiparado com o art.5.º, LXVII, CF, e com o Pacto de São José – e na ADInMC 1.480, 25.9.96, Celso de Mello – acerca da Constitucionalidade da Convenção Internacional do Trabalho (...)

Mas, no primeiro fiquei vencido, dada a inteligência restritiva que empresto à permissão constitucional da prisão do devedor infiel, independentemente da superveniência da Convenção Americana; e, no segundo, a nitidez das posições ficou um tanto comprometida com a circunstância de a Convenção possuir caráter programático – como a mim e a outros juízes pareceu – ou, pelo menos, admitir interpretação conforme, que exclua qualquer pretensão de eficácia plena e imediata (Inf. STF, n.82) como entendeu a maioria (ver ementa do voto condutor do Ministro Celso de Mello, transcrito no Inf. STF 135).

Peço, assim, a paciência dos eminentes colegas para avançar algumas considerações sobre a controvérsia, de indiscutível relevância.

De logo, participo de entendimento unânime do Tribunal que recusa a prevalência sobre a Constituição de qualquer convenção internacional (cf. decisão preliminar sobre o cabimento da ADIn 1.480, cit., Inf. STF 48).

A visão dominante na doutrina nacional contemporânea não parece diversa.

Das leituras e releituras a que o caso me induziu, ficou-me a impressão de que nela, dos trabalhos acessíveis, só o il. Prof. Celso de Albuquerque Mello (o § 2.º do art.5.º da Constituição Federal, em Ricardo Lobo Torres, Teoria dos Direitos Fundamentais, Renovar, 1999, 1, 25), não apenas empresta hierarquia constitucional aos tratados, mas vai além, ao ponto de afirmar-se “ainda mais radical no sentido de que a norma internacional prevalece sobre a norma constitucional, mesmo naquele caso em que uma constituição posterior tente revogar uma norma internacional constitucionalizada”, postura – acrescente – “que tem a grande vantagem de evitar que o Supremo Tribunal Federal venha a julgar a constitucionalidade dos tratados internacionais”

A observação final é confirmação eloqüente da lição de Hans Kelsen (Teoria Geral do Direito e do Estado, trad. M. Fontes/UnB, 1990, p.375): o grande pensador – antepondo também aqui o seu compromisso com o rigor científico à sua postura ideológica claramente internacionalista – demonstrou com clareza que entre as teorias monistas da primazia do Direito Internacional ou da primazia do Direito Nacional, a opção em abstrato não é jurídica, mas ideológica – na qual “somos guiados por preferências éticas ou políticas”.

De qualquer sorte não ousou lançar-me ao mare magnum das controvérsias que a matéria suscita entre os teóricos, relevante quando se cuida de decidir acerca da difusa responsabilidade internacional do Estado.

Se a questão, no entanto – no estágio ainda primitivo de centralização e efetividade da ordem jurídica internacional – é de ser resolvida sob a perspectiva do juiz nacional – que, órgão do Estado, deriva da Constituição sua própria autoridade jurisdicional – não compreendo possa ele buscar, senão nessa Constituição mesma, o critério da solução de eventuais antinomias entre normas internas e normas. O que é bastante a firmar a supremacia sobre as últimas da Constituição, ainda quando esta eventualmente atribua aos tratados a prevalência no conflito: é que, mesmo nessa hipótese, a primazia derivará da Constituição e não de uma apriorística força intrínseca da convenção internacional.

“Recorde-se, de início” – assinalou Rezek, Direito Internacional Público, Saraiva, 1989, com invejável precisão – que o primado do direito das gentes sobre o direito nacional do Estado soberano é, ainda hoje, uma proposição doutrinária (...)

É eloqüente notar que também para o autorizado e insuspeito Cançado Trindade (Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção de direitos humanos nos planos internacional e nacional em Arquivos de Direitos Humanos, 2000, 1/3, 43) – que não é juiz do STF, mas Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos – “a posição hierárquica dos tratados no ordenamento jurídico interno obedece ao critério do direito constitucional de cada país...”

E não parece que realisticamente possa negá-lo quem, como juiz, deva aplicar o tratado na órbita da jurisdição indígena.

“A nós parece muito claro” – extraído do trabalho de um mestrando de qualificada Universidade (Marcelo Andreiuolo Rodrigues, os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos e a Constituição, em Torres, Teoria dos Direitos Fundamentais, cit., p. 162) – “que, ao menos no Brasil, o tratado internacional não pode ultrapassar os limites impostos pela Constituição da República. E a razão para tanto, está na natureza estável do texto constitucional. A leitura dos artigos 59 e seguintes deixa ver que se trata de uma Constituição rígida. E como tal, os seus preceitos revestem-se de situação hierárquica mais elevada. Porque se trata de conflito de normas de diferentes hierarquias – uma, constitucional e a outra, de natureza internacional, logo, infraconstitucional – não tem valor a regra do monismo moderado, ordinariamente utilizada, e de acordo com a qual lex posterior derogat lex priori”.

“Seja como for” – conclui – “o tratado internacional derivará, sempre – e em qualquer ocasião – de um fundamento constitucional. Sendo norma derivada da Constituição, em nenhuma hipótese, vale sempre repetir, poderá transcender ao que foi posto originariamente pelo legislador constitucional”

Ora, a partir da Constituição positiva do Brasil – e não daquilo que a cada um aprouvesse que ela fosse – fica acima de minha inteligência compreender que, sobre ela, se afirmasse o primado incondicional das convenções internacionais, de tal modo que, se anteriores, permanecessem elas incólumes ao

advento da norma constitucional adversa e, posteriores, pudessem ab-rogá-la.

Assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art.102,III,b).

Certo, com o alinhar-me ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não assumo compromisso de logo – como creio ter deixado expresso no voto proferido na ADInMc 1.480 – com o entendimento, então majoritário – que, também em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais – preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis.

Na ordem interna, direitos e garantias fundamentais o são, com grande frequência, precisamente porque – alçados ao texto constitucional – se erigem em limitações positivas ou negativas ao conteúdo das leis futuras, assim como à recepção das anteriores à Constituição (cf. Hans Kelsen, Teoria Geral, cit., p.255).

Se assim é, à primeira vista, parifcar às leis ordinárias os tratados a que alude o art.5.º, § 2º, da Constituição, seria esvaçar de muito do seu sentido útil a inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma

abertura significativa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos.

Ainda sem certezas suficientemente amadurecidas, tendo assim – aproximando-me, creio, da linha desenvolvida no Brasil por Cançado Trindade (e.g., Memorial cit., ibidem, p.43) e pela ilustrada Flávia Piovesan (A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos, em E.Boucault e N. Araújo (órgão), Os Direitos Humanos e o Direito Interno) – a aceitar a outorga de força supra-legal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas – até, se necessário, contra a lei ordinária – sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes.

Toda vez que a Constituição prescreveu para determinada causa a competência originária de um Tribunal, de duas uma: ou também previu recurso ordinário de sua decisão (CF, arts.102,II, a; art.105, II, a e b; 121, § 4.º, III, IV e V) ou, não o tendo estabelecido, é que o proibiu.

Em tais hipóteses, o recurso ordinário contra decisões de Tribunal, que ela mesma não criou, a Constituição não admite que o institua o direito infraconstitucional, da lei ordinária à convenção internacional: é que, afora os casos da Justiça do Trabalho – que não estão em causa – e da Justiça Militar – na qual o STM não se superpõe a outros Tribunais

—, assim como a do Supremo Tribunal, com relação a todos os demais e Juízes do País, também as competências recursais dos outros Tribunais Superiores — o STJ e o TSE — estão enumeradas taxativamente na Constituição, que só ela mesma poderia ampliar.

A falta de órgãos jurisdicionais ad qua, no sistema constitucional, indispensáveis a viabilizar a aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição aos processos de competência originária dos Tribunais, segue-se a incompatibilidade com a Constituição da aplicação no caso da norma internacional de outorga da garantia invocada.

George Galindo⁷⁴⁸, embora elogie o presente voto por lhe reconhecer a virtude da minuciosa análise do tema, a ele atribui duas críticas: 1) faltou ao julgamento apreciar a colisão de direitos fundamentais existente entre o tratado internacional e a Constituição e 2) o voto não menciona se os tratados internacionais sobre direitos fundamentais prevalecem mesmo sobre leis complementares.

Apesar do brilhante trabalho de George Galindo, faltou a ele, na primeira de suas críticas, a exata apreensão metodológica eleita pelo Ministro Sepúlveda Pertence. A rigor, o cerne do voto é a ausência de colisão de direitos. Vale dizer: na apreciação do Ministro Sepúlveda a Constituição nega ao princípio do duplo grau de jurisdição a dignidade de norma ápice no ordenamento jurídico pátrio, tese diametralmente oposta à advogada pelo Pacto de São José da Costa Rica. Ora, há colisão de direitos fundamentais se estes ocupam em contradição (ao menos aparente) o mesmo nível hierárquico.

⁷⁴⁸ *Ob. cit.*, p. 299-300.

O voto é versado na seguinte premissa maior: a existência de antinomia entre a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica. Detectado tal antagonismo, o Ministro afirma que a ordem jurídica nacional nega ao princípio do duplo grau de jurisdição status constitucional. E como a Constituição é norma soberana frente aos tratados internacionais (inclusive sobre aqueles que versam sobre direitos fundamentais) – na concepção do relator do aludido julgamento – conclui ele que o Pacto de São José não pode exigir o manejo de recursos fora dos casos ali disciplinados.

Em resumo: o Pacto de São José da Costa Rica pleiteia um direito fundamental que a Constituição brasileira simplesmente veda – ao menos na inteligência do Ministro Sepúlveda Pertence. Em sendo assim, há de perguntar-se: por que Sua Excelência haveria de fazer conjecturas sobre a colisão de direitos, se o núcleo de seu voto a afasta de apreciação? Sintomático, neste passo, o item 4 da segunda parte da Ementa:

Em relação ao ordenamento jurídico pátrio, de qualquer sorte, para dar a eficácia pretendida à cláusula do Pacto de São José, de garantia do duplo grau de jurisdição, não bastaria sequer lhe conceder o poder de aditar a Constituição, acrescentando-lhe limitação oponível à lei como é a tendência do relator: mais que isso, seria necessário emprestar à norma convencional força ab-rogante da Constituição mesma, quando não dinamitadoras do seu sistema, o que não é de admitir.⁷⁴⁹

Igualmente, não é correto dizer que o voto não considera a posição daqueles que consideram os tratados internacionais sobre direitos

⁷⁴⁹ RHC 79785-7/RJ (www.stf.gov.br).

humanos na estatura de norma constitucional. Evidente que o Ministro Sepúlveda Pertence não fez uma análise minuciosa a propósito dos argumentos desta corrente da literatura jurídica, exatamente por que desnecessária para a tese que tão bem arquitetou em seu voto. No arcabouço de seu julgamento, a Constituição não *negocia* com aquilo que lhe é contrário. Com este paradigma, é impossível se abrir a discussão sobre a cláusula aberta dos direitos fundamentais esculpida na norma do art.5.º, § 2.º, da Carta Magna.

Já quanto à questão do voto não mencionar se a supralegalidade atribuída aos tratados internacionais sobre direitos humanos tem validade em relação às leis complementares, razão assiste a George Galindo. Ademais, como em seguida se verá, o Ministro Sepúlveda Pertence, em julgamento paradigmático anterior, demonstrou não estar seguro da posição hierárquica do tratado internacional frente à lei complementar.⁷⁵⁰

Mas, a rigor, esta referência torna-se desnecessária e em nada ofusca a validade da tese sustentada, conforme se passa a expor. Em resumo, se o Ministro Sepúlveda não conseguiu completar o raciocínio de sua tese, não significa que esta seja inválida. O pensamento científico caminha em parceria. E os argumentos aqui expostos tentam concorrer para a herméctica da supralegalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos.

Sem desconhecer que há parte da literatura jurídica que defende um desnível hierárquico entre as leis ordinária e complementar, tal não se verifica. Antes de George Galindo, já Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti⁷⁵¹ se inquietava com o tema da hierarquia entre os tratados internacionais e as leis complementares, por entender que estas são superiores às leis ordinárias. E por estarem as duas espécies de leis em diferentes graus

⁷⁵⁰ Trata-se, aqui, do voto que Sua Excelência proferiu na ADIn 1489-3/DF.

⁷⁵¹ Os tratados frente ao direito nacional – considerações. *Revista Acadêmica*. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, v. LXXVI, a. 1995.p.349-350.

hierárquicos não poderiam os tratados ocupar dois patamares distintos ao mesmo tempo, o que invalidaria a tese da paridade entre a norma internacional e a de feição doméstica.

O raciocínio da aludida supremacia baseia-se exatamente no quórum qualificado que as leis complementares desafiam. Em verdade, a lei complementar se diferencia da lei ordinária pela matéria que disciplina. A Constituição encarrega a lei complementar para dispor sobre substratos determinados. Em assim sendo, inviável o choque entre ambas, porque gravitam em esferas distintas, em que pese ocuparem o mesmo patamar hierárquico.

Em síntese, uma lei ordinária não pode se ocupar de matéria indicada à responsabilidade de lei complementar. E se o Parlamento votar com o quórum qualificado lei ordinária? Não parece razoável concluir que esta se transmuda de natureza, pois adentra ao ordenamento na categoria das leis ordinárias. Evidente que não é o quórum que revela a essência da lei complementar, mas esta é que exige aquele. E isto, por si só, não lhe reconhece estatura superior à norma ordinária. Veja que a questão se resolve com auxílio da própria filologia. A lei ordinária é aquela utilizada com predominância pelo legislador para solucionar da grande maioria dos interesses em conflito na sociedade. Já a lei complementar é dotada de especificidade, sendo-lhe reservados momentos pontuais da ordem jurídica.

Nesta diagramação do sistema, o que parece razoável é a inviabilidade do tratado internacional se ocupar de disciplinar matéria afeita à lei complementar, exatamente pela especialidade da matéria. Georgenor de Sousa Franco Silva⁷⁵² assume esta tese invocando o posicionamento do Supremo Tribunal Federal quando da ADIn 1480-3/DF, em que se discutia a possibilidade

⁷⁵² Os tratados internacionais e a constituição de 1988. In: PELLEGRINA, Maria Aparecida; SILVA, Jane Granzoto Torres da. (Org.). *Constitucionalismo social: estudos em homenagem ao Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello*. São Paulo: LTr, 2003. p. 178-179.

da Convenção 158 da OIT disciplinar a despedida arbitrária diante do que dispõe o art.7.º,I da Constituição Federal.

Na aludida ação direta de inconstitucionalidade, em sede cautelar, o Ministro Celso de Mello, na qualidade de relator, assumiu a tese da impossibilidade de tratado internacional disciplinar matéria reservada à lei complementar.

E no caso, como já enfatizado, o instrumento exigido pela Constituição brasileira deve ser a lei complementar (art.7º, I), que se revela – enquanto espécie normativa autônoma – meio formal absolutamente infungível, não podendo, em consequência de expressa reserva constitucional, ser substituído por qualquer outro diploma.⁷⁵³

Interessante notar que o Ministro Sepúlveda Pertence, quando do seu voto neste julgamento, confessou não ter até aquele momento uma posição segura da hierarquia que os tratados internacionais desempenham frente às leis complementares.

Na espécie, contudo, não me sinto seguro para a antecipação antiprotocolar (...) Ainda não posso vencer, porém, certa perplexidade. Por isso, deixarei reserva expressa, talvez na questão mais fascinante na causa: o problema da possibilidade de matéria objeto, na Constituição, de reserva de lei

⁷⁵³ Parte final do longo voto proferido pelo Ministro Celso de Mello, em sede cautelar, na ADIn 1.480-3/DF (www.stf.gov.br).

*complementar, ser objeto de tratado e, como tal, ser recebida no ordenamento jurídico interno com força de lei complementar.*⁷⁵⁴

A ausência deveras importante no voto proferido pelo relator do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 79.785-7/RJ é não ter se ocupado de hermenêutica mais sistêmica da Constituição para sustentar a supralegalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos. O Ministro Sepúlveda Pertence limitou-se a analisar apenas a dicção do art.5.º, § 2.º da Carta Magna. Apesar de perfeita a análise do sentido e alcance desta norma, olvidou-se de mencionar o disposto no art.4.º, II da Lei Máxima da ordem jurídica nacional.

Por evidente que se a República Federativa do Brasil assume o compromisso solene perante seu povo, na estatura dos princípios fundamentais de sua Carta Magna, de dar prevalência aos direitos humanos nas suas relações internacionais, não se pode esperar outra coisa senão que o Estado conferirá um grau hierárquico diferenciados a estes direitos quando ingressarem na ordem nacional.

O compromisso do Estado brasileiro para com os direitos humanos é exatamente o de se engajar com força máxima no sentido de buscar integrá-los ao seu ordenamento jurídico e persuadir que as outras soberanias o façam, conforme notou, Pedro Dallari.⁷⁵⁵ Ademais, razão assiste a Antônio Augusto Cançado Trindade ao advogar a supremacia dos tratados sobre direitos humanos:

⁷⁵⁴ (www.stf.gov.br). Note-se que a ADIn nº 1480-3/DF foi julgada em 04.09.97 e o Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 79.785-7/RJ em 29.03.2000. Logo seria interessante o Ministro ter se pronunciado sobre a questão para se saber se já formou convicção sobre o tema do relacionamento entre os tratados internacionais e as leis complementares. Mas, repita-se: tal ausência não prejudica o desenvolvimento da supralegalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos face à Constituição brasileira em vigor, mormente considerando-se os argumentos aqui articulados.

⁷⁵⁵ *Constituição e relações exteriores*. São Paulo: Saraiva, 2002. p.162.

Com efeito, não é razoável dar aos tratados de proteção de direitos do ser humano (a começar pelo direito fundamental à vida) o mesmo tratamento dispensado, por exemplo, a um acordo comercial de exportação de laranjas ou sapatos, ou a um acordo de isenção de vistos para turistas estrangeiros. À hierarquia de valores, deve corresponder uma hierarquia de normas, nos planos tanto nacional quanto internacional, a ser interpretadas e aplicadas mediante critérios apropriados. Os tratados de direitos humanos têm um caráter especial, e devem ser tidos como tais.⁷⁵⁶

Por assim ser, parece insustentável que os tratados internacionais sobre direitos humanos possam se conformar na mesma dignidade da lei ordinária sem que se fira a expressa vontade do constituinte em prestigiá-los.

2.3 Paradigma constitucional

Apesar de não ser possível assumi-la, diante do texto constitucional posto, há uma corrente hermenêutica – merecedora de todo o apreço – que advoga o nível constitucional dos direitos fundamentais advindos dos tratados internacionais.

Deve-se registrar, por oportuno, que em obra posterior e específica sobre o tema – a qual será referida no próximo item – utiliza-se desse argumento para advogar a tese do nível constitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos.

⁷⁵⁶ Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. *Arquivos de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 1, p.47. 1999.

A polêmica ganha fôlego desde a perspectiva histórica do conteúdo do § 2.º do art.5.º da Constituição Federal. Isto por que Cançado Trindade⁷⁵⁷ avoca para si a proposta de inserir o referido dispositivo na Carta Magna. Por ocasião de audiência pública na subcomissão dos direitos e garantias individuais, em 29 de abril de 1987, afirmou Antônio Augusto Cançado Trindade:

Seria de todo indicado, para concluir, recordando uma vez mais a compatibilização entre esses tratados e o direito interno, que a nova Constituição explicitasse, dentre os princípios que regem a conduta do Brasil nos planos nacional e internacional, a promoção e a proteção dos direitos humanos, entendidos estes como abrangendo tanto os consagrados na própria Constituição ou os decorrentes do regime democrático que ela estabelece, quanto os consagrados nos tratados humanitários em que o Brasil é Parte e nas declarações internacionais sobre a matéria de que o Brasil é signatário.⁷⁵⁸

A dificuldade da questão está em que a idéia de Cançado Trindade seguramente foi no sentido de assegurar dignidade constitucional aos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos. Todavia esta mensagem não está literalmente clara. E na sistemática da Constituição esta interpretação enfrenta dificuldades, consoante se verá, com maior vagar no próximo capítulo.

⁷⁵⁷ *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2003. p.512.

⁷⁵⁸ *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*. 2ª ed. Brasília Jurídica: Editora Universidade de Brasília, 2000. p.171.

A hermenêutica do paradigma constitucional sustenta-se na verificação de que a proteção dos direitos humanos não pode mais reclamar tão somente a “competência nacional exclusiva”, na lição de Cançado Trindade.⁷⁵⁹ Na realidade exige-se, no presente momento histórico e com tendência ao futuro, uma postura de cumplicidade entre as ordens doméstica e internacional, pois o mesmo Cançado Trindade observa que “as normas dos tratados de direitos humanos aplicam-se não só na ação conjunta (exercício da garantia coletiva) dos Estados Partes na realização do propósito comum de proteção, mas também e sobretudo no âmbito do ordenamento jurídico interno de cada um deles”.⁷⁶⁰

Não resta dúvida, pois, de que os tratados internacionais que se ocupam dos direitos humanos desempenham função primordial na nova arquitetura mundial, mormente quando se observa com Celso de Albuquerque Mello⁷⁶¹ que o século XX patrocinou o fim do socialismo e o capitalismo não conseguiu suplantar a miséria e o desemprego, restando como ideologia os direitos inerentes à pessoa humana.

A partir desse entendimento, os internacionalistas defendem que o art.5.º, § 2.º da Constituição promoveram os direitos humanos expressos em tratados internacionais à categoria jurídica máxima do ordenamento brasileiro.

Depois dos internacionalistas, alguns estudiosos do direito constitucional, principalmente a partir da década de 90 – como lembra George Galindo⁷⁶² – começaram a defender o mesmo ponto de vista. Partindo do pressuposto de que os direitos humanos surgem na ordem constitucional

⁷⁵⁹ *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 3-4.

⁷⁶⁰ *Ob. cit.*, p. 185.

⁷⁶¹ O § 2.º do art. 5.º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.p. 3.

⁷⁶² *Ob. cit.*, p. 269.

brasileira como tema global⁷⁶³, Flávia Piovesan – estribada em uma interpretação sistemática e teleológica do texto e invocando a força expansiva dos valores da dignidade humana, além do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais e da natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais – opina pela nível constitucional dos tratados de direitos humanos.⁷⁶⁴

O princípio da máxima efetividade está bem desenvolvido em José Joaquim Gomes Canotilho quando este engendra o raciocínio segundo o qual “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê”.⁷⁶⁵ Por evidente que este parâmetro hermenêutico é deduzido até por intuição. Acontece, porém, que no caso concreto da interpretação do § 2.º do art.5.º da Carta Magna a interpretação da máxima efetividade parece não ser aquela que atribui aos tratados de direitos fundamentais status de norma constitucional. Aliás, bem lembra Mauricio Andreiuolo Rodrigues que o princípio da máxima efetividade das normas não tem “o condão de atropelar textos constitucionais calcados em bases sólidas.”⁷⁶⁶

Quanto à natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais, não se pode olvidar que se trata do próprio cerne da questão e, em conseqüência, torna-se por si só um argumento vazio. Ademais, sabe-se – consoante se pode notar no desenrolar do item inaugural do presente capítulo –

⁷⁶³ Direitos humanos globais, justiça internacional e o Brasil. *Arquivos de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, n.1, p. 84, 1999.

⁷⁶⁴ A constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAÚJO, Nadia de. (Org.). *Os direitos humanos e o direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.130.

⁷⁶⁵ *Ob. cit.*, p.1149.

⁷⁶⁶ *Ob.cit.*, p. 86. A consideração do autor surge em favor do argumento de que a prisão civil do depositário infiel subsiste no direito brasileiro mesmo depois do Pacto de São José da Costa Rica, tendo em vista que a Constituição se sobrepõe aos tratados internacionais de direitos humanos naquilo que houver conflito.

da dificuldade em se traçar o núcleo da cláusula aberta patrocinada pelo art.5.º, § 2.º da Constituição.

Por fim a interpretação sistemática e teleológica pode, perfeitamente, sustentar a tese da supralegalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos. Logo não é método exclusivo para ser utilizado visando à demonstração da tese do nível constitucional dos direitos humanos expressos nos tratados internacionais.

A tese do paradigma constitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos ainda sofre do problema da auto-afirmação. Flávia Piovesan⁷⁶⁷, por exemplo, socorre-se de José Joaquim Gomes Canotilho para sustentar a dignidade constitucional de tais tratados, afirmando que o art.16 da Constituição portuguesa de 1916 tem conteúdo semelhante à norma do art.5.º, § 2.º da norma ápice do ordenamento jurídico brasileiro.

Acontece, porém, que num primeiro momento José Joaquim Gomes Canotilho demonstra a possibilidade de dupla interpretação para o art.16 da Constituição portuguesa. Para ele, os direitos fundamentais não formalmente constitucionais ou “formam parte do bloco de constitucionalidade ou são direitos autônomos não-reentrates nos esquemas normativo-constitucionais, e, nessa medida, entrarão no bloco da legalidade, mas não no da constitucionalidade”.⁷⁶⁸

A falta de uma hermenêutica consolidada no sentido dos tratados internacionais de direitos humanos ingressarem na ordem interna em nível constitucional fica patente na defesa seletiva feita por José Joaquim Gomes Canotilho⁷⁶⁹ em favor de alguns desses documentos internacionais,

⁷⁶⁷ *Ob. cit.*, p. 85.

⁷⁶⁸ *Ob. cit.*, p. 856.

⁷⁶⁹ Textualmente se pode ler em José Joaquim Gomes Canotilho: “Problemática é também a posição hierárquica do direito internacional convencional no sistema das fontes de direito português, dividindo-se a doutrina entre duas posições fundamentais: (1) valor *infraconstitucional* mas supralegislativo do direito internacional convencional; (2) *paridade hierárquico-normativa* entre as normas convencionais internacionais e os actos legislativos internos. A paridade hierárquico-

argumentando que a literatura portuguesa divide o nível hierárquico de tal espécie normativa em supralegal e legal. Percebe-se que a literatura jurídica dominante em Portugal considera os tratados internacionais (inclusive aqueles sobre os direitos humanos) em situação de infraconstitucionalidade. Significa isto dizer que J.J. Gomes Canotilho é partidário da tese da supralegalidade e não da paridade entre os tratados internacionais e a constituição.

No mesmo equívoco de Flávia Piovesan incorre Valerio de Oliveira Mazzuoli⁷⁷⁰ – que no afã de sustentar a tese do paradigma constitucional dos tratados sobre direitos humanos – reproduz texto de Jorge Miranda, dando a entender que este compartilha do mesmo raciocínio.

Todavia não se pode deduzir do texto reproduzido que Jorge Miranda sustente pela paridade dos tratados internacionais de direitos humanos face à constituição de Portugal. Aliás, Jorge Miranda faz duas ressalvas importantes, que implicam limites de expansividade dos tratados internacionais (mesmo os direitos humanos) no ordenamento jurídico lusitano. Em primeiro – apesar de não vislumbrar nenhum problema em se admitir como direitos fundamentais aqueles previstos em lei ou em fontes de direito internacional – afirma peremptoriamente que a eles não se aplica o regime orgânico da Carta Magna nem os limites da revisão constitucional. Em segundo, sustenta que não podem ser considerados direitos fundamentais todos os que derivam de tratados internacionais: somente os análogos aos do texto constitucional ou aqueles derivados dos seus princípios. Em terceiro, observa que à lei portadora de direito

normativa, ou seja, o valor legislativo ordinário das convenções internacionais deve rejeitar-se pelo menos nos casos de convenções de conteúdo materialmente constitucional (exs.: Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos e Pacto Internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais)[mantida grafia original (*Ob. cit.*, p.765)].

⁷⁷⁰ *Direitos humanos, constituição e tratados internacionais*: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001. p.239.

fundamental – enquanto subsistir – deve ser aplicado o regime dos direitos, liberdades e garantias estabelecido na Constituição portuguesa.⁷⁷¹

Ora, “enquanto subsistir” significa que a lei portadora de direito fundamental (ou o tratado internacional) pode ser modificada por outro instrumento de igual ou superior hierarquia. Logo não se incorpora ao texto constitucional, apenas é protegida por ele diante da compatibilidade exigida pela hierarquia das normas.

Não se pode, pois, falar aqui em *efeito aditivo* – expressão utilizada por Valerio de Oliveira Mazzuoli⁷⁷² – para significar que qualquer tratado sobre direitos humanos guarda para com o texto constitucional a mesma dignidade hierárquica.

Flávia Piovesan⁷⁷³ ainda argumenta em defesa da tese do grau constitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos – diferentemente de atos internacionais mais técnicos – são dotados de uma força

⁷⁷¹ *Manual de direito constitucional*. Tomo IV (direitos fundamentais). 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 156 e 158.

O conteúdo de direito fundamental tomado pela analogia com aqueles previstos na constituição está autorizado nestes termos:

“Art.17.º (Regime dos direitos, liberdades e garantias). O regime dos direitos e garantias aplica-se aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga”.

Em nota a este dispositivo escreveu Vinício Ribeiro: “Existem outros direitos fundamentais espalhados pela Constituição – e que não constam, por isso, do Título II a que alude o artigo – e até em leis ordinárias e em normas de direito internacional: são direitos fundamentais de **natureza análoga**”. In. *Constituição da República Portuguesa*. Coimbra: Almedina, 1993. p.35.

Pode-se argumentar que a terceira objeção somente do autor diz respeito à lei e não aos tratados. Acontece, porém, que a literatura jurídica portuguesa considera lei e tratado (independentemente do conteúdo deste último) no nível infraconstitucional (supralegal ou legal). Então a observação, embora feita em relação à lei é igualmente válida para os tratados internacionais (inclusive aqueles destinados aos direitos humanos).

⁷⁷² *Ob. cit.*, p. 240. Interessante notar que para o autor o efeito aditivo significa apenas que o tratado internacional de direitos humanos tem hierarquia de norma constitucional. Todavia o conteúdo de tais tratados não se incorpora ao texto constitucional, apenas formam, ao lado deste, um “bloco de constitucionalidade” (*ob. cit.*, p. 243).

⁷⁷³ Direitos humanos e o direito constitucional internacional, *Ob. cit.*, p. 96.

obrigatória denominada *jus cogens*.⁷⁷⁴ Evidente que há norma reconhecida e aceita pela comunidade internacional como obrigatória e que não aceita derrogação. Acontece, porém, que esta constatação não é suficiente para se sustentar que os direitos humanos devem ser recepcionados na ordem interna no mesmo patamar das normas constitucionais ou acima delas. A rigor, o desrespeito de tais normas tem relação direta com a validade dos tratados internacionais e não com o grau hierárquico que eles ocuparão nos ordenamentos jurídicos dos Estados.

Nem mesmo se aceitando que a prevalência dos direitos humanos (art.4.º, II da CF) seja norma *jus cogens* abrigada no altiplano do ordenamento jurídico brasileiro, inviável afirmar-se apenas por isso que os tratados internacionais sobre direitos humanos ocupam esse mesmo patamar hierárquico. Faz-se necessário que outros dispositivos e princípios fundamentais da Carta Magna tornem viável tal interpretação.⁷⁷⁵ Neste ponto deve-se observar que, no caso brasileiro, o princípio fundamental da prevalência dos direitos humanos não se coaduna com outras normas também de importância capital para a arquitetura da ordem jurídica capaz de autorizar o raciocínio da paridade dos tratados internacionais de direitos humanos com a Constituição.

A literatura jurídica brasileira partidária da corrente que defende a paridade hierárquica entre os tratados internacionais sobre direitos humanos e a Constituição precisa se alinhar, posto que há pontos divergentes.

⁷⁷⁴ O conceito de *jus cogens* é fornecido pela própria Convenção de Viena de 1968, nos seguintes termos:

“Artigo 53. Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*).

É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza”

⁷⁷⁵ Apesar de não se recepcionar como correto a propósito do tema, merece leitura e reflexão a apreciação inteligente que George Galindo faz sobre o tema. *Ob. cit.*, p. 111-116.

A tese – apesar de bem construída – tem problemas sérios a resolver com a Constituição em vigor. Tão sintomática é a dificuldade do raciocínio dos partidários desta corrente que Pedro Dallari,⁷⁷⁶ em livro recente, apesar de assumir a posição da dignidade constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, termina por declinar que ainda não há um entendimento dominante sobre o alcance do § 2º do art. 5º da Carta Magna.

Apesar de concordarem com a paridade entre tratados internacionais de direitos humanos e a Constituição, os partidários divergem em alguns pontos, como já afirmado anteriormente. Cançado Trindade, Flávia Piovesan e George Galindo, por exemplo, entendem que em caso de conflito entre um direito fundamental agasalhado na Constituição e aquele expresso em tratado internacional deve prevalecer aquele que for mais favorável ao ser humano. Constrói-se, aqui, aquilo que o constituinte estabeleceu no art.7º da Carta Magna: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social.” Coloca-se o mínimo e a eles se sobrepõem outros desde que mais benéficos. Assim pensam esses juristas na perspectiva dos demais direitos fundamentais – já que os direitos trabalhistas o são por excelência. Para esta operação que deve escolher o direito fundamental a triunfar em caso de colisão, deve-se tomar o ordenamento jurídico como uma “pirâmide hierárquica flexível”. Assim, ora prevalece a Constituição, ora o tratado internacional.⁷⁷⁷

⁷⁷⁶ *Constituição e tratados internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 59 e 61. Mesmo fora do âmbito dos direitos humanos, a sistematização dos tratados internacionais no ordenamento brasileiro é sofrível. A partir dessa conclusão Pedro Dallari reserva o último capítulo da obra citada para apresentar “uma proposta de sistema normatizador da integração do tratado internacional à ordem jurídica brasileira.”(*Ob. cit.*, p. 123-149)

⁷⁷⁷ Veja-se: Antonio Augusto Cançado, *ob. cit.*, p.542-545; Flávia Piovesan, *ob. cit.*, p.135. George Galindo, *ob. cit.*, p. 317. Flávia Piovesan, por exemplo, utiliza-se da “norma mais favorável à vítima” para solucionar o problema da prisão do depositário infiel. Para a autora deve prevalecer o art.7.º, item 7 do Pacto de São José da Costa Rica por ser mais favorável aos súditos brasileiros que a norma do art.5.º, LXVII da Constituição Federal (*ob. cit.*, p.137).

Já Valério de Oliveira Mazzuoli, recepcionando a posição de André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros, bem como Dyrceu Aguiar Dias Cintra Júnior, defende a posição no sentido da prevalência do tratado internacional de direitos humanos quando houver conflito como texto constitucional.⁷⁷⁸

Por outro turno, há diferenças entre os autores nacionais quanto à espécie de direito fundamental expresso nos tratados internacionais que galgaria a estatura constitucional. George Galindo, por exemplo, defende que os direitos sociais incluídos nos tratados internacionais também estariam no incluídos nas cláusulas pétreas. Já Flávia Piovesan e Valerio de Oliveira Mazzuoli defendem que somente os direitos individuais estariam protegidos pelas cláusulas pétreas.⁷⁷⁹

Além dessas divergências, vale registrar posições peculiares de determinados autores. Luiz Flávio Gomes⁷⁸⁰ elabora um raciocínio curioso, segundo o qual o § 2º do art.5º da Carta Magna não concede estatura máxima aos tratados internacionais sobre direitos humanos, exceto quando repetem ou complementam o que já está assegurado pela Constituição. Neste “sistema diferenciador” – como o denomina o autor – os direitos fundamentais expressos nos tratados internacionais estariam protegidos pelas cláusulas pétreas.

Ora, esta posição não enfrenta o problema, vez que o instigante é saber qual a dignidade hierárquica de direito fundamental não

Neste mesmo sentido, veja-se: Valério de Oliveira Mazzuoli. Prisão por dívida e o Pacto de São José da Costa Rica. *Revista Jurídica*. São Paulo, a. XLII, n. 195, p.16-50, jan. 1994.

⁷⁷⁸ Veja-se: Valerio de Oliveira Mazzuoli, *ob. cit.*, p. 241; Dyrceu Aguiar Dias Cintra Júnior. O judiciário brasileiro e os tratados internacionais sobre direitos humanos. *Revista Especial do Tribunal Regional da 3ª Região: Seminário Incorporação dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro*, São Paulo, p. 59. 1997.

⁷⁷⁹ Veja-se: George Galindo, *ob. cit.*, p. 301 e 303-307; Flávia Piovesan, *ob. cit.*, p. 98; Valerio de Oliveira Mazzuoli, *ob. cit.*, p. 248.

previsto na Constituição, mas consagrado em tratado internacional. Então dizer que os tratados internacionais sobre direitos humanos terão status constitucional quando repetirem ou complementarem a Carta Magna, é ratificar lição do Conselheiro Acácio.⁷⁸¹ À mesma conclusão chega Pedro Dallari ao afirmar que “tal diferenciação pode suscitar quanto à sua eventual inocuidade, principalmente no tocante às disposições de tratados com *status* de norma constitucional, pois a força daquelas não existiria de per si e estaria respaldada exclusivamente na cogência desta última”.⁷⁸²

Em rigor, o raciocínio de Luiz Flávio Gomes conduz a defesa da tese da paridade entre os tratados internacionais sobre direitos humanos e a lei, vez que somente ocupariam o ápice do ordenamento jurídico quando complementassem ou repetissem direitos já estampados pelo constituinte.

Já Agostino Toffoli Tavolaro⁷⁸³ defende que o § 2.º do art.5.º da Constituição Federal autoriza o ingresso dos direitos fundamentais expressos em tratados internacionais no nível mais elevado do ordenamento jurídico brasileiro. Não obstante, argumenta que os tratados internacionais não podem modificar os direitos fundamentais agasalhados no texto constitucional. Em termos práticos, significa dizer que não haverá possibilidade de choque e, conseqüentemente, do exercício de ponderação. Para esta posição é indiferente a

⁷⁸⁰ A questão da obrigatoriedade dos tratados e convenções no Brasil (particular enfoque da convenção americana sobre direitos humanos). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.710, n. 83 p.21-22., dez. 1994.

⁷⁸¹ Conselheiro Acácio é personagem criado pelo escritor português Eça de Queirós que se notabilizou por dizer o óbvio.

⁷⁸² *Ob. cit.*, p. 67.

⁷⁸³ Os tratados sobre tributação e a constituição de 1988. *Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, n.1, p.219., out./dez. 1992. Para o autor, o tratado internacional não pode subtrair “o que quer que seja” do título dos direitos fundamentais (*ob. cit.*, p.219). Com isto pode-se concluir que na sua visão o Pacto de São José da Costa Rica é antagônico à Constituição na medida em que tenta retirar a previsão estabelecida pelo constituinte originário de cárcere para o depositário infiel. Igualmente contrário à Constituição – e com mais razão – seria o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos que não suporta qualquer espécie de prisão civil.

aplicação da “norma mais favorável à vítima”, bem como a discussão da superioridade ou não do Direito Internacional face ao Direito Interno.

Apesar de faltar à literatura jurídica um consenso sobre o tema, a defesa da paridade entre tratados internacionais sobre direitos humanos e a Constituição já sensibilizou o Ministro Carlos Velloso – que inclusive assume posição mais ousada que a de Flávia Piovesan – ao se orientar pela indivisibilidade dos direitos fundamentais e defender a paridade entre eles e a Constituição Federal. Apesar de não se concordar com a tese da equiparação hierárquica face ao texto constitucional em vigor, é patente o caráter indivisível dos direitos humanos. Esta última concepção estabelecida pela Conferência de Viena de 1993 deriva de ter sido consagrada, oficialmente, a característica universalista dos direitos humanos. Fernando Quintana ao se pronunciar sobre este documento escreveu:

*El primer párrafo de la Declaración de Viena estipula que el carácter universal de los derechos humanos y libertades no admite dudas (...).*⁷⁸⁴

Interessante notar que Flávia Piovesan⁷⁸⁵ já vislumbra a caracterização da universalidade e da indivisibilidade dos direitos humanos desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Para Celso Lafer,⁷⁸⁶ a indivisibilidade entre os direitos individuais e sociais se justifica até por uma questão pragmática, vez que as heranças liberal e social devem conviver para reformular arcabouço da democracia após a queda do muro de Berlim e o fracasso da política neo-liberal.

⁷⁸⁴ *La ONU y la exégesis de los derechos humanos* (uma discusión teórica de la noción). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor/UNIGRANRIO, 1999. p. 298.

⁷⁸⁵ *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1988.p. 25.

Dentre os constitucionalistas brasileiros, talvez Ivo Dantas⁷⁸⁷ tem sido aquele que mais procura inserir a indivisibilidade dos direitos fundamentais, inclusive advogando incidência das cláusulas pétreas sobre os direitos sociais.

Entendendo pela indivisibilidade dos direitos fundamentais e considerando que a inteligência do art.5.º, § 2.º da Constituição equipara ao seu nível os direitos de igual natureza expressos em tratado internacionais, Carlos Velloso lavrou seu voto na ADIn 1.480-3/DF, do qual destaca-se os seguintes trechos:

Os direitos fundamentais consagrados na Constituição do Brasil, registra Antonio Álvares da Silva, têm três vertentes: a) estão expressamente designados na Constituição; b) decorrem do regime e dos princípios nela adotados; c) decorrem dos tratados internacionais celebrados pela República Federativa do Brasil (C.F., art. 5.º, § 2º)

(...)

Além dos que decorrem do regime e dos princípios adotados na Constituição, há os decorrentes dos tratados celebrados pelo Presidente da República e aprovados pelo Congresso Nacional (C.F., art.84,VIII, art.49,I).

(...)

Assim posta a questão, é lícito afirmar que a Convenção 158/OIT incorporou-se à ordem jurídica brasileira com

⁷⁸⁶ *Desafios: ética e política*. São Paulo: Editora Siciliano, 1995. p. 203.

⁷⁸⁷ Jurisdição constitucional e a promoção dos direitos sociais. In: LEITE SAMPAIO, José Adércio (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.p.439-441.

característica autônoma, vale dizer, independentemente da disposição inscrita no art.7.º, I, da CF (...)

Posta a questão sob essa ótica, não há falar que a Convenção 158/OIT esteja a consagrar garantia não inscrita no art. 7.º, I, da C.F., a estabilidade, quando a norma do art.7º, I, da C.F., consagra, apenas, a indenização compensatória, e que, por isto, seria inconstitucional sob o ponto de vista material. A inconstitucionalidade material, não custa repetir, não ocorreria, dado que a Convenção 158/OIT, na forma do disposto no § 2º do art.5º, da C.F., incorporou-se à ordem jurídica brasileira de forma autônoma. É dizer, ela contém direitos e garantias, que são direitos e garantias fundamentais dos trabalhadores de cunho constitucional, na forma do que estabelece o § 2º do art.5º, da C.F.

(...)

A Convenção 158/OIT, nas suas regras maiores, especialmente as que consubstanciam direitos e garantias, é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, ou auto-aplicável. É possível que um ou outro dispositivo seu, dispositivo periférico, demande normatização ulterior. As suas normas básicas, que consubstanciam direitos fundamentais dos trabalhadores – direitos fundamentais sociais, de 2ª geração, conforme linhas atrás explicitado – repito, são auto-aplicáveis. No voto que proferi quando teve início o julgamento do RE 205.815-RS – a questão dos turnos ininterruptos de revezamento – votei no sentido da auto-aplicabilidade da norma do inc. XIV do

*art.7º, da CF, porque consagra ela um direito fundamental social, tal como ocorre aqui.*⁷⁸⁸

Apesar de se reconhecer a importância do voto inclusive para a historiografia do Supremo Tribunal Federal, além de sua inegável inteligência, impõe-se registrar a falta de uma hermenêutica do § 2.º do art.5.º concatenada com as idéias contrapostas ao raciocínio levantado, principalmente a questão da emenda constitucional como instrumento de excelência para se agregar direitos à Carta Magna. Não há debate sobre a conciliação da interpretação assumida pelo voto e o problema da rigidez constitucional. Ademais pode-se alegar a carência de se discutir a legitimidade de se inserir no texto constitucional direto no bloco das cláusulas pétreas com a aprovação simples pelo Congresso Nacional.

E, principalmente, faltou ao voto demonstrar que seu entendimento se sustenta a partir de uma hermenêutica sistêmica da Constituição. O julgamento foi conduzido de modo meramente descritivo quanto aos direitos fundamentais e o tão polêmico tema do nível de ingresso desse plexo normativo limita-se a uma interpretação quase literal do § 2.º do art. 5.º

Em síntese, a grandeza do voto está em reconhecer a indivisibilidade dos direitos fundamentais e buscar concretizá-los em prestígio ao princípio da máxima eficácia das normas. Mas este segundo passo carece de uma concatenação sistêmica, que, por ora, não se vislumbra. Equivoca-se neste passo Antonio Augusto Cançado Trindade⁷⁸⁹ ao afirmar que, com a promulgação da Constituição, os tratados internacionais de direitos humanos têm nível constitucional e entendimento em sentido oposto requer demonstração.

⁷⁸⁸ ADIn 1.480-3/DF (www.stf.gov.br). Note-se que o Ministro Carlos Velloso, em julgamento posterior, por ocasião do RE 206.482-3/SP manteve o mesmo posicionamento.

⁷⁸⁹ *Ob. cit.*, p. 48.

É evidente que qualquer afirmativa em âmbito de hermenêutica cobra demonstração. Ademais quando não há consenso sobre o sentido e alcance da norma discutida. E no caso concreto um argumento é definitivo para se contestar a posição de Cançado Trindade: pela primeira vez o constituinte introduziu na cláusula aberta dos direitos fundamentais (art.5.º, § 2.º da atual Constituição) os tratados internacionais como fonte de direitos fundamentais. Está-se, pois, diante de paradigma novo que revoluciona toda a historiografia da cláusula aberta dos direitos fundamentais, inaugurada no Estado brasileiro pelo art.78 da primeira Constituição republicana.⁷⁹⁰ Daí se exigir daqueles que sustentam a paridade dos tratados internacionais de direitos humanos com a Constituição o mínimo de argumentos sólidos.

Não se estabelece aqui uma posição de repúdio para com a idéia da adição de direitos fundamentais advindo de tratados internacionais ao rol do título II da Constituição Federal. Sustenta-se apenas que a sistematização da Constituição tal qual se encontra inviabiliza a tese da paridade dos tratados sobre direitos humanos para com a Constituição.

2.4 Paradigma supraconstitucional

George Galindo⁷⁹¹ observa que o monismo com prevalência do direito internacional leva a crer que todos os tratados – mesmo os de direitos

⁷⁹⁰ Flávia Piovesan demonstra que enxergou essa ruptura, ao escrever: “O texto democrático ainda rompe com as Constituições anteriores ao estabelecer um regime jurídico diferenciado aplicável aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. À luz deste regime, os tratados de direitos humanos são incorporados automaticamente pelo Direito brasileiro e passam a apresentar status de norma constitucional, diversamente dos tratados tradicionais, os quais sujeitam à sistemática da incorporação legislativa e detêm *status* hierárquico infra-constitucional. (*Ob. cit.*, p. 84)

⁷⁹¹ *Ob. cit.*, p. 283.

humanos – possuem um status supraconstitucional. Flávia Piovesan⁷⁹² – apoiada em Hildebrando Accioly – acompanha o mesmo raciocínio ao afirmar que na contenda entre lei federal e tratado há aqueles que defendem a supralegalidade ou a supraconstitucionalidade dos tratados internacionais.

De fato, Hildebrando Accioly – ao advogar que os tratados internacionais revogam as leis que lhe são contrárias e que estas, mesmo posteriores, não podem ferir a validade daqueles – termina por afirmar que o direito internacional é superior ao direito interno.

Como quer que seja, é lícito sustentar-se, de acordo, aliás, com a opinião da maioria dos internacionalistas contemporâneos, que o direito internacional é superior ao Estado, tem supremacia sobre o direito interno, por isto que deriva de um princípio superior à vontade dos Estados. Não se dirá que o poder do Estado seja uma delegação do direito internacional; mas parece incontestável que este constitui um limite jurídico ao dito poder.⁷⁹³

Apesar de não ter ficado claro no pensamento do autor a posição da Constituição frente às normas de direito internacional, vez que conclui sobre o embate dos tratados com as leis, é sustentável afirmar existir aí uma defesa da supraconstitucionalidade na medida em que observa que a ordem jurídica internacional seria um limite para o Estado.

Não obstante tal assertiva repouse no âmbito das construções jurídicas sem ressonância no direito positivo, não há norma jurídica internacional

⁷⁹² *Ob. cit.*, p. 93 (nota de rodapé)

⁷⁹³ *Manual de direito internacional público*. 11ª ed.. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 5.

com esse conteúdo. Bem percebe isso Francisco Rezek⁷⁹⁴ que aglutina ainda o argumento de que no Estado soberano a Constituição é o vértice do ordenamento jurídico e nessa qualidade determina o nível que a norma internacional ocupa na órbita da soberania do Estado. Para o autor dificilmente as Constituições – em função da segurança jurídica – ficariam subordinadas pelos compromissos externos do Estado. Inclusive no caso de embate entre a Constituição e a norma *pacta sunt servanda* aquela deve prevalecer mesmo que isto acarrete um ilícito para a nação soberana.

O próprio Antônio Augusto Cançado Trindade⁷⁹⁵ – que segundo George Galindo⁷⁹⁶ tem proferido voto na Corte Internacional de Direitos Humanos no sentido de que alguns desses direitos teriam caráter jus cogens e, conseqüentemente, hierarquia supraconstitucional – defende o ponto de vista que a hierarquia dos tratados internacionais considerados na sua totalidade é dada pela Constituição dos Estados.

Celso de Albuquerque Mello talvez seja o autor brasileiro mais aguerrido em favor da tese da supraconstitucionalidade como se pode depreender nesta passagem:

A Constituição de 1988 no § 2º do art.5.º constitucionalizou as normas de direitos humanos consagrados nos tratados. Significando isto que as referidas normas são normas constitucionais, como diz Flávia Piovesan (...). Considero esta posição já como grande avanço. Contudo sou ainda mais radical no sentido de que a norma internacional prevalece sobre a norma constitucional, mesmo naquele caso em que uma

⁷⁹⁴ *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p.461-462.

⁷⁹⁵ *Ob. cit.*, p. 43.

⁷⁹⁶ *Ob. cit.*, p. 284.

*norma constitucional posterior tente revogar uma norma internacional constituconalizada. A nossa posição é a que está consagrada na jurisprudência e tratado internacional europeu de que se deve aplicar a norma mais benéfica ao ser humano, seja ela interna ou internacional. A tese de Flávia Piovesan tem a grande vantagem de evitar que o Supremo Tribunal Federal venha a julgar a constitucionalidade dos tratados internacionais.*⁷⁹⁷

A presente tese encontra sérios problemas, inclusive com a idéia de soberania implícita em sede de poder constituinte.⁷⁹⁸ Não há, em princípio, como visto na companhia de Francisco Rezek⁷⁹⁹ norma internacional positiva no sentido de assegurar primazia do direito internacional face ao direito interno. Ora, se tal argumento é verdadeiro, ainda mais plausível é a defesa de que a Constituição continua sendo nos dias atuais o pólo de poder máximo da sociedade politicamente organizada. Ademais fica um ponto de interrogação no pensamento de Celso de Albuquerque Mello. É que o autor inicialmente advoga a tese da supremacia, de modo incondicional, da norma internacional sobre a Constituição. Posteriormente, entretanto, defende a aplicação da norma mais favorável à vítima.

Aliás, a postura da supremacia incondicional dos tratados internacionais de direitos humanos sobre a Constituição cria problemas para se auferir a melhor norma a ser aplicada em favor do indivíduo. George Galindo vislumbrou exatamente essa faceta da questão.

⁷⁹⁷ *Ob. cit.*, p. 25.

⁷⁹⁸ A propósito dos limites do poder constituinte veja-se o item 2 do primeiro capítulo do presente trabalho.

*No campo dos Direitos Humanos, entretanto, a lógica pura e simples da supremacia tende a perder muito de seu espaço quando uma norma interna assegura mais eficientemente e amplamente determinado direito fundamental. Regeira, portanto, interpretação que beneficia a norma mais favorável ao indivíduo.*⁸⁰⁰

Interessante notar que logo em seguida o próprio George Galindo⁸⁰¹ afirma que certos direitos humanos teriam o caráter de supraconstitucionalidade quando dotados de natureza *jus cogens*.⁸⁰² Esta afirmação do autor tem suporte no direito natural, tanto que se apóia na seguinte passagem de Ernest Benda:

*Los inviolables e inalienables derechos humanos no han sido creados por la Ley Fundamental sino que ésta los contempla como parte integrante de un ordenamiento jurídico preexistente y suprapositivo. De este modo, se reconocen los últimos limites que ni siquiera el constituyente puede transgredir.*⁸⁰³

⁷⁹⁹ *Ob. cit.*, p. 461.

⁸⁰⁰ *Ob. cit.*, p. 283.

⁸⁰¹ *Ob. cit.*, p. 283 e 319.

⁸⁰² Dentre tantos problemas, o *jus cogens* enfrenta a falta de coercibilidade. O insuspeito George Galindo afirma: “Obviamente que é bastante difícil verificar a violação de uma norma *jus cogens* – como já se disse, desde a sua instituição, na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, em 1969, ainda não foi constatado nenhum caso pela Corte Internacional de Justiça, órgão que, pela própria Convenção, está incumbido de analisar violações ao *jus cogens*” (*ob. cit.*, p.321)

⁸⁰³ Dignidad humana y derechos de la personalidad. In: BENDA, Ernest et al. (Comps.). *Manual de derecho constitucional*. Madrid: IVAP; Marcial Pons, 1996. p.118.

Ernest Benda toma como referencial o conteúdo concreto da dignidade humana para assegurar que este tem hierarquia supratemporal.⁸⁰⁴ O problema do conceito de dignidade humana é sua fluidez⁸⁰⁵, sendo melhor auferido no embate do caso concreto.

Equivocadamente, George Galindo⁸⁰⁶ discorda de tal orientação sob o argumento de que em determinados casos a dignidade humana está tão fortemente impregnada em um direito que se dispensa a ponderação. Em primeiro, para se proceder a esta afirmativa teve-se que fazer a comparação entre valores⁸⁰⁷, e o que pode decorrer daí é que um valor se sobressai com uma carga de dignidade humana muito superior àquele com que foi comparado. Em segundo, não é regra a visibilidade da superioridade de um direito fundamental face a outro, em âmbito teórico: somente no intrincado caso concreto é possível opinar pela prevalência de um dos valores em disputa.

Em apreciação final, deve-se deixar assentado que a defesa do paradigma supraconstitucional para os tratados internacionais de direitos fundamentais merece aplauso no âmbito da filosofia constitucional, mas não parece ter chance de ser sustentada em face de uma hermenêutica que tome o texto magno em vigor no Brasil.

A própria tese da paridade constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos parte do comando da Carta Magna. E não há dispositivo na Carta brasileira de 1988 que admita a supraconstitucionalidade dos direitos fundamentais. Aliás, as denominadas cláusulas pétreas protegem tais

⁸⁰⁴ *Ob. cit.*, p. 122.

⁸⁰⁵ Sobre a fluidez conceitual de dignidade humana, veja-se o que ficou consignado no item 1 do presente capítulo.

⁸⁰⁶ *Ob. cit.*, p. 319.

⁸⁰⁷ Tal situação lembra muito a afirmativa tão conhecida quanto equivocada de que diante da clareza da norma não cabe interpretá-la.

direitos de emenda constitucional, mas não do poder constituinte originário – para os que admitem esta terminologia.

V – Supremacia constitucional e tratados sobre direitos humanos

1. Fundamento da supremacia

O grande mérito de Hans Kelsen⁸⁰⁸ foi o de procurar um fundamento de validade para o direito positivo dentro do próprio ordenamento jurídico. O insuspeito Hermann Heller reconhece a importância dessa proposição e com base nela termina por criticar seu autor porque, em última análise, abandona este paradigma com o objetivo de justificar a lógica do sistema que pretende engendrar.

El gran mérito crítico de Hans Kelsen ha sido el haber señalado que la validez jurídica no puede basarse en su establecimiento por un poder de voluntad no sometido a normas. Sin embargo, la solución que da al problema de la validez, apelando a la hipótesis de una “norma fundamental” que declara: condúctete tal como lo ordena el monarca o el parlamento, no es, en puridad, otra cosa sino un mero cambio de nombre de la voluntad estatal no trabajada por normas (...) Pues si es la norma fundamental “la que instaaura la autoridad constituyente” y si la Constitución extrae su “validez jurídicamente relevante, de esta norma originaria”, en tanto que su contenido procede “del acto empírico de voluntad de la autoridad constituyente” (...), vendremos así a tener, de una parte, una norma fundamental sin contenido y, por consiguiente, no sometida a normas, alias voluntad del Estado,

⁸⁰⁸ *Teoria pura do direito*. 6ª ed. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado-Editor, 1984. p.267.

*y, de otra parte, una Constitución que toma su validez de la voluntad, no sometida a normas, del Estado.*⁸⁰⁹

Em verdade, Hans Kelsen entrou num beco sem saída, vez que se toda norma tem seu fundamento de validade em outra, fatalmente chegaria a um comando fora do sistema positivo. Para ele, a *norma fundamental* (Grundnorm) do sistema “tem de ser *presuposta*, visto que não pode ser *posta* por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada”.⁸¹⁰

Se a teoria pura do direito é passível de crítica, não se pode obscurecer seu legado pragmático. Ao perceber que é impossível todas as normas conviverem no mesmo nível hierárquico, Hans Kelsen⁸¹¹ demonstra a necessidade prática de estabelecer um ordenamento escalonado para as normas jurídicas. E no plano concreto indicou a Constituição para ocupar o altiplano do sistema, da qual derivam todas as outras normas, guardando para com ela uma relação de subordinação. Nesta direção é que Paulo Bonavides⁸¹² afirma que até certo ponto os positivistas são os abalizados mestres da juridicidade dos textos constitucionais.

⁸⁰⁹ *Teoría del estado*. 2ª edición. México: Fondo de Cultura, 2002. p. 245.

Tradução livre: “O grande mérito crítico de Hans Kelsen foi de haver mostrado que a validade jurídica não pode se basear em sua execução por um poder de vontade não submetido a normas. Entretanto, a solução que dá ao problema da validade, apelando à hipótese de uma ‘norma fundamental’ que declara: conduz-te tal como ordena o monarca ou o parlamento, não é, em verdade, outra coisa senão mera troca de nome da vontade estatal não trabalhada por normas (...) Pois se é a norma fundamental ‘a que instaura a autoridade constituinte’ e se a Constituição extrai sua ‘validade juridicamente relevante, desta norma originária’, enquanto seu conteúdo procede ‘do ato empírico de vontade da autoridade constituinte’ (...), veremos assim a ter, por um lado uma norma fundamental sem conteúdo e, em consequência, não submetidas a normas, aliás vontade do Estado, e, por outra parte, uma Constituição que toma sua validade da vontade, não submetida a norma do Estado.”

⁸¹⁰ *Ob. cit.*, p. 269.

⁸¹¹ *Ob. cit.*, p. 310.

Bem antes da teoria pura do direito, George Jellinek⁸¹³ defendia a necessidade de uma Constituição – tanto para os Estados arbitrários quanto para os democráticos – como princípio de ordenação, temendo que sem ela triunfaria a anarquia.⁸¹⁴

Interessante notar com Nelson Saldanha que a idéia da necessidade da existência de uma norma superior a todas as demais – postulado que terminou por residir na Constituição – teve guarida no jusnaturalismo pelo argumento lógico de que tal concepção tinha por objetivo se prevenir contra a ação demolidora do legislador ordinário. Neste aspecto – lembra o autor – as declarações de direitos “havidas como base programática das próprias constituições foram entendidas como superiores às constituições: supraconstitucionais”.⁸¹⁵

Em paralelo a este raciocínio da existência de uma norma superior no seio do pensamento do direito natural, George Jellinek observou que havia no jusnaturalismo a coação interna representada por forças sociais

⁸¹² *Curso de direito constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p.139. Registre-se, de logo, que no equacionamento geral da problemática positivista, Paulo Bonavides não a recepciona.

⁸¹³ *Teoría general del estado*. México: Fondo de Cultura, 2002. p. 457.

⁸¹⁴ Interessante notar que o debate da Constituição como norma fundamental remete ao problema da própria existência do Estado. Há uma expectativa em torno do futuro do Estado enquanto pólo de poder. A propósito, V. Jürgen Habermas. *Mas allá del estado nacional*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998. 199p. Sobre a crise do Estado sob a perspectiva do Direito Internacional, V. Luigi Ferrajoli. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 46-52.

⁸¹⁵ Problemática da supremacia constitucional. *Revista de Direito Público*, São Paulo, a.XIV, ns.57-58, p.111, jan./jun.1981.

Observe-se que Nelson Saldanha não vê nenhum inconveniente nesta aspiração jusnaturalista, vem que para ele as declarações de direitos eram “testemunhos mais direto e mais vivo do ato revolucionário, do que as normas posteriormente elaboradas segundo competências e tramitações” (*Ob. cit.*, p.112)

Em última análise, a aspiração da tese do paradigma supraconstitucional dos tratados internacionais de direitos humanos termina por residir no jusnaturalismo, mormente no caso brasileiro onde inexistia previsão constitucional neste sentido. A propósito, veja-se o item 2.4 do capítulo anterior e especialmente a posição de Celso de Albuquerque Mello (O § 2.º do art.5.º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.25)

(costumes, classes profissionais, a imprensa e a própria literatura) agindo com muito mais eficácia que aquela que pode exercer o Estado, tanto que “el derecho consuetudinario derogatorio y las leyes en desuso prubam, harto claramente, que la coacción jurídica es incapaz de garantir por sí sola el derecho”.⁸¹⁶ O problema do naturalismo não é de fundamentação, mas de fluidez pragmática. De modo verdadeiro ou meramente aparente, fato é que o legalismo seduz com a proposta de maior garantia aos súditos.

E o temor dos súditos face ao modo como o direito será formulado não é descabido, mormente quando se percebe que a idéia motriz de supremacia normativa sempre esteve ligada à soberania do poder, como bem recorda Nelson Saldanha⁸¹⁷ acentuando que tal se deu bem antes do constitucionalismo.

Por certo que a idéia da supremacia constitucional torna-se evidente com a eclosão das revoluções liberais do século XVIII, quando se sentiu na repartição do exercício do poder a premente necessidade de se ter no plano normativo um documento de unidade do Estado. Neste sentido José Joaquim Gomes Canotilho afirma que a Constituição “confere à ordem estadual e aos actos públicos medida e forma”.⁸¹⁸ Neste mesmo diapasão Konrad Hesse⁸¹⁹ dá um passo a mais na sua análise, pois além de vislumbrar que a Constituição além de cumprir as tarefas de formação política da unidade também se converte em documento observado pela própria comunidade nas relações privadas.

Apesar de assistir razão a Paulo Bonavides⁸²⁰ quando acusa o positivismo jurídico-estatal de feição formalista de reduzir a Constituição à

⁸¹⁶ *Ob. cit.*, p. 322.

⁸¹⁷ *Ob. cit.*, p. 111.

⁸¹⁸ *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 241.

⁸¹⁹ Constitución y derecho constitucional. In: *Manual de derecho constitucional*. Madrid: IVAP; Marcial Pons, 1996. p.5.

⁸²⁰ *Ob. cit.*, p. 148.

técnica de organização do poder e exteriorização dos direitos, não se pode olvidar a importância deste aspecto, tão lucidamente invocado por Nelson Saldanha.

Mesmo sem adesão ao formalismo, porém, é corrente tomar-se a supremacia da constituição como um ponto de referência dentro do ordenamento, e tomar-se o próprio ordenamento como algo cuja “vida” depende da constituição: da consolidação que dela provém para as demais normas, das atribuições de competências que ela contém com vistas ao funcionamento dos “poderes” do Estado, e da produção de “normalidade” geral que surge da aplicação ao menos tácita e de seus dispositivos.⁸²¹

Com o advento da supremacia constitucional, houve a reformulação do conceito de ordenamento jurídico e implicações sobre a essa nova realidade. A partir do primado da supremacia, a Constituição passou a ser tratada como documento solene que mereceria processo legislativo mais complexo para sua modificação que aquele dispensado à lei ordinária.

Além da lei ordinária não poder se contrapor à Constituição, com mais razão está o legislador comum impossibilitado de mudá-la naquilo que lhe for vedado.⁸²² A dificuldade de modificação da Constituição decorre do respeito que se deve ter à constituinte que trás consigo a soberania do povo.

⁸²¹ *Ob. cit.*, p. 119.

⁸²² O Constituinte brasileiro de 1988 estabeleceu, além do processo formal diferenciado para modificação da Carta Magna, matéria sobre a qual é impossível a propositura de emenda (V. art.60,§ 4º da CF). Valmir Pontes Filho, em recente artigo advoga a tese de outras duas limitações materiais estabelecidas pelo constituinte: o conteúdo dos arts.1º, I a V e p. único, 3º, I a IV, 170, I a IX, 172 e 219 e os dispositivos do Ato das disposições constitucionais

É nesta arquitetura que se encontra a problemática dos direitos fundamentais egressos dos tratados internacionais. Se por um lado eles vêm agregar direitos aos indivíduos é preciso discutir com acuidade se tal operação ocorre de acordo com os demais postulados da Carta Magna. É lição clássica na hermenêutica que os dispositivos não podem ser avaliados em divórcio com o conjunto da ordem jurídica posta. Daí a necessidade de se observar a supremacia da Constituição sob pena de destruí-la mesmo quando se tem o mais altruísta dos propósitos.

2. Hermenêutica sistêmica

O direito parece ser forjado dentro da estética barroca, no sentido de que sua beleza corresponde à complexidade de sua revelação: a hermenêutica. E o exercício da interpretação jurídica⁸²³ – em sede de texto positivo – ganha contornos ainda mais delicados quando a exegese se ocupa da Constituição por força do princípio da supremacia que vincula todas as demais normas do sistema ao seu comando.

Em decorrência do princípio da supremacia da Constituição em relação às demais normas do sistema jurídico, é possível se eleger duas perspectivas para o exercício de sua interpretação, como notou Rodolfo Luis Vico.

transitórias (V. Limitações à reforma, novas reflexões. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, n. I, p.592-594, jan./jun. 2003).

⁸²³ Em sede de literatura jurídica, faz-se a distinção entre hermenêutica e interpretação. Para Carlos Maximiliano a hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar. Então, para ele, interpretação é o instrumental técnico de aplicação da hermenêutica. (In. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 1).

Creemos por nuestra parte, que la interpretación constitucional tiene, en principio, un doble objeto posible: o bien se procura con ella fijar el sentido de una norma constitucional; o bien interesa para fijar el sentido de una norma o de un comportamiento en relación a la Constitución (...) En el primer caso, se trata de atribuir un significado jurídico al texto de la misma, de modo de reconocer cuál es la conducta a la que está obligando, prohibiendo o permitiendo; (...) La interpretación “de” la Constitución es una operación de mediación imprescindible para poder introducir dicha norma en el mundo real.⁸²⁴

A tomada dessas duas perspectivas torna ainda mais delicado o problema da hermenêutica aplicada ao direito constitucional. A questão é que a interpretação realizada neste nível do ordenamento jurídico reclama acuidade especial pela possibilidade de efeitos que pode daí advir. Para se ter precisa relevância do problema, José Joaquim Gomes Canotilho⁸²⁵ afirma que a escolha do método de interpretação em direito constitucional é um dos problemas mais intrincados vivenciados pelos juspublicistas e que, no momento atual, existe um conjunto de métodos complementares formados em bases filosóficas, metodológicas e epistemológicas.

⁸²⁴ *Interpretacion constitucional*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993. p. 83-84.

Tradução livre: “Cremos de nossa parte, que a interpretação constitucional tem, em princípio, um duplo objeto possível: ou se procura com ela fixar o sentido de uma norma constitucional, ou então interessa para fixar o sentido de uma norma ou de um comportamento em relação a Constituição (...) no primeiro caso trata-se de atribuir um significado jurídico ao texto da mesma, de modo a reconhecer qual é a conduta à que está obrigado, proibido ou permitido (...) A interpretação da Constituição é uma operação imprescindível para poder introduzir a aludida norma no mundo real”.

⁸²⁵ *Ob. cit.*, p. 1136.

Momento interessante para a hermenêutica constitucional é a distinção entre norma e seu texto. Para Friedrich Muller,⁸²⁶ o teor literal da norma serve apenas de base para o programa da norma. Em outros termos: há uma expansividade do texto da norma dentro do sistema. Neste sentido, parece viável considerar que em torno do método hermenêutico-concretizador⁸²⁷ deve gravitar a interpretação, vez que este trabalha a partir do texto constitucional em face do problema.

Em se entendendo a interpretação da norma comprometida com o texto em sua inteireza, o paradigma sistêmico surge no cenário da hermenêutica. Daí afirmar Juarez Freitas que “todas as frações do sistema guardam conexão entre si, daí resultando que qualquer exegese comete, direta ou indiretamente, uma aplicação de princípios, de regras e de valores componentes da totalidade do Direito”.⁸²⁸ E antes dele, Carlos Maximiliano já vislumbrava que o próprio arsenal do exegeta deveria ser composto com a idéia do todo harmônico.⁸²⁹ Mas deve-se computar a Juarez Freitas a defesa veemente do método sistemático, chegando a reduzir toda hermenêutica a sua aplicação.

Em outras palavras, não se deve considerar a interpretação sistemática como simples elemento da interpretação jurídica. É a interpretação (p.73) sistemática, quando entendida em profundidade, o processo hermenêutico por excelência, de tal maneira que ou se compreendem os enunciados prescritivos no

Por evidente que o método hermenêutico-concretizador não dispensa as demais formulações metodológicas. Apenas aqui se defende que estas devem gravitar em torno de seu núcleo.

⁸²⁶ Métodos de trabalho do direito constitucional. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 53.

⁸²⁷ V. José Joaquim Gomes Canotilho (*ob. cit.*, p.1138)

⁸²⁸ *A interpretação sistemática do direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 70.

⁸²⁹ *Ob. cit.*, p. 3.

*plexo dos demais enunciados, ou não se alcançará compreendê-los sem perdas substanciais. Nesta medida, mister afirmar, com os devidos temperamentos, que a interpretação jurídica é sistemática ou não é interpretação.*⁸³⁰

O desejo de interpretação da norma em conjunto com as demais já tomou assento até em texto de norma escrita como faz notar Paulo Bonavides invocando a Constituição da Tchecoslováquia de 1948, ao estabelecer que “a interpretação das diversas partes da Constituição deve inspirar-se no seu conjunto e nos princípios gerais sobre os quais se alicerça.”⁸³¹

Todavia é preciso entender que o método sistêmico por ser problematizador pensa a complexidade, a instabilidade e a intersubjetividade, na análise de Maria José Esteves de Vasconcelos.⁸³² E nesta perspectiva não tem compromisso em revelar a *verdade*, mas antes de indagar sobre ela, tendo a lucidez de que a proposição apresentada pode ser superada por outra melhor elaborada.

Por evidente que absolutamente impossível a convivência da hermenêutica sistêmica com a postura positiva clássica do direito, pois este “na clausura lógico-analítica, assemelha-se ao isolado misantropo, quase totalmente incapaz de travar contato com a móvel e movente multiplicidade do mundo da vida” como bem observa Alexandre Pasqualini.⁸³³

Textualmente afirma Carlos Maximiliano: “Não basta conhecer as regras para determinar o sentido e o alcance dos textos. Parece necessário reuni-las e, num todo harmônico, oferecê-las ao estudo, em um encadeamento lógico” (*ob. cit.*, p. 5)

⁸³⁰ *Ob. cit.*, p. 74.

⁸³¹ *Ob. cit.*, p. 109.

É evidente que se trata de raríssima intervenção do poder constituinte sobre o problema hermenêutico, como faz notar o próprio autor (*ob. cit.*, p. 109)

⁸³² *Pensamento sistêmico: o novo paradigma da ciência*. Campinas (SP): Papyrus, 2002. p.147.

⁸³³ *Hermenêutica e sistema jurídico: uma introdução à interpretação sistemática do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 77.

Todavia a hermenêutica sistêmica não deve afastar a Constituição positiva da análise que pretende proceder. O insuspeito Paulo Bonavides, ao contrapor o sistema axiomático-dedutivo (positivista) ao de feição axiológico-teológico, apesar de criticar severamente o primeiro dos paradigmas, não deixou de apontar os riscos que o segundo pode representar.

Os reparos mais graves que se fazem ao sistema axiológico-teleológico derivam da facilidade com que ele conduz o intérprete ao afrouxamento da normatividade sacrificada ao chamado “espírito da Constituição” (...)

Arredando-se do positivismo formal, acercou-se ela dos valores e dos fins devidamente referidos aos conceitos de totalidade e sistema. Ocorre porém que essa referência a valores nem sempre se faz com a necessária atenção ao imperativo de preservar a juridicidade dos sistemas, mas com tal desenvoltura criativa que a resultante maior tem sido o subjetivismo, o critério ideológico absoluto, enfim, a politização absorvente de toda a Constituição, com baixa dos níveis de eficácia normativa e uma conseqüente queda da segurança jurídica.⁸³⁴

A Constituição positiva deve ser o norte da interpretação sistêmica, posto que insustentável qualquer conclusão sem ressonância no ápice do ordenamento, sob pena de se perder de vista o próprio sentido de ser do ordenamento jurídico. Há, em verdade, uma elasticidade no texto da norma, mas que deve ser exercido dentro dos limites constitucionais.

⁸³⁴ *Ob. cit.*, p. 117.

O grande problema pragmático da interpretação foi bem captado por Rogério Gesta Leal⁸³⁵ quando percebeu que a linguagem – mesmo escrita – por mais vocacionada que seja para a unicidade, sempre convive com a ausência de sentido patrocinada por vezes pelo próprio silêncio do texto. O § 2.º do art.5.º da Constituição parece ser exemplo clássico dessa dificuldade, o que tende a levar o exegeta a proceder apreciação quase literal de seus contornos.

Neste aspecto, a hermenêutica sistêmica ganha proeminência. E aqui reside uma sutileza: os juristas que advogam a tese de que os direitos humanos expressos em tratados internacionais ingressam no ordenamento brasileiro como normas constitucionais invocam a hermenêutica sistêmica para proceder tal afirmação. É preciso saber – como alerta Maria José Esteves de Vasconcelos – se ao utilizar a expressão *análise sistêmica* não se está “associando contraditoriamente aspectos de um pensamento novo-paradigmático, como a complexidade, o sistema, com um procedimento que é próprio do paradigma tradicional, a análise.”⁸³⁶

O problema é que o observador que assume a postura de análise não costuma pensar a articulação, cuidando antes do que é distinguido como diferente – conclui a mesma autora.⁸³⁷ O pensamento sistêmico, problematizante e somente se legitimado na complexidade que a parte mantém com o todo, não se conforma na aparência, antes deve se articular com a lógico do universo no qual está inserido.

Maria José Esteves de Vasconcelos é bastante explícita nesta passagem quanto à postura que o cientista comprometido com o pensamento sistêmico deve manter.

⁸³⁵ *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2000. p. 134.

⁸³⁶ *Ob. cit.*, p. 165.

Então, ao falarmos de um pensamento sistêmico novo-paradigmático, estaremos falando de uma epistemologia que implica distinções do observador nas três dimensões: de um cientista que pensa – ou distingue – a complexidade, sem tentar simplificar ou reduzir, buscando entender as conexões; de um cientista que pensa – ou distingue – a auto-organização como característica de todos os sistemas da natureza e assume as implicações de distingui-la; de um cientista que se pensa – ou se distingue – como parte de todo e qualquer sistema com que esteja trabalhando, o qual se constitui (ou se constrói) para ele, a partir de suas próprias distinções.⁸³⁸

Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz⁸³⁹ representa bem esta tendência sistêmica ao observar que, em sede de hermenêutica constitucional, o intérprete não pode agir arbitrariamente, vez que tem a Constituição como limite; mas, ao mesmo tempo, não pode se acomodar entendendo que a Carta Magna tenha um sentido já sedimentado o qual não possa ser contraposto àquele elaborado pelo intérprete.

É exatamente esta uma postura válida para quem quer, realmente, proceder uma apreciação sem tendências pré-estabelecidas e sem medo de colocá-la diante de novo paradigma, pois sabe que o conhecimento é um caminho de avanços e recuos, de que o novo só nasce do velho, mesmo quando este é superado, e de que todas as verdades científica são, em princípio, provisórias.

⁸³⁷ *Ob. cit.*, p.165.

⁸³⁸ *Ob. cit.*, p. 169.

⁸³⁹ *Constituição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1988. p. 230-231.

Note-se que a interpretação é a síntese de tensão entre a norma e a realidade. Logo o exegeta tem que tomar cuidado para não visualizar somente o caso diante do equacionamento jurídico nem visualizar somente este diante de si mesmo. Na primeira postura tem-se o casuísmo; na segunda, um exercício de abstração. São com estes pressupostos que se procede – a seguir – ao estudo de tópicos problematizantes da interpretação do § 2.º do art.5.º da Constituição Federal.

3. Tese da incorporação imediata

Aqueles que advogam a dignidade constitucional dos tratados internacionais sobre direitos fundamentais, defendem igualmente a incorporação imediata de tais instrumentos no ordenamento jurídico brasileiro, invocando para tanto o § 1º do art.5º da Carta Magna.⁸⁴⁰

A tese da incorporação imediata sustenta que os direitos fundamentais expressos em tratado internacional adentram ao ordenamento jurídico nacional no exato momento em que este tem sua formalização concluída, vale dizer: a partir da ratificação.⁸⁴¹

⁸⁴⁰ “§ 1.º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Observe-se que esta norma está topograficamente em local adequado. Deveria ela ser inserida no final do Título II da Constituição Federal, posto que, ao ser posicionada no final do art.5º, dá a falsa impressão de que somente os direitos e garantias individuais é que teriam aplicação imediata. E na melhor hermenêutica, o dispositivo está afirmando que os direitos e garantias fundamentais expressos em qualquer norma da Constituição reclamam aplicação imediata. E se o direito ou garantia lhe for negado por falta de norma regulamentadora, o constituinte colocou ao alcance do indivíduo o instrumento do mandado de injunção (art.5º, LXXI da CF).

⁸⁴¹ Nesse sentido, Fernando Luiz Ximenes Rocha defende que a Convenção Americana sobre dos Direitos Humanos tem aplicação imediata na ordem jurídica interna após a ratificação pelo Estado brasileiro (V. A incorporação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a.33, n.130, p.81, abril/jun. 1996).

Por evidente que não se está excluindo a participação do Congresso Nacional na aprovação do ato internacional, mas tão-somente a eliminação do decreto de execução – que é expedido pelo Presidente da República – como etapa da processualística comum aos demais tratados internacionais. Ao estudar os sistemas de vigência do direito internacional na ordem interna, André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros⁸⁴² chamam atenção para o sistema misto, segundo alguns tratados – a depender da matéria que portam – ingressam na ordem interna sem a necessidade da produção de qualquer ato doméstico, ao passo que os demais instrumentos internacionais reclamam normas de transformação para adentrarem no direito brasileiro.

Exatamente com base nesta lição é que Flávia Piovesan escreveu sobre a questão nos limites brasileiros.

*Importa esclarecer que ao lado da sistemática da “incorporação automática” do Direito Internacional, há a sistemática da “incorporação legislativa” do Direito Internacional. Isto é, se em face da incorporação automática os tratados internacionais incorporam-se de imediato ao direito nacional em virtude do ato da ratificação, no caso da incorporação legislativa os enunciados dos tratados ratificados não são incorporados de plano pelo direito nacional, mas, ao contrário, dependem necessariamente de legislação que os implementem.*⁸⁴³

⁸⁴² *Manual de direito internacional público*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1993. p.95.

Note-se, conforme ficou consignado no capítulo anterior que André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros sustentam a tese da supraconstitucionalidade para os tratados internacionais sobre direitos humanos ao cotejar o art.16 da Constituição portuguesa com a norma do art.5º, § 2º da Carta brasileira.

⁸⁴³ *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1997. p.106.

Com a ratificação, os tratados internacionais sobre direitos humanos desencadeariam efeitos nas órbitas interna e internacional ao mesmo tempo independentemente de qualquer outro ato. Esta conclusão se apóia na visão unitária da ordem jurídica fornecida pelo monismo, consoante conclui a própria Flávia Piovesan.⁸⁴⁴

Então tais autores admitem que a Constituição brasileira de 1988 consagrou o sistema misto para o ingresso dos tratados internacionais na órbita interna.⁸⁴⁵ Assim, quanto aos tratados internacionais sobre direitos humanos, a incorporação se verifica a partir da ratificação. Já no que se refere aos demais tratados, faz-se necessário o decreto de execução expedido pelo Presidente da República.

Antes de se adentrar ao mérito do problema da viabilidade de dois sistemas de incorporação dos tratados internacionais no âmbito da Constituição Federal, outro problema se impõe: exatamente a de saber qual a função do decreto presidencial, também apelidado de decreto de execução. Entende-se, geralmente, que o uso de tal decreto configura a adoção do modelo

⁸⁴⁴ *Ob. cit.*, p.107. Neste mesmo sentido pensa Valerio de Oliveira Mazzuoli (V. *Direito internacional: tratados de direitos humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001. p. 61). Note-se que o autor utiliza a expressão “sistema único diferenciado” para designar o conteúdo daquilo que se denomina sistema misto, que para ele tem outro sentido, explicado nestes termos: “É dizer, o iter procedimental é o mesmo, porém, com uma diferença final, consistente na incorporação automática dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos (CF, art.5º, § 1º)(...) O que se poderia denominar de misto, ao nosso ver, é o sistema adotado pela Constituição de 1988 no que tange à hierarquia dos tratados internacionais, e não no que se refere ao procedimento de incorporação desses mesmos tratados” (p. 316 e 318).

⁸⁴⁵ Para ratificar este posicionamento, Valerio de Oliveira Mazzuoli cita diversas Constituições, apontando os dispositivos que autorizam a interpretação da incorporação imediata. Este argumento demonstra exatamente que, quando o constituinte desejou a produção de tal efeito, o fez de maneira a mais cristalina possível. Não é este o caso da Constituição brasileira (*Ob. cit.*, p.58). Flávia Piovesan utiliza do mesmo raciocínio no sentido de citar outras Constituições como paradigma da tese da incorporação imediata dos tratados internacionais sobre direitos humanos (*Ob. cit.*, p.101-103).

dualista pela Constituição brasileira. O decreto de execução, portanto, teria o condão de transformar em norma interna o tratado internacional.

Não parece que assim seja, vez que a natureza internacional do tratado permanece mesmo depois de introduzido na ordem interna. O magistério de Pedro Dallari é nesta mesma direção e com uma lucidez e didática que vale a pena transcrevê-lo:

Freqüentemente, emerge o entendimento de que esse decreto presidencial de promulgação seria justamente, em uma ótica dualista, o diploma que daria validade ao tratado. Eu não entendo assim. Na verdade, o decreto serve simplesmente para atender ao princípio da publicidade, dando-se, com ele, ciência geral do ato de ratificação. E a evidência de que o conteúdo do tratado não se materializa no Direito brasileiro na forma de decreto decorre do simples fato de que uma série de tratados, em razão da sua matéria, incidem sobre temas disciplinados internamente por via de lei, no sentido estrito da palavra; nesses casos, se fosse para se introduzir o conceito do tratado através de uma norma de Direito interno, o veículo jamais poderia ser um decreto. Por exemplo, um tratado que disponha sobre bitributação não seria, na perspectiva dualista, compatível com um decreto, pois não é da alçada unilateral do Poder Executivo a introdução de regras que provoquem alguma modalidade de isenção ou desobrigação tributária. Ou, então, o caso de um tratado referente à extradição, matéria que fere o Direito Penal e o Direito Processual Penal e que não poderia ser normatizada por decreto. Daí porque, a meu ver,

*não ter o decreto o condão de ser o diploma que dá vida ao tratado, constituindo-se, isto sim, em fonte destinada a contemplar a necessária publicidade do ato de ratificação.*⁸⁴⁶

O que parece conferir corte dualista ao sistema jurídico é a exigência de lei reproduzindo o conteúdo do tratado internacional, o que inexistia na Constituição brasileira em vigor.⁸⁴⁷ Aliás, a regulamentação da processualística dos atos internacionais ocupa uma lacuna na historiografia constitucional brasileira que persiste até os dias atuais. Assim, não há a previsão no corpo da Constituição vigente do decreto de execução expedido pelo Presidente da República após a ratificação do tratado internacional. Esta prática – esclarece Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros⁸⁴⁸ – remonta à tradição portuguesa.

Parece bastante lúcido o pensamento de George Galindo⁸⁴⁹ quando diz ser difícil precisar na literatura jurídica brasileira a natureza do decreto de execução, vez que na língua portuguesa, a diferença semântica entre determinados vocábulos como *inserção*, *incorporação*, *transformação* e *integração* é bastante tênue. Para ele somente se pode distinguir a opção monista ou dualista

⁸⁴⁶ Normas internacionais de direitos humanos e a jurisdição nacional. *Revista Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região: Seminário Incorporação dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro*, São Paulo, p.31. 1997.

No mesmo sentido do autor, Mirtô Fraga. V. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno*. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p.63-65. Igualmente George Galindo. V. *Tratados internacionais de direitos humanos e constituição brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 152-153.

⁸⁴⁷ George Galindo nega a existência de um sistema misto na Constituição brasileira visando diferenciar o ingresso dos tratados internacionais de direitos humanos dos demais. Para ele não há qualquer modificação no *iter* procedimental de inserção dos tratados de direitos humanos. Apenas estes últimos dispensam qualquer lei para os pôr em vigor. Ainda assim, George Galindo admite a existência de lei para colocar em vigência tratados internacionais de direitos humanos quando tal for expresso no texto do documento convencional (*Ob. cit.*, p.310-311)

⁸⁴⁸ *O poder de celebrar tratados*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.p. 470.

Esclarece o autor que o Tratado de Reconhecimento da Independência e do Império entre Brasil e Portugal, celebrado a 29 de agosto de 1825, foi promulgado após a troca de ratificações, pelo Decreto de 10 de abril de 1826 (*Ob. cit.*, p. 470).

⁸⁴⁹ *Ob. cit.*, p. 146.

do autor indagando-se dele se o tratado internacional passa ou não a ter vigência com a simples ratificação.

Registre-se que ainda há aqueles que entendem que o decreto legislativo e não o decreto presidencial é que tem o condão de inserir o tratado internacional na órbita do doméstico direito brasileiro, como é o caso de José Carlos de Magalhães, ao comentar os arts.49,I e 84,VIII da Constituição Federal.

Vê-se, assim, que a competência do Presidente da República, estabelecida de forma privativa, é a de celebrar tratados, porém sujeitos a referendo do Congresso Nacional, ao qual cabe a competência exclusiva de resolver definitivamente sobre tratados. Assim, firmado o tratado, esgota-se a competência do Presidente, cabendo ao Congresso o poder de resolver sobre ele de forma definitiva, ratificando-o ou não. E, se o ratificou por meio de Decreto Legislativo, tal ratificação aperfeiçoa-se no plano interno, com plena obrigatoriedade de sua observância, cabendo ao Presidente apenas a responsabilidade de dar cumprimento à decisão do Congresso e, assim, executar a formalidade externa de depositar o instrumento de ratificação.⁸⁵⁰

Na mesma linha de considerar o decreto legislativo o responsável pela inserção do tratado internacional no âmbito do direito pátrio perfila-se Leonardo Avelino Duarte.

⁸⁵⁰ O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p.77.

Percebe-se um equívoco terminológico por parte do autor que atribui ao Congresso Nacional o poder de ratificar os tratados, quando esta é função do Poder Executivo. Ao legislativo toca aprovar ou não os tratados internacionais.

*Registre-se, para que não restem dúvidas sobre o que aqui se pretende explicar, que a ratificação terá apenas o condão de fazer executar uma lei (decreto legislativo que incorpora tratado) que se incorporou à ordem jurídica nacional. Em simples palavras, não é a ratificação que fará valer o tratado entre nós, e, sim, repita-se, o decreto legislativo.*⁸⁵¹

Já o Supremo Tribunal Federal – apesar de não estabelecer de modo evidente qual a natureza do decreto de execução – tem claro que este ato é indispensável para que os tratados internacionais de qualquer natureza tenham vigor no ordenamento nacional. Neste sentido pode-se depreender do voto do Ministro Celso de Mello, na condição de relator, quando do Agravo Regimental em Carta Rogatória n. 8.279-4 República Argentina.

Não obstante a controvérsia doutrinária em torno do monismo e dualismo, no plano do direito internacional público, tenha sido qualificada por CHARLES ROUSSEAU (“Droit International Public Approfondi”, p.3/16, 1958, Dalloz, Paris), como mera “discussion d’école”, torna-se necessário reconhecer que o mecanismo de recepção, tal como disciplinado pela Carta Política brasileira, constitui a mais eloqüente

⁸⁵¹ Estudos sobre a posição hierárquica dos decretos legislativos que incorporam tratados. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, a.8, n.33, p.76, out./dez. 2000.

Note-se que o texto do autor é dubio. Primeiro afirma que a ratificação “terá o condão de executar uma lei (decreto legislativo que incorpora tratado) que já se incorporou à ordem jurídica nacional”. Depois afirma que a ratificação somente pode ocorrer após o decreto legislativo. Fica a pergunta: o decreto legislativo preceda à ratificação ou esta àquele?

Por lógico que a ratificação é ato internacional, privativo do Executivo, que depende da aprovação do Congresso Nacional por meio de decreto legislativo. A ratificação é, pois, ato

atestação de que a norma internacional não dispõe, por autoridade própria, de exequibilidade e de operatividade imediatas no âmbito interno, pois, para tornar-se eficaz e aplicável na esfera doméstica do Estado brasileiro, depende, essencialmente, de um processo de integração normativa que se acha delineado, em seus aspectos básicos, na própria Constituição da República.

(...) impende destacar que o tema concernente à definição do momento a partir do qual as normas internacionais tornam-se vinculantes no plano interno excede, em nosso sistema jurídico, à mera discussão acadêmica em torno dos princípios que regem o monismo e o dualismo, pois cabe à Constituição da República — e a esta, somente — disciplinar a questão pertinente à vigência doméstica dos tratados internacionais.

Sob tal perspectiva, o sistema constitucional brasileiro — que não exige a edição de lei para efeito de incorporação do ato internacional ao direito interno (visão dualista extremada) — satisfaz-se, para efeito de executoriedade doméstica dos tratados internacionais, com a adoção de iter procedimental que compreende a aprovação congressional e a promulgação executiva do texto convencional (visão dualista moderada).

Uma coisa, porém, é absolutamente inquestionável, sob a égide de nosso modelo constitucional: a ratificação — que se qualifica como típico ato de direito internacional público — não basta, por si só, para promover a automática incorporação do tratado ao sistema de direito positivo interno. É que, para esse

que termina por formalizar o tratado internacional, que pela tradição da processualística

específico efeito, impõe-se a coalescência das vontades autônomas do Congresso Nacional e do Presidente da República, cujas deliberações individuais – embora necessárias – não se revelam suficientes, para, isoladamente, gerarem a integração do texto convencional à ordem interna, tal como adverte JOSÉ FRANCISCO REZEK (“Direito Internacional Público”, p.69, item n.34, 5ª ed., Saraiva).⁸⁵²

Na verdade, a problemática da inserção automática dos tratados sobre direitos humanos após a ratificação deve ocupar espaço secundário. Por evidente que a discussão deve ser no sentido de estabelecer de modo definitivo se o decreto de execução possui também natureza de transformar o direito internacional em interno, posto que se incumbe sem qualquer dúvida da publicidade do tratado internacional. E esta função é indispensável à segurança jurídica.

Poderiam objetar os partidários da tese da incorporação imediata que neste caso a publicação poderia não ocorrer. Ora, depois de ratificado o tratado, o Presidente da República tem o dever, sob pena de cometer crime de responsabilidade,⁸⁵³ de dar publicidade do tratado celebrado. Ademais, Saulo José Casali Bahia⁸⁵⁴ – invocando a analogia dos tratados internacionais com

brasileira reclama decreto do Presidente da República para ter vigência interna.

⁸⁵² www.stf.gov.br (Julgado em 17.06.1998 e publicado no Diário da Justiça em 10.08.2000)

Nesta decisão parece evidente que o Supremo Tribunal Federal toma o decreto de execução como de natureza transformadora, mas ao longo do tempo, considerando-se desde o famoso acórdão do Recurso Extraordinário nº 80.004-SE, a Corte Maior do Judiciário brasileiro não tem deixado suficientemente clara sua posição sobre o tema.

⁸⁵³ A configuração do crime de responsabilidade no caso de tratados internacionais sobre direitos humanos parece literal nos termos do art.85,III da Constituição Federal. E o mesmo dispositivo poderia ser invocado em caso de um tratado internacional qualquer, posto parecer indiscutível que a publicidade dos atos governamentais e principalmente de normas é direito individual e social a um só tempo.

⁸⁵⁴ *Tratados internacionais no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 66-67.

Textualmente, afirma o autor: “É certo que uma situação inconveniente poderia ser criada a partir do retardo da publicação do decreto presidencial, após o Executivo pátrio haver sido

os demais atos governamentais – entende com acerto e respaldando-se no art.66, § 7º da Constituição que se o Presidente da República não o fizer, deverá o Presidente do Senado fazê-lo e na sua inércia fará o Vice-Presidente da Câmara Alta do Parlamento.

Em sede de síntese conclusiva, pode-se dizer que o constituinte não sinaliza no sentido de compor o sistema misto para a recepção dos tratados internacionais na ordem jurídica brasileira. Impossível – diante da Carta Magna em vigor – estabelecer uma processualística especial para a celebração dos tratados internacionais sobre direitos humanos. Acrescente-se ainda o fato de ser o decreto de execução mero instrumento encarregado de dar publicidade ao tratado celebrado. A este pensar, ato indispensável à segurança jurídica.

comunicado do início da vigência internacional do tratado. Esta situação poderia prolongar-se por meses e mesmo anos, sofrendo os jurisdicionados nacionais a falta de aplicação interna da norma já plenamente válida a nível internacional, o que poderia mesmo causar responsabilidade internacional ao país.

Deve-se recordar, todavia, que a situação é símile à relativa à lei não promulgada pelo Presidente da República após a sanção tácita ou a rejeição do veto, quando a Constituição previu a possibilidade de promulgação pelo Presidente do Senado, no mesmo prazo, ou, sucessivamente, pelo Vice-Presidente daquela Casa (art.66, § 6º). A analogia, assim, é solução perfeitamente cabível para a hipótese.” (p. 67)

Vale notar que com a Emenda Constitucional n. 32 o antigo § 6º do art.66 da Constituição Federal passou a ser conteúdo do § 7º do mesmo dispositivo.

§ 7º. Se a lei não for promulgada dentro de quarenta e oito horas pelo Presidente da República, nos casos dos §§ 3º e 5º, o Presidente do Senado a promulgará, e, se este não o fizer em igual prazo, caberá ao Vice-Presidente do Senado fazê-lo.

Note-se que a tese de Saulo José Bahia deve ser acatada sem qualquer restrição pelo Supremo Tribunal Federal vez aqui o entendimento prevalente é de que o tratado internacional tem a mesma hierarquia da lei. Logo a analogia é irrecusável. E mesmo em se considerando o tratado internacional acima da lei (posição aqui defendida para os tratados internacionais sobre direitos humanos) também não se vislumbram dificuldades para a mesma tese, posto que, neste caso, a hierarquia normativa dos tratados requerer do mesmo modo (ou ainda mais) a garantia a publicidade.

4. Problema das cláusulas pétreas

O poder constituinte, preocupado em proteger as matrizes estruturais de sua obra, dotou a Constituição brasileira de 1988 – em atitude pioneira na história nacional – de um núcleo imodificável por qualquer dos processos de reforma (emenda e revisão constitucionais).⁸⁵⁵ Tratou a Constituição “de investir na sua própria estabilidade, e de expressar por si mesma um apreço incomum, um forte e justificado sentimento de auto-estima”, na bela imagem construída por Carlos Ayres Britto.⁸⁵⁶

Interessante notar com Pinto Ferreira⁸⁵⁷ que a idéia de cláusula pétrea surgiu nos Estados Unidos da América, baseada na concepção de que a federação não é insuscetível de emenda constitucional.

A corrente partidária de que os tratados internacionais sobre direitos humanos ingressam na ordem jurídica interna com status de norma constitucional, advogam, por conseqüência lógica, que tais direitos se incorporam com a qualidade de cláusula pétrea. Note-se, entretanto, que os arquitetos desta visão hermenêutica defendem que somente os direitos individuais consagrados nos tratados ingressam na órbita das cláusulas pétreas.⁸⁵⁸

⁸⁵⁵ As cláusulas pétreas estão disciplinadas como limites ao processo legislativo por ocasião do art.60,§ 4º da Constituição Federal.

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I – a forma federativa de Estado;

II – o voto direto, secreto, universal e periódico;

III – a separação dos Poderes;

IV – os direitos e garantias individuais.

⁸⁵⁶ A constituição e os limites de sua reforma. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, n.1, p.231, jan./jun. 2003.

⁸⁵⁷ As emendas à constituição, as cláusulas pétreas e o direito adquirido. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte: Del Rey, n.1, p.216, jan./jun. 2003.

⁸⁵⁸ V. Flávia Piovesan. *Ob. cit.*, p. 99. Igualmente Valerio de Oliveira Mazzuoli. *Direitos humanos & relações internacionais*. Campinas(SP): Agá Juris, 2000. p. 114.

Segundo Gilmar Ferreira Mendes está fora de dúvida – sob a ótica da Constituição brasileira vigente – existência de direitos fundamentais de caráter social (V. *Direitos fundamentais e controle*

Como se pode aquilatar, entender que os tratados internacionais sobre direitos humanos ingressam no ordenamento jurídico brasileiro com dignidade constitucional implica duas conseqüências vitais: a inserção de tais direitos (ao menos os individuais) no bloco das cláusulas pétreas, e a discussão a propósito da denúncia dos tratados.

Tome-se, inicialmente, a questão das cláusulas pétreas. A hermenêutica dos que sustentam a inserção dos direitos humanos egressos de tratados internacionais interage uma leitura do artigo 5º, §§ 1º e 2º com o teor do estipulado no artigo 60,§ 4º, IV, todos da Constituição Federal.

Aparentemente o raciocínio é perfeito, mas encontra dificuldades em face de uma análise verdadeiramente sistêmica. A grande falha desse pensamento reside no fato de fazer uma leitura livre do disposto no § 2º do art. 5º do texto magno. Este dispositivo deve ser lido consoante os ditames dos artigos 49,I e 60,§§ 2º e 4º, todos da Carta Magna.

Em primeiro, é preciso perceber que a existência do núcleo imodificável da Constituição proíbe que dela sejam retirados determinados valores consagrados ou incutidos outros considerados antagônicos. Inicialmente pensa-se que suprimir é materialmente retirar o existente sem nada lhe colocar no lugar.

Mas a questão não é tão simples como parece. Imaginemos – a título de exemplo – que o Brasil venha a ser signatário de um tratado internacional onde fique proibida qualquer modalidade de prisão de natureza

de constitucionalidade. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999. p. 46).

Em sendo assim, Ivo Dantas, por exemplo, advogando a tese da indivisibilidade dos direitos fundamentais, afirma que os direitos sociais possuem assento nas cláusulas pétreas. V. Jurisdição constitucional e a promoção dos direitos sociais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.435-450.

civil. Neste caso, a prisão do devedor voluntário de alimentos – apesar de prevista na Constituição – seria suprimida. Poder-se-ia argumentar que tudo se resolveria pela ponderação face à colisão de direitos.

Contra esta solução insurge-se Saulo José Casali Bahia,⁸⁵⁹ para quem não se aplica a regra de preponderância da norma mais favorável quando em disputa norma constitucional e tratado internacional (mesmo de direitos humanos) pelo desnível hierárquico existente entre ambos. Para o autor é possível que uma emenda constitucional venha reduzir direitos humanos consagrados em tratados internacionais pelo fato do poder constituinte derivado – enquanto expressão da soberania – só reconhecer limites nos direitos fundamentais originariamente elencados no texto magno.

Há, no mundo concreto, situações que – mesmo se admitindo a ponderação de direitos – as soluções não seriam simples. Por exemplo: saber se o direito à vida do alimentado assegurado pelo poder constituinte e com assento nas cláusulas pétreas pode ceder lugar ao direito de liberdade do devedor de alimentos por votação simples do Congresso Nacional. Não parece algo fácil ponderar nestes termos.

Outrossim, cabe um breve parêntesis para se afirmar que o intérprete deve estar atento para discernir no âmbito do título II da Constituição Federal quais são os direitos e garantias fundamentais é aquilo que não o é, apesar de ali se encontrar inserido. Com isso se quer dizer que é possível emenda constitucional para suprimir alguns valores que ali estão obrigados, mas que não, ontologicamente, direitos ou garantias fundamentais.⁸⁶⁰

⁸⁵⁹ *Tratados internacionais no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 119.

⁸⁶⁰ Somente as cláusulas pétreas significam limites ao legislador. Esta vinculação se expressa de duas formas: negativa e positiva. Pela primeira, não pode o legislador suprimir os direitos e garantias assegurados nas cláusulas pétreas; pela segunda, deve ele produzir normas para assegurar a aplicabilidade desses mesmos direitos e garantias. V. Manuel Medina Guerrero. La doble vinculacion del legislador a los derechos fundamentales. In. *La vinculacion negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid: Ciencias Juridicas, 1996. p.4.

Veja-se, por exemplo, a pena de morte em caso de guerra (art. 5º, XLVII, *a*, da CF). Parece indiscutível a viabilidade de emenda constitucional no sentido de suprimi-la. Afinal não se trata direito fundamental do indivíduo a morte autorizada pelo Estado em caso de guerra. É possível e até desejável que se agreguem direitos fundamentais à Constituição, mas tal só é viável por meio de emenda, nunca de tratados internacionais.

Em essência, o que os partidários da tese dos tratados internacionais sobre direitos humanos defendem é que estes emendam a Constituição. É verdade que tentam negar o efeito de emenda que os tratados de direitos humanos possuem ao pretenderem sustentá-los como cláusula pétrea, como se percebe neste trecho de George Galindo.

É equivocada a associação entre a inclusão de direitos fundamentais em virtude de uma cláusula aberta e as emendas constitucionais. Os tratados de Direitos Humanos não retiram seu status constitucional do iter legislativo em que são aprovados, quer ele exija quórum qualificado para a aprovação ou não. Este status é retirado, primeiramente, de sua natureza internacional, e, secundamente, da matéria regulada, qual seja, concernente aos direitos fundamentais, o que leve a crer que, por conta disso, são normas materialmente constitucionais.⁸⁶¹

Este argumento não resiste à análise rigorosa. De logo, vislumbra-se que não há dispositivo na Constituição – nem interpretação insuspeita – assegurando supremacia qualificada aos tratados internacionais,

⁸⁶¹ *Ob. cit.*, p. 304.

muito menos de ocuparem a dignidade máxima na ordem jurídica nacional. Ademais, recorde-se à lição de Francisco Rezek⁸⁶² de que o primado do direito internacional sobre a ordem jurídica doméstica é construção dos juristas, inexistindo norma asseguratória de tal pretensão. Acrescente-se, ainda, que mesmo os tratados internacionais de direitos humanos não podem ingressar como norma constitucional – e ainda mais como cláusula pétrea – desprestigiando o quórum estabelecido pelo constituinte para alteração de sua obra.

Percebe-se, nitidamente, a contradição quando se observa que os tratados internacionais de direitos humanos podem ingressar na ordem jurídica interna com status de norma constitucional imodificável pela aprovação de maioria simples do Congresso Nacional e, conseqüentemente, não podem sequer ser objeto de deliberação para deixar o ordenamento pátrio mesmo se for esse o desejo de três quintos dos membros do Poder Legislativo – exatamente o quórum reservado para as emendas à Constituição. Daí a intervenção de Valerio de Oliveira Mazzuoli.

*Ou seja, à partir do ingresso de um tratado internacional de direitos humanos no ordenamento constitucional brasileiro, todos os seus dispositivos normativos passarão, desde o seu ingresso, a constituírem cláusulas pétreas, não mais podendo ser suprimidos.*⁸⁶³

Esta situação é de contradição tão evidente que apesar de Pedro Dallari⁸⁶⁴ ser simpatizante da paridade entre as normas constitucionais e os

⁸⁶² *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984. p.461.

⁸⁶³ *Ob. cit.* p. 115.

⁸⁶⁴ *Constituição e tratados internacionais*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003. p. 61 e 141.

tratados internacionais sobre direitos humanos termina por defender a utilização de quórum qualificado para aprovação destes pelo Congresso Nacional. Daí toda razão assistir a Paulo Gustavo Gonet Branco quando afirma que “promover regras de direito internacional ao status de normas de direito constitucional apresenta a potencialidade de abalar a rigidez da Constituição”.⁸⁶⁵ Ainda mais didático é Luiz Alberto David Araújo.

Se o constituinte teve tanto cuidado no descrever do processo de emenda constitucional, exigindo quorum qualificado e dois turnos de votação (§ 2º, do art.60), iniciativa especial (incisos I, II e III do art.60), não se pode permitir que a Constituição seja alterada por um decreto legislativo, espécie normativa prevista no art.59,VI, que exige um quorum singelo de aprovação (art.47) (...) Não há espaço na interpretação para que se chegue à conclusão de que a Constituição Federal possa ser alterada por maioria simples.⁸⁶⁶

Costumam os autores partidários da corrente que defende a paridade entre as normas constitucionais e os tratados internacionais sobre

É verdade que o autor defende o quórum de três quintos de cada Casa do Congresso Nacional para aprovação dos tratados internacionais. Mas percebe-se que este não é o mesmo quórum para aprovação das emendas, pois para estas exige-se a votação de três quintos em dois turnos de votação em cada Casa do Congresso Nacional.

Não se pode deixar de notar que a proposta de Pedro Dallari visa dá superioridade aos tratados internacionais face à lei. Ora, se tal quórum é necessário para este fim, somente se pode admitir que os tratados internacionais sobre direitos humanos ingressem no ordenamento jurídico no patamar de cláusulas pétreas se aprovado com o mesmo quórum exigido para as emendas constitucionais.

⁸⁶⁵ Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p.163.

⁸⁶⁶ A impossibilidade de prisão do depositário infiel, o pacto de São José e a decisão do Supremo Tribunal Federal. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, a.2, n.4, p.83-90, nov./jun.1998.

direitos humanos – e por conseqüência o assento deste dentre as cláusulas pétreas – invocar a Constituição da Argentina para ratificar a interpretação que pretendem esboçar na Carta Magna nacional.

Acontece, porém, que a reforma de 1994 deu à Constituição argentina um artigo que, de modo claro, estabelece a paridade entre os tratados de direitos humanos e as demais normas constitucionais. O atual artigo 75, inciso 22 da Carta argentina diz, de logo, que os tratados de um modo geral são superiores à lei. Em seguida indica – dentre os aprovados antes da reforma – quais os que possuem status de norma constitucional. E, finalmente, afirma, peremptoriamente, que os tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados com dois terços dos votos de cada uma das Câmaras do Poder Legislativo alcança status constitucional.

Interessante perceber que Bidart Campos defende a tese de que mesmo os tratados internacionais de direitos humanos já aprovados, se submetidos à nova votação nas duas Câmaras com quorum qualificado exigido pelo novo artigo 74, inciso 22, adquirem nível constitucional.

Es viable que esta duplicación a que, después de la reforma, se encare otorgar jerarquía constitucional a tratados que ya han sido aprobados y ratificados con anterioridad. Es la hipótesis de muchos tratados sobre derechos humanos – como a título de ejemplo puede recordarse los de derecho humanitario, o Convenciones de Ginebra – que desde antes del 24 de agosto de 1994 formaban parte de nuestro derecho interno, y a los que quizá después de esa fecha se les confiera rango constitucional, caso en el cual a la aprobación que tuvo lugar oportunamente

*se le debe añadir el procedimiento de quorum agravado para que adquirieran aquel rango.*⁸⁶⁷

Existe, finalmente, uma questão que merece apreciação ao menos tangencial: trata-se de saber se todos os tratados internacionais precisam passar pelo crivo do Congresso Nacional.⁸⁶⁸ Grande parte dos juristas nacionais entende que o texto constitucional vigente exige a participação do Poder Legislativo na aprovação de quaisquer atos internacionais.⁸⁶⁹ Mas Luis Ivani de Amorim Araújo – apesar de partidário da necessidade de aprovação de todos os atos internacionais pelo Congresso Nacional – testemunha a divergência:

A necessidade de o Congresso Nacional apreciar todos os tratados concertados pelo Presidente da República – e não apenas os que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional – é para nós um imperativo categórico,

⁸⁶⁷ *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. Tomo VI. Buenos Aires: Ediar, 1995. p. 569. Tradução livre: “É viável que esta duplicação a que, depois da reforma, se encare outorgar hierarquia constitucional a tratados que já foram aprovados e ratificados anteriormente. É a hipótese de muitos tratados sobre direitos humanos – como a título de exemplo pode-se recordar os de direito humanitário, ou Convenção de Genebra – que desde antes de 24 de agosto de 1994 formavam parte de nosso direito interno, e aos que talvez, depois dessa data, se lhes confira nível constitucional, caso em que à aprovação que se realizou oportunamente deve-se acrescentar o procedimento de quórum qualificado para que adquira aquele nível.”

⁸⁶⁸ A discussão procede tendo em vista a redação do art.49,I da Constituição Federal, que à primeira vista somente exige a participação do Poder Legislativo quando o tratado importar em encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

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

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

⁸⁶⁹ V. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Comentários à constituição brasileira de 1988*. 2º v (arts. 44 a 103). São Paulo: Saraiva, 1992. p. 21; Pinto Ferreira. *Comentários à constituição brasileira*. 2º v (arts. 22 a 53). São Paulo: Saraiva, 1990. p. 548.

*não obstante a diversidade doutrinária reinante entre os juristas.*⁸⁷⁰

Francisco Rezek⁸⁷¹ defende a possibilidade da dispensa da aprovação do Congresso Nacional nos casos de acordo executivo como subproduto de tratado vigente e como expressão da diplomacia ordinária. Já José Sette Câmara tem uma postura ainda mais arrojada, pois defende a possibilidade do Executivo celebrar tratados desde que não acarretem encargos ao patrimônio nacional.

(...) parece evidente que o Congresso Nacional só tem competência exclusiva para ‘decidir definitivamente’ sobre tratados e atos internacionais quando esses ‘acarretem encargos e compromissos gravosos ao patrimônio nacional’. A decisão sobre qualquer outro tratado, por maior que seja a sua importância, passa a ser da competência exclusiva do Executivo. Se o ‘patrimônio nacional’ não for de qualquer modo atingido, o Executivo tem as mãos livres para ratificar

⁸⁷⁰ *Curso de direito internacional público*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 36.

⁸⁷¹ *Ob. cit.*, p. 314-325. A propósito do acordo executivo como subproduto de tratado vigente, assim se expressa o autor: “Neste caso a aprovação congressual, reclamada pela carta, sofre no tempo um deslocamento antecipativo, sempre que, ao aprovar certo tratado, com todas as normas que nele se exprimem, abona o Congresso desde logo os acordos de especificação, de detalhamento, de suplementação, previstos no texto e deixados a cargo dos governos.” (p. 314). Já ao explicar o acordo executivo como expressão de diplomacia ordinária, Francisco Rezek centra sua atenção nas atribuições que o Executivo pode desempenhar sem o auxílio do Legislativo: “(...) incumbe-lhe estabelecer e romper, a seu critério, relações diplomáticas, decidir sobre o intercâmbio consular, sobre a política de maior aproximação ou reserva a ser desenvolvida face a determinado bloco, sobre a atuação de nossos representantes no seio das organizações internacionais, sobre a formulação, a aceitação e a recusa de convites para entendimentos bilaterais ou multilaterais tendentes à preparação de tratados” (p.317).

*qualquer tratado independentemente de aprovação legislativa.*⁸⁷²

Durante a pesquisa empreendida, não se encontrou nenhum jurista partidário da paridade entre os tratados internacionais sobre direitos humanos e a Constituição, defendendo ser desnecessária a aprovação do Legislativo em tais casos. Todavia, sob o argumento de que aludidos tratados internacionais – quando não importarem em gravame patrimonial – agregam direitos ao ser humano, é possível que se comece a defender da tese da celebração exclusiva do Poder Executivo.

Muito a propósito, observa Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros⁸⁷³ que encargo é palavra vaga, podendo incluir toda espécie de obrigação. Há situações em que não fica evidente a presença do encargo. Apenas para argumentar, tome-se o mesmo exemplo de supor o Brasil ser signatário de tratado internacional que proíba qualquer espécie de prisão por dívida. Em aparência, tal tratado não acarreta ônus para o Estado brasileiro. Em prevalecendo o entendimento de que o Executivo pode celebrá-lo sem aprovação do Congresso Nacional – exatamente por falta de encargo – aquele poder passaria a introduzir no ordenamento brasileiro direito fundamental com status de cláusula pétrea.

O sistema dos freios e contrapesos existente entre os poderes executivo e legislativo deve ser prestigiado no regime democrático. E a inclusão de direitos fundamentais no ordenamento jurídico nacional deve não só exigir a participação do Congresso Nacional, mas que tal se dê com quórum qualificado tendo em vista que se está inserindo direitos intocáveis a qualquer processo de reforma constitucional. Ao se entender de modo diverso, fica patente a

⁸⁷² Apud Antonio Paulo Cachapuz Medeiros. *Ob. cit.*, p. 387.

contradição já antes referida. Pode-se aglutinar direitos ao texto constitucional protegidos pelas cláusulas pétreas por meio de decreto legislativo (ou nem isso no caso de entendê-lo desnecessário por falta de encargo provocado pelo tratado) e estes não poderiam ser suprimidos mesmo que houvesse a vontade qualificada (número exigido para emendar a Constituição) dos membros do Parlamento.

Além dessas dificuldades, acrescente-se outra que os partidários da tese da paridade entre os tratados internacionais de direitos humanos e a Constituição não conseguem resolver nem mesmo chegar ao consenso: a denúncia dessa espécie de tratados internacionais.

George Galindo representa bem a vacilação dos internacionalistas diante da possibilidade da denúncia dos tratados internacionais de direitos humanos.

Do ponto de vista do Direito Constitucional, a denúncia se assemelha, em seus efeitos, a uma emenda supressiva, agravada pelo fato de que, no Brasil, a denúncia dos Tratados é de competência exclusiva do Chefe do Executivo.

Este é um enorme problema a que Constituição não trouxe qualquer resposta (...)

Na verdade, deve-se afirmar que, diante do silêncio constitucional brasileiro, a possibilidade de denúncia de tratados, mesmo de Direitos Humanos, permanece – embora deva-se ressaltar a necessidade de um procedimento mais complexo, contendo a intervenção do Parlamento, para a denúncia de tais tratados. Todavia, a denúncia não produz

⁸⁷³ *Ob. cit.*, p. 387.

*efeitos práticos, uma vez que os direitos consagrados nos tratados são definitivamente inseridos no corpus constitucional brasileiro, permanecendo com estatura hierárquica constitucional.*⁸⁷⁴

Por seu turno, Flávia Piovesan⁸⁷⁵ – apesar de afirmar que nos tratados internacionais de direitos humanos geralmente há determinação no sentido de que a denúncia não exime o Estado-parte de cumprir com as obrigações até antes da denúncia –, não define os efeitos que este ato produz face aos direitos fundamentais já incorporados ao ordenamento nacional.

Valerio de Oliveira Mazzuoli⁸⁷⁶ defende a possibilidade de denúncia dos tratados internacionais de direitos fundamentais, mas esta não surtiria qualquer efeito na ordem jurídica brasileira – mesmo se houvesse, para tanto, a conjugação das vontades do Executivo e do Legislativo –, vez que estes já estariam definitivamente incorporados com dignidade de cláusula pétrea ao ordenamento jurídico brasileiro.

Aliás, sem se concordar com a conclusão de Valerio de Oliveira Mazzuoli, seria desejável que o Parlamento participasse no processo de denúncia. Trata-se de uma questão, antes de tudo, lógica. Ora, se o Congresso Nacional aprova o tratado internacional, é porque o deseja inserido na ordem jurídica nacional. Então, na hora da denúncia – que significa a cessão de efeitos do documento normativo que aprovou – deixa de ser ouvido. Não parece razoável que o Legislativo passe ao Executivo um *cheque em branco* no momento em que aprova o tratado para que este, utilizando-se do poder discricionário, denuncie o tratado.

⁸⁷⁴ *Ob. cit.*, p. 306 e 307.

⁸⁷⁵ *Ob. cit.*, p. 99.

Como se pode perceber, a concepção que advoga a paridade entre tratados internacionais de direitos humanos e a Constituição esbarra em situações, no mínimo, vexatórias. É lógico que – diante dos ditames da Constituição em vigor – o tratado internacional de direitos humanos pode ser denunciado e, por consequência, serem suprimidos do ordenamento nacional os direitos e garantias que contemplava face à sua posição de infraconstitucionalidade.

⁸⁷⁶ *Direitos humanos, constituição e os tratados internacionais*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p. 313.

Conclusões

1. O poder constituinte tem natureza essencialmente política e apesar de não conhecer limites formais, encontra restrições materiais ao seu exercício, sendo exemplo disso os direitos humanos, principalmente nas nações conscientes de sua dignidade. Em verdade, os direitos humanos vinculam o poder constituinte. E, por lógico, a experiência da civilização almeja agregar direitos e garantias fundamentais. Imagine se seria concebível hoje a renovação do regime escravagista no modelo econômico brasileiro.

2. Os direitos humanos limitam o poder constituinte e, conseqüentemente, o poder de reforma. Não se pode excluir direitos fundamentais consagrados na Constituição, mas, por outro lado, somente é possível se pode incluí-los mediante processo formal autorizado pela Norma máxima do ordenamento jurídico. A inclusão e a exclusão de direitos fundamentais expressa a mais nítida legitimidade do princípio da segurança jurídica pelo exercício do Poder.

3. A Constituição é todo unitário formado por normas distintas em regras e princípios. Estes – dotados de juridicidade – constroem a arquitetura macro-sistêmica pelo seu conteúdo de maior fluidez que aqueles encontrados nas regras. Os princípios emprestam ao sistema maior mobilidade diante das diversas situações que a vida costuma engendrar e que a rigidez das normas não consegue equacionar de pronto. Por outro turno, somente as normas são dotadas para atender os casuísmos que os princípios tangenciam.

4. Existe no seio da Constituição brasileira posta uma hierarquia entre os princípios nela consagrados. E esta superposição garante com maior segurança a

idéia de unidade. É lógico que tal constatação não inviabiliza o exercício da ponderação entre os princípios, antes fornece o norte para as soluções do caso concreto. Deve-se deixar assentado que a idéia de hierarquia não contraria aquela de unidade. Pelo contrário, por vezes facilita a coordenação do conjunto. É evidente que a hierarquia dos princípios não elimina a ponderação. O princípio da dignidade da pessoa humana é absoluto na Constituição brasileira posta. Não obstante, o modo como ele irá se manifestar, dependerá do embate realizado entre as pretensões deduzidas e aí somente a ponderação é capaz de solucionar o problema.

5. Direitos fundamentais é desses conceitos portadores de fluidez: prova-se isso com as várias expressões que se candidatam a representá-los (*direitos humanos, direitos dos povos, direitos civis, liberdades públicas e direitos da personalidade* dentre outros). E o problema conceitual somente tende à complexidade com a alta velocidade com que esse plexo agrega novos valores.

6. Dentre todas essas expressões, *direitos fundamentais* torna-se a melhor para traduzir o plexo de garantias existentes na interação do indivíduo em face do Estados e nas próprias relações intersubjetivas. A escolha dessa locução diz respeito a sua maior capacidade de recepcionar valores por vir. E dentre todas parece ser a menos dotada de particularismo.

7. Os direitos fundamentais passaram a definir a própria existência da Constituição desde o art.16 da Declaração dos Direitos do Homem de 1789, que afirma: “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada nem determinada a separação dos poderes, não há Constituição”. Esse dispositivo inaugura um novo paradigma na Ciência Política e no Direito. A partir de então,

se desmistifica o Poder. Não é mais ele produto dos Deuses nem de seus prepostos. Ele é produto do embate entre os seres humanos. E cabe aos seus atores humanizar o Poder. É esta busca incessante que faz girar a engrenagem dos anseios por novos direitos fundamentais.

8. A expansão do catálogo dos direitos fundamentais tem por substrato o evoluir da história: não há qualquer direito fundamental que despreze a experiência humana no seu embate face ao poder instituído. São eles históricos, no sentido dialético. E nisso reside sua incomensurável beleza. O grande problema dos direitos fundamentais é da sua concretização, mormente nos países periféricos, posto que à medida que vão se aglutinando, o Estado subdesenvolvido não consegue dar vazão a todos eles.

9. A sustentação de uma teoria filosófica capaz de se ocupar de modo irreparável dos direitos fundamentais é um dos mais intrincados problemas da epistemologia.

10. Impossível haver o mesmo fundamento filosófico para todos os direitos fundamentais. Existem embates patrocinados por direitos fundamentais antagônicos, que somente encontram equacionamento diante da ponderação. Tome-se, por exemplo, a propriedade privada e os direitos sociais. Somente com o argumento da função social da propriedade é possível tatear o problema. E a própria experiência histórica brasileira está habilitada a dizer o quanto o funcionamento de tal conceito é complexo.

11. Os direitos fundamentais se formalizam em regras em princípios. Mas, mesmo quando expressos na forma de regra, guardam um núcleo principiológico. Ademais, sua gênese gravita na órbita principiológica. O lema da Revolução

Francesca parece emblemático à questão, principalmente quando se nota sua atualidade de propósitos.

12. Classificam-se os direitos fundamentais consoante *gerações* ou *dimensões*. Apesar de se entender mais preciso o segundo vocábulo, tem-se por estéril a discussão. A crítica de que *gerações* não aglutina os direitos em catálogo, denunciando, antes, uma sucessão, desconhece os conceitos culturais. No mundo da cultura, mesmo quando há sucessão, a experiência se aglutina à sucessora. Talvez o melhor exemplo dessa assertiva seja o próprio homem: ao se sucederem no tempo legam uns aos outros um caldo cultural irrenunciável. O valor do vocábulo *dimensões* está em ser mais coadunável ao processo de ponderação, quando os direitos fundamentais colidem.

13. Apesar da Convenção de Viena de 1969 ter disciplinado a questão dos tratados internacionais, a fluidez conceitual ainda permeia alguns pontos. Deve-se tomar o termo *tratados internacionais* como gênero. Assim, para efeitos da presente pesquisa não há conseqüência de fundo distinguir Convenções de Tratados Internacionais.

14. A celebração dos tratados internacionais é ato de soberania. E, assim sendo, cada Estado decide de que maneira proceder para formalizá-los. A partir da Constituição dos Estados Unidos da América, passou-se a entender que a celebração dos tratados internacionais deveria tocar ao Executivo e ao Legislativo para o exercício do sistema de *checks and balances*. Neste modelo, o Executivo necessita da aprovação do Legislativo para celebrar o tratado internacional.

15. Cabe ao Legislativo aprovar ou não o tratado internacional. Em sendo este aprovado, passa-se à ratificação do pacto, que é ato exclusivo do Executivo. Frise-se que há, entre juristas pátrios, confusão terminológica nesta seara, quando dizem que o Legislativo *ratifica* tratados internacionais. Ao menos no Brasil, tal não ocorre.

16. A entrada em vigor dos tratados internacionais de acordo com o que declarar o documento pactuado. Quanto ao seu término, tem-se a *extinção* como vocábulo-gênero para designá-lo. Pela vontade das partes os tratados internacionais conhecem classicamente duas modalidades de extinção: a denúncia e a ab-rogação. Tem-se denúncia quando uma das partes rompe, unilateralmente, com o pacto internacional. Na ab-rogação, o rompimento do tratado internacional ocorre por convergência das duas partes pactuantes.

17. A dicotomia entre monismo e dualismo apesar de ter ocupado posição teórica entre os cultores do Direito, continua a desempenhar implicações práticas no deslinde do embate entre as normas internacionais e internas. É, portanto, questão referencial, renovada a cada mudança de paradigma na geopolítica mundial. Na prática dos Estados, não se encontra o monismo ou o dualismo em estado puro de concepção. Tem-se, a rigor, instrumentos ora de um ora de outros dos modelos que disciplinam as relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno.

18. Todas as Constituições brasileiras se ocuparam dos tratados, apesar de o fazerem de modo sempre incompleto. A partir do art. 78 da Constituição de 1891 inaugura-se no Brasil – por influência da Emenda IX à Constituição dos Estados Unidos da América – a cláusula aberta dos direitos fundamentais. O conteúdo de

tal dispositivo praticamente se repetiu até o advento da Constituição de 1988, onde os tratados internacionais passam a ser fonte de direitos fundamentais.

19. O constituinte de 1988 disciplinou as relações internacionais do Estado brasileiro, indicando, inclusive, os princípios pelos quais a interação deve portar-se. Preocupou-se, ainda, com a integração da América Latina, mas termina por desejar o impossível: a formação de uma comunidade latino-americana de nações. O equívoco está em pensar em *nações* como sinônimo de Estados. As nações, por razões culturais, não formam blocos, dada a sua individualidade. A formação de bloco se dá a partir do conceito de Estado e no interesse comum destes.

20. Não se pode tomar a expressão *soberania* nos moldes clássicos, no sentido de poder absoluto. Trata-se de um conceito dinâmico. Por outro lado, não se pode adotar flexibilização extrema sob pena de destruir o fundamento sob o qual o Estado está assentado. E, apesar das transformações que o processo de integração provoca, não parece plausível vislumbrar o fim do Estado e, conseqüentemente, de sua soberania. O conceito de soberania está em crise no sentido de que a flexibilização de postulados arraigados a ele se impõe na sobrevivência dos Estados face à nova feição do capitalismo mundial.

21. A ordem jurídica constitucional brasileira nunca se posicionou de modo claro sobre a hierarquia dos tratados internacionais dentro do ordenamento jurídico. A literatura jurídica se divide entre os que defendem a superioridade dos tratados internacionais em face da legislação doméstica, e aqueles que advogam tese diametralmente oposta. A melhor posição foi construída pela jurisprudência pátria, capitaneada pelo Supremo Tribunal Federal que, ao entender que pela falta de hierarquia entre as duas espécies normativas, aplica o princípio *lex posteriori*

derogat priori quando houver colisão entre elas. Em casos especiais (p.ex., extradição e questão tributária), a jurisprudência tem entendido pela aplicação do princípio da especialidade. Assim a norma geral cede frente ao comando especial.

22. Apesar da Constituição Federal não ser expressa sobre a hierarquia dos tratados internacionais, algumas situações parecem peculiares. Assim sucede com os tratados internacionais celebrados no âmbito do Mercosul. Ao se perceber que a integração latino-americana é proposição ancorada em Princípio Fundamental, não se pode deixar de entender que os tratados que buscam sua efetividade devem gozar de dignidade diferenciada em relação aos demais. Assim, os tratados internacionais celebrados no Mercosul ocupam hierarquia superior à legislação infraconstitucional, sob pena de se inviabilizar o projeto integracionista.

23. A concepção da *cláusula aberta dos direitos fundamentais* é a maneira de se atualizar o ordenamento jurídico dando-se ao exegeta papel de agente construtor do Direito. Acrescente-se, ainda, que tal postura contribui para o desenvolvimento espontâneo do fenômeno jurídico

24. De maneira explícita, a Carta Magna de 1988 reconhece os tratados internacionais como fonte de direitos fundamentais. Infelizmente, o constituinte deu ao art.5º, § 2º do texto-ápice uma redação ambígua. Ao tentar incluir os tratados internacionais como fonte da cláusula aberta dos direitos e garantias fundamentais, terminou o constituinte por patrocinar um debate sobre a hierarquia dessa espécie de tratado na ordem jurídica brasileira. A rigor, a redação da cláusula aberta dos direitos e garantias fundamentais deveria ser cuidadosa, posto que torna-se supérflua quando repete o que o princípio da compatibilidade das normas já lecionou. Ora, dizer que além dos direitos e garantias expressos ou

implícitos na Constituição outros existem, nada mais é que afirmar que tudo o que não contrariar a ordem suprema é por ela reconhecido como válido. Talvez uma fórmula mais sintética fosse de maior valia.

25. A rigor, a inclusão dos tratados internacionais como fonte da cláusula aberta dos direitos e garantias fundamentais teve como objetivo tão-somente prestigiar a produção normativa interestatal e aquela realizada pelos organismos internacionais. Tratou-se somente de atualizar o rol das fontes de onde provêm direitos e garantias fundamentais. É evidente que o constituinte que prestigiou a ordem internacional, sistematizando o tema pela primeira vez no arcabouço constitucional brasileiro, não poderia deixar de reconhecer ao âmbito transnacional a possibilidade de agregar direitos e garantias à ordem jurídica interna.

26. A dignidade da pessoa humana é um dos princípios fundamentais em que se assenta o Estado Democrático brasileiro. Logo, os tratados internacionais sobre direitos humanos devem receber grau hierárquico diferenciado da legislação infraconstitucional. Devem, pois, estar acima da lei, mas abaixo da Constituição. Esta parece ser a solução mais razoável diante do Texto Magno posto. Em se raciocinando de modo sistêmico, pode perceber que se o poder constituinte deu ao princípio da dignidade da pessoa humana valor supremo, não parece razoável que um tratado internacional portador de tão caro substrato possa ser equiparado à legislação infraconstitucional. Por outro lado, somente os direitos e garantias expressos ou implícitos no texto constitucional possuem nível superior na categoria das normas. Mesmo um tratado internacional portador de direitos e garantias fundamentais não pode se igualar à Constituição – salvo se repetir os

valores desta – sob pena de se desprestigiar o conteúdo eleito pelo constituinte como indispensável à dignidade humana.

27. A tese que defere o nível constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos encontra obstáculos insuperáveis diante de uma interpretação sistêmica. Em primeiro lugar, a possibilidade de modificação constitucional por meio de decreto legislativo, o que desprestigia o princípio da rigidez eleito pelo poder constituinte. Ademais, resulta em contradição fazer inserir direitos e garantias no núcleo das cláusulas pétreas por aprovação de maioria simples. Ora, se os direitos e garantias fundamentais estão protegidos do exercício de reforma constitucional, por lógica elementar somente podem ingressar no corpo da Constituição por quórum igual ao da aprovação da emenda constitucional. A questão do quórum qualificado traduz o anseio da legitimidade que repousa sobre o corpo político (poder constituinte em estado de latência). Somente se poderia sustentar a tese da paridade hierárquica entre tratados internacionais sobre direitos humanos e a Carta Magna se o constituinte de modo inquestionável houvesse assim se pronunciado. E assim ele não procedeu.

28. Igualmente, insustentável, a tese da incorporação imediata dos tratados internacionais de direitos humanos. Para os partidários dessa idéia, bastaria a ratificação para que os direitos e garantias oriundos dos tratados internacionais ingressassem no patamar constitucional da ordem jurídica brasileira. Não há na Constituição nenhuma autorização hermenêutica que autorize esta conclusão. O *iter* procedimental dos tratados internacionais não recebe diferenciação quanto ao conteúdo destes.

29. Apesar de minoritária, existe a corrente que defende a supraconstitucionalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos. Não se pode obscurecer suas razões altruístas. Acontece, porém, que a presente pretensão renega o fundamento da supremacia da Constituição, que mesmo diante da arquitetura do Direito comunitário, ainda se mantém como paradigma válido.

30. O poder de reforma deve reavaliar com urgência a questão dos tratados internacionais, de modo geral, e, sobretudo, aqueles que se ocupam do Mercosul e dos direitos humanos, a fim de dirimir dúvidas e estabelecer de modo claro sua posição diante da comunidade internacional. Esta falta de opção do constituinte desacredita o Estado brasileiro. E no atual panorama internacional, a confiabilidade é a senha sem a qual nenhum país toma assento dentre aqueles que lideram a política externa.

Referências bibliográficas

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 11ª ed.. São Paulo: Saraiva, 1985. 401p.

_____. *Tratado de derecho internacional público*. Tomo I. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 1945. 664p.

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Manual de direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 1996. 537p.

AGESTA, Luis Sanches. *Princípios de teoria política*. 6ed. Madrid: Editora Nacional, 1970. 543p.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. 607p.

ALMEIDA, José Gabriel Assis de. As normas do Mercosul e a ordem jurídica brasileira. In. *Direito da integração: estudos em homenagem a Werter R. Faria* (coord. Luiz Otávio Pimentel. Volume II. Curitiba: Juruá, 2001. p.25-41.

ALVES, José Augusto Lindgren. “Abstencionismo” e “intervencionismo” no sistema de proteção das Nações Unidas aos direitos humanos. *Política Externa*. São Paulo: Editora Paz e Terra, v.3 n. 1, p.97-106, jun. 1994.

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 487p.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987. 350p.

ANZILOTTI, Dionísio. *Corso di diritto internazionale*. Volume primo (Introduzione – Teoria Generali). IV edizione. Padova: Cedan, 1964. 438p.

AQUINO, Santo Tomas de. *O Ente e a essência*. In. Os Pensadores. Vol. VIII. São Paulo: Abril Cultural, 1973. 9-22p.

ARAUJO, José Antonio Estevéz. *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*. Madrid: Editorial Trotta, 1994. 122p.

ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. *Curso de direito internacional público*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001. 333p.

ARAÚJO, Nadia de; ANDREIUOLO, Inês da Mata. Internalização dos Tratados no Brasil e os Direitos Humanos. In. *Os Direitos Humanos os Direitos Internacionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 63-113.

ARIOSI, Mariângela. *Conflitos entre Tratados Internacionais e Leis Internas: o judiciário brasileiro e a nova ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 298p.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito. Introdução e teoria geral*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 532p.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. 191p.

BAHIA, Saulo José Casali. *Tratados internacionais no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 235p.

BARBOSA, Ruy. *Commentarios á Constituição Federal Brasileira*. Volume II (arts.16 a 40). São Paulo: Saraiva & Cia, 1933. 528p.

_____. *Commentarios á Constituição Federal Brasileira*. Volume III (arts.41 a 54). São Paulo: Saraiva & Cia, 1933. 465p.

_____. *Commentarios á Constituição Federal Brasileira*. Volume VI (arts.72-91). São Paulo: Saraiva & Cia, 1934. 623p.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. 224p.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996. 300p.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. 479p.

BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. 1º Volume (arts.1º a 4º). São Paulo: Saraiva, 1988. 466p.

_____. *Comentários à Constituição do Brasil*. 3º Volume – tomo I (arts.18-23). São Paulo: Saraiva, 1992. 431p.

_____. *Comentários à Constituição do Brasil*. 4º volume – tomo I (arts.44 a 69). São Paulo: Saraiva, 1995. 584p.

BENDA, Ernest. Dignidad humana y derechos de la personalidad. In: BENDA, Ernest et al. (Comps.). *Manual de derecho constitucional*. Madrid: IVAP; Marcial Pons, 1996. p. 117-144.

BEZERRA CAVALCANTI, Francisco Queiroz. Os tratados frente ao direito nacional: considerações. *Revista da Faculdade de Direito do Recife*. Recife., V. LXXVI, p. 299-355, 1995.

BINENBJM, Gustavo. Monismo e dualismo no Brasil: uma dicotomia afinal irrelevante. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 350, a. 96, p. 39-48, maio/jun. 2000.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 217p.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 8ª ed. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996. 184p.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10ª ed. São Paulo Malheiros, 1996. 498p.

_____. *Curso de direito constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996. 680p.

_____. *Do estado liberal ao estado social*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996. 230p

_____. História e Direito. *Revista Nomos*. Fortaleza, ano 2, n.2, p.111, 1980.

BORGES, José Souto Maior. Pro-Dogmática: por uma hierarquização dos princípios constitucionais. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n.1, 1993. 140-146p.

BORSON, Gerson de Brito Mello. *Direito internacional público*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. 139p.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. 113p.

BRIERLY, J.L. *Direito internacional*. 2ª ed. Trad. M.R. Crucho de Almeida. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1968. 467p.

BRIGAGÃO, Clóvis, RODRIGUES, Gilberto. *Globalização a olho nu. O mundo conectado*. Ed. Moderna, 1988. 136p.

BRITO, Carlos Ayres. A constituição e os limites de sua reforma. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, n.1, p. 225-246, jan./jun. 2003

BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito público brasileiro e análise da constituição do império*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1978. 572p

BURDEAU, Georges et al. *Manuel droit constitutionnel*. 25 édition. Paris: Librairie General de Droit et de Jurisprudence, 1997. 759p.

BURDEAU, Georges. *Traité de science politique*. Tome IV (le statut du pouvoir dans l'État). Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1969. 693p.

CAMPAGNOLO, Umberto. As idéias mestras de minha tese. In: LOSANO, Mario G. (org.). Trad. Marcela Varejão. *Direito internacional e estado soberano*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 101-110.

CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil*. 10ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 1989. 760p.

CAMPOS, German J. Bidart. *El derecho constitucional del poder*. Tomo I. Buenos Aires: Ediar, 1967. 398p.

_____. *La re-creación del liberalismo*. Buenos Aires: Ediar, 1982. 434p.

_____. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino* (La reforma constitucional de 1994). Tomo VI. Buenos Aires: Ediar, 1995. 675p.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2ª ed. Trad. António Meneses Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986. 311p.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*. 2ª ed. Brasília Jurídica: Editora Universidade de Brasília, 2000. 214p.

_____. *A Proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991. 742p.

_____. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. *Arquivos de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, n.1, p. 3-55. 1999.

_____. *Princípios de direito internacional*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981. 268p.

_____. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Volume I. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2003. 640p.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3ª edição. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. 1414p.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. 310p.

CARDINALI, Adriana Laporta, BARBOSA, Marcelo Pelegrini. Mercosul e Perspectivas de um Direito Comunitário. In. *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional* (coord. Flávia Piovesan). São Paulo: Max Limonad, 2002. 385-408p.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991. 374p.

CARVALHO, Weliton Sousa. *Despedida arbitrária no texto constitucional de 1988*. Curitiba: Juruá, 1998. 230p.

CASSELLA, Paulo Borba. *Mercosul: exigências e perspectivas: integração e consolidação de espaço econômico (1995 – 2001 – 2006)*. São Paulo: LTr, 1996. 320p.

CASTRO, Araújo. *A constituição de 1937*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1941. 600p.

CAVALCANTI, João Barbalho Uchoa. *Constituição federal brasileira, 1891: comentada*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2002. 411p.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *A constituição federal comentada*. 3ª ed. Volume I. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1956. 486p.

_____. *A constituição federal comentada*. 3ª ed. Volume III. Rio de Janeiro: José Konfino – Editor, 1958. 357p.

CINTRA JÚNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. O Judiciário brasileiro e os tratados internacionais sobre direitos humanos. *Revista Especial do Tribunal Regional da 3ª Região: Seminário Incorporação dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro*, São Paulo, p. 57-67, 1997.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1997. 104p.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Editora Saraiva, 1999. 421p.

COUTO, Estevão Ferreira. *A relação entre o interno e o internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 355p.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à constituição de 1988*. Vol. I(arts.1º a 5º,I a LXVII). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. 581p.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Teoria da constituição*. Tomo II. Lisboa: Verbo, 2000. 414p.

DABIN, Jean. *Doctrina general del estado. Elementos de filosofía política*. Trad. Héctor González Uribe y Jesús Toral Moreno. México: Editorial Jus, 1946. 513p.

DALLARI, Pedro. *Constituição e relações exteriores*. São Paulo: Saraiva, 1994. 220p.

_____. *Constituição e tratados internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2003. 260p.

_____. Normas internacionais de direitos humanos e a jurisdição nacional. *Revista Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região: Seminário Incorporação dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro*, São Paulo, p. 25-38. 1997.

DANTAS, Ivo. *Constituição federal: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. 412p.

_____. *Instituições de direito constitucional brasileiro*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2001. 551p.

_____. Jurisdição constitucional e a promoção dos direitos sociais. In: LEITE SAMPAIO, José Adércio (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 435-450.

_____. *O valor da constituição: do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 366p.

_____. *Princípios constitucionais e interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1995. 119p.

DELBEZ, Louis. *Manuel de droit international public*. Deuxième édition. Paris: Librairie General de Droit et de Jurisprudence, 1951. 441p.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 440p.

_____. *Norma constitucional e seus efeitos*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1992. 155p.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1988. 294p.

DOLINGER, Jacob. As Soluções da Suprema Corte brasileira para os conflitos entre o direito interno e o direito internacional: um exercício de ecletismo. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, vol.334, p.71-107, jun./1996.

_____. *Direito internacional privado (parte geral)*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 530p.

_____. Introdução. In: DOLINGER, Jacob (Coord.). *A nova constituição e o direito internacional: propostas e sugestões*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987. p. 11-17.

DUARTE, José. *A constituição brasileira de 1946: exegese dos textos dos trabalhos da assembléia constituinte*. 2º Volume. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1947. 522p.

DUARTE, Leonardo Avelino. Estudos sobre a posição hierárquica dos decretos legislativos que incorporam tratados. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, a.8, n.33, p.69-96, out./dez. 2000.

DUVERGER, Maurice. *Constitutions et documents politiques*. 14^a ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1996. 1067p.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos em serio*. Trad. Marta Guastavino. Barcelona: Editorial Ariel, 1999. 508p.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La constitucion como norma y el tribunal constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1985. 264p.

ESMEIN, A. *Eléments de droit constitutionnel français et compare*. Tome premier. Huitième édition. Paris: Recueil Sirey, 1927. 648p.

ESPÍNDOLA, Eduardo. *A nova constituição do Brasil. Direito político e constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1946. 614p.

FALCÃO, Alcino Pinto; DIAS, José de Aguiar. *Constituição anotada*. Volume I (arts.1^o a 128). Rio de Janeiro: José Konfino – Editor, 1956. 428p.

_____. *Constituição anotada*. Volume II (arts.129 a 144). Rio de Janeiro: José Konfino – Editor, 1957. 299p.

FAORO, Raimundo. *Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro*. Volume 2. 8^a edição. São Paulo: Editora Globo, 1989. 750p.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos* (a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação). Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1996. 168p.

FAURÉ, Christine. *Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789*. Traducción de Diana Sánchez y José Luis Núñez Herrejón. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos; Fondo de Cultura Económica, 1996. 399p.

FAVOREU, Louis et al. *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*. Paris: Economica, 1987. 540p.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. Trad. Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 110p.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à constituição brasileira de 1988*. 3^a ed. Volume 1 (arts.1^o a 103). São Paulo: Saraiva, 2000. 519p.

_____. *Comentários à constituição brasileira de 1988*. Volume 2 (arts.44 a 103). São Paulo: Saraiva, 1992. 232p.

_____. *Direitos humanos fundamentais*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1998. 189p.

_____. *Do processo legislativo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995. 295p.

_____. O Futuro do Estado. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*. São Paulo, ano 2, n.4. p.91-99, nov.-jun, 1998.

_____. *O poder constituinte*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 204p.

FERREIRA, Pinto. As emendas à constituição, as cláusulas pétreas e o direito adquirido. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte: Del Rey, n.1, p.203-224, jan./jun. 2003.

_____. *Comentários à constituição brasileira*. 1º Volume (arts.1º a 21). São Paulo: Editora Saraiva, 1989. 579p.

_____. *Comentários à constituição brasileira*. 2º volume (arts.22 a 53). São Paulo: Editora Saraiva, 1990. 677p.

_____. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. Volume 1. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 1983. 711p.

FLEINER, Thomas. *O que são os direitos humanos?* Trad. Andressa Cunha Curry. São Paulo: Max Limonad, 2003. 154p.

FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 140p.

_____. *O novo estatuto do estrangeiro comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. 796p.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Os tratados internacionais e a constituição de 1988. In: PELLEGRINA, Maria Aparecida; SILVA, Jane Granzoto Torres da. (Org.). *Constitucionalismo social: estudos em homenagem ao Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello*. São Paulo: LTr, 2003. p. 169-180.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. 307p.

GARCIA JÚNIOR, Armando Álvares. *Conflito entre normas do Mercosul e o direito interno: como resolver o problema?: o caso brasileiro*. São Paulo: LTr, 1997, 245p.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1999. 636p.

_____. *Las transformaciones del estado contemporáneo*. 2ª ed. Madrid: Alianza Universidad, 1997. 224p.

GOMES, Luiz Flávio. A questão da obrigatoriedade dos tratados e convenções no Brasil (particular enfoque da convenção americana sobre direitos humanos). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.710, n. 83 p.21-31., dez. 1994.

GUERRERO, Manuel Medina. La doble vinculacion del legislador a los derechos fundamentales. In. *La vinculacion negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid: Ciencias Juridicas, 1996. cap. I, p. 1-8.

GULLAR, Ferreira. *Indagações de hoje*. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1989. 187p.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a Interpretação Pluralista e 'Procedimental' da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997. 55p.

HABERMAS, Jürgen. *Mas allá del estado nacional*. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. México: Fondo de Cultura Económica, 1998. 199p.

HARADA, Kiyoshi. *Sistema tributário na Constituição de 1988 – tributação progressiva*. São Paulo: Saraiva, 1991. 275 p.

HART, Herbert. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

HELLER, Hermann. *Teoria del estado*. Segunda edición. Traducción de Luis Tobio. México: Fondo de Cultura Económica, 2002. 398p.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991. 34p.

_____. Constitución y derecho constitucional. In: *Manual de derecho constitucional*. Madrid: IVAP; Marcial Pons, 1996. p. 1-15.

_____. *Escritos del derecho constitucional*. 2ª edición. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. 104p.

_____. Significado de los Derechos Fundamentales. In: *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid:IVAP; Marcial Pons, 1996. p. 83-115.

HOLLOWAY, Kaye. *Les reserves dans les traités internationaux*. Paris: Librairie Generale du Droit et de Jurisprudence, 1958. 378p.

HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. 756p.

JACQUES, Paulino. *Curso de direito constitucional*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. 638p.

_____. *A constituição explicada*. 5ª edição. Rio de Janeiro, 1983. 665p.

JELLINEK, George. *Teoría general del estado*. Traducción de Fernando de los Rios. México: Fondo de Cultura, 2002. 687p.

JO, Hee Moon. *Introdução ao direito internacional*. São Paulo: LTr, 2000. 720p.

KANT, Immanuel. A paz perpétua. In: *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 2002. p.119-172.

KEGEL, Patrícia Luiza. Soberania e Supranacionalidade dos Estados-Membros da União Europeia: o “point of no return” da integração regional. In: *Direito da integração: estudos em homenagem a Werter R. Faria*. (coord. Luiz Otávio Pimentel. Volume II. Curitiba: Juruá, 2001. 273-286p.

KELSEN, Hans. Juízo sobre a tese de Umberto Campagnolo. In: LOSANO, Mario G. (org.). Trad. Marcela Varejão. *Direito internacional e estado soberano*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 111-137.

_____. Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*. Haye, t.14, p.231-331. 1926.

_____. *Principios de derecho internacional público*. Traducción de Hugo Caminos y Ernesto C. Hermida. Buenos Aires: Librería El Ateneo Editorial, 1965. 397p.

_____. *Teoria geral do direito e do estado*. 3ª ed. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 637p.

_____. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. Trad. João Batista Machado. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1984. 484 p.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. 406p.

_____. *Desafios: ética e política*. São Paulo: Editora Siciliano, 1995. 243p.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2ª edição. Trad. José de Sousa e Brito; José António Veloso. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969. 647p.

LARRUCEA, José A. Girón. Los derechos individuales en la comunidad europea. In. *La comunidad europea como organización internacional. Objetivos, médios de actuación y sistemas de control*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1999. p. 381-421.

LASSALLE, Ferdinand. *¿Qué es una constitución?* 4ª ed. Traducción de Wenceslao Roces. Barcelona: Ariel, 1994. 183p.

LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2000. 224p.

LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. *Tratados internacionais no Brasil e integração*. São Paulo: LTr, 1998. 231p.

LLORENTE, Francisco Rubio. *La forma del poder* (estudios sobre la constitución). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. 657p.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder constituinte reformador: limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. 287p.

LUÑO, Antonio E. Perez. *Derechos humanos, estado de eerecho y constitución*. 5ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1995. 550p.

_____. *Los derechos fundamentales*. 6ªed. Madrid: Editorial Tecnos, 1995. 231p.

MACHADO, Patrícia Ferreira. *A Constituição e os tratados internacionais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. 122p.

MACIEL, Francisco de Assis Tavares. *Ratificação de tratados internacionais*. Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 2003.

MAcNAIR, Arnaldo D. La terminaison et la dissolution des traités. *Recueil des Cours*. Tome 22. Paris: Librairie Hachette, p. 463-535. 1929.

MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional: uma análise crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. 176p.

MALBERG, R. Carré de. *Teoría general del estado*. 2ª ed. Trad. José Lión Depetre. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1998. 1327p.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*. Madrid: Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, 1999. 720p.

MARTINS, Pedro Baptista. *Da unidade do direito e da supremacia do direito internacional*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998. 73p.

MAXIMILIANO, Carlos. *Commentarios á constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1923. 896p.

_____. *Comentários à constituição brasileira*. 4ª ed. Volume I. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1954. 432p.

_____. *Comentários à constituição brasileira*. 5ªed. Volume II. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1954. 422p.

_____. *Comentários à constituição brasileira*. 5ª ed. Volume III. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1954. 455p.

_____. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. 426p.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direitos humanos, constituição e tratados internacionais*: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001. 422p.

_____. *Direitos humanos e relações internacionais*. Campinas(SP): Agá Juris, 2000. 502p.

_____. Prisão por dívida e o Pacto de São José da Costa Rica. *Revista Jurídica*. São Paulo, a. XLII, n. 195, p.16-50, jan. 1994.

_____. *Tratados internacionais*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001. 231p.

MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de. *O poder de celebrar tratados*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. 624p.

_____. *O poder legislativo e os tratados internacionais*. Porto Alegre: L&PM editora, 1983. 203p.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. 936p.

_____. Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social. *Revista de Direito Público*. São Paulo: RT, ano XIV, vol. 57/58, p. 233-256. jan./jun de 1981.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. Volume 1. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. 704p.

_____. *Curso de direito internacional público*. Volume 1. 12ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 865p.

_____. O § 2.º do art. 5.º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.p. 1-33.

_____. Os tratados na Constituição. In. *As tendências atuais do direito público*. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 119-164.

- _____. *Ratificação de tratados*. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1996. 173p.
- MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 1984. 541p.
- MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999. 518p.
- MIRANDA, Jorge. *A Constituição de 1976: formação, estrutura, princípios fundamentais*. Lisboa: Livraria Petrony, 1978. 554p.
- _____. *Manual de direito constitucional*. Tomo II. 3ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 1996. 546p.
- _____. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. 485p.
- MIRANDA, Pontes de. Constituição e interpretação. In. SARAIVA, Paulo Lopo (coord). *Antologia luso-brasileira de direito constitucional*. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1992. p. 119-137.
- _____. *Comentários à constituição da república dos E.U. do Brasil*. Tomo I (arts.1-103). Rio de Janeiro: Editora Guanabara Waissman, Koogan, 1936. 829p.
- _____. *Comentários à constituição da república dos E.U. do Brasil*. Tomo II (arts.104-187). Rio de Janeiro: Editora Guanabara Waissman Koogan, 1936. 741p.
- _____. *Comentários à constituição de 1946*. Volume I (arts.1º - 14). 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 1953. 518p.
- _____. *Comentários à constituição de 1946*. 2ª ed. Volume IV (arts.141-156). São Paulo: Max Limonad, 1953. 547p.
- _____. *Comentários à constituição de 1967*. Tomo I (arts.1º- 7º). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967. 573p.
- _____. *Comentários à constituição de 1967*. Tomo II (arts.8º -33). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967. 580p.

_____. *Comentários à constituição de 1967*. Tomo III (arts.34-112) São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967. 622p

_____. *Comentários à constituição de 1967* (com a Emenda n.1. de 1969). Tomo V (arts.153, § 2º - 159). 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. 701p.

_____. *Sistema de ciência positiva do direito*. Tomo 4. Campinas (SP): Bookseller, 2000. 519p.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris. *Droit constitutionnel international*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1933. 298p.

MORAES, Guilherme Braga Peña de. *Dos direitos fundamentais: contribuição para uma teoria*. São Paulo: LTr,1997. 255p.

MORANGE, Jean. *Droits de l'homme et libertes publiques*. 4 éd. Paris: Press Universitaires de France, 1997. 440p.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O poder judiciário e a efetividade da nova constituição. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v.304, a. 84, p. 151-155, nov./dez 1988.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2ª ed. Tradução de Peter Neumann. São Paulo: Max Limonad, 2000. 121p.

NAVARRO COELHO, Sacha Calmon. *Curso de direito tributário brasileiro*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.801p.

NIEMEYER, Teodoro. *Derecho internacional público*. Barcelona: Editorial Labor, 1925. 148p.

NUNES, Castro. *Teoria e prática do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1943. 698p.

PACTET, Pierre. *Institutions politiques et droit Constitutionnel*. Paris: Armand Colin, 1998. 587p.

PAGÉS, Juan Luis Requejo. *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998. 165p.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. 271p.

PASQUALINI, Alexandre. *Hermenêutica e sistema jurídico: uma introdução à interpretação sistemática do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. 168p.

PAULSEN, Leandro. *Direito tributário: Constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. 848p.

PAUPÉRIO, A. Machado. *O conceito polêmico de soberania*. 2ª ed. Rio de Janeiro, s/d. 240p.

PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Manual de direito internacional público*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1993. 691p.

PETRELLA, Ricardo. Globalização e Internacionalização – A Dinâmica da emergente economia mundial. In: BOYER, Robert, DRACHE, Daniel *Estados contra mercados. Os limites da globalização*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 81-82.

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

_____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1997. 487p.

_____. Direitos humanos globais, justiça internacional e o Brasil. *Arquivos de direitos humanos*. Rio de Janeiro, n.1, p.76-90, 1999.

_____. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998. 241p.

PIRES, Francisco Lucas. *Introdução ao direito constitucional europeu – seu sentido, problemas e limites*. Lisboa: Almedina, 1997. 123p.

POLETTI, Ronaldo. *Controle da constitucionalidade das leis*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 293p.

PONTES FILHO, Valmir. Limitações à reforma, novas reflexões. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, n. I, p. 583-594, jan./jun. 2003.

POPPER, Karl R. A lógica da investigação científica. In. *Os pensadores* Vol. XLIV. São Paulo: Abril Cultural, 1975. p. 263-379.

QUADRI, Rolando. *Diritto internazionale pubblico*. V edizione. Napoli: Liguori Editore, 1968. 793p.

QUINTANA, Fernando. *La ONU y la exégesis de los derechos humanos* (uma discusión teórica de la noción). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor/UNIGRANRIO, 1999. 416p.

QUINTÃO, Mário Lúcio Soares. A metamorfose da soberania em face da mundialização. In: *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional* (coord. Flávia Piovesan). São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 543-564.

RABENHORST, Eduardo R. *Dignidade humana e moralidade democrática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001. 136p.

_____. Filosofia ou teoria do direito? *Problemata*. v. 1, n.1, João Pessoa, 1998. p. 77-94.

REALE, Miguel. *O direito como experiência*. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1992. 294p.

_____. Posição de Rui Barbosa no Mundo da Filosofia. In. *Rui Barbosa. Escritos e discursos seletos*. Rio de Janeiro: Editora Nova Aguilar, 1997. p. 817-835.

_____. *Teoria do direito e do estado*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984. 405p.

_____. *Teoria tridimensional do direito*. São Paulo: Saraiva, 1968. 109p.

RECÁSENS SICHES, Luis. *Tratado general de filosofía del derecho*. México: Editora Porrúa, 1970. 717p.

REIS, Márcio Monteiro. *Mercosul, união européia e constituição: a integração dos estados e os ordenamentos jurídicos nacionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 326p.

_____. Moral e Direito. A fundamentação dos direitos humanos nas visões de Hart, Peces-Barba e Dworkin. In. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 121-156.

RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. Prisão civil do depositário infiel em face da derrogação do art.1.287 do Código Civil pelo pacto de São José da Costa Rica. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, a.87, v. 756, p. 37-52, out.1998.

REUTER, Paul. *Droit international publique*. Paris: Press Universitaire de France, 1958. 443p.

_____. *Introducción al derecho de los tratados*. Traducción de Eduardo L. Suárez. México: Facultad de Derecho; Universidad Nacional Autónoma de México; Fondo de Cultura Económica, 1999. 340p.

_____. *Introduction au droit des traités*. Paris: Librairie Armand Colin,1972. 236p.

REZEK, José Francisco. *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Forense,1984.628p.

_____. *Direito internacional público: curso elementar*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 403p.

_____. Princípios fundamentais. In. *A constituição brasileira de 1988: interpretações*. Rio de Janeiro: Forense Universitária; Fundação Dom Cabral; Academia Internacional de Direito e Economia, 1988. p. 10-18.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *República e federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. 326p.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. A incorporação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a.33, n.130, p. 77-81, abril/jun. 1996.

RODAS, João Grandino. A Constituinte e os tratados internacionais. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v.624, ano 76. p. 43-51, out/1987.

RODRIGUES, Dirceu A. Victor. *Constituição brasileira de 1946 vista pela jurisprudência dos tribunais*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1964. 389p.

RODRIGUES, Mauricio Andreiuolo. Os tratados internacionais de Proteção dos direitos humanos e a constituição. In: TORRES, Ricardo Lobo (coord.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 157-195.

ROUSSEAU, Charles. *Droit international public*. 9ª edition. Paris: Dalloz, 1972. 422p.

RIBEIRO, Patrícia Henriques. *As Relações entre o direito internacional e o direito interno: conflitos entre o ordenamento brasileiro e normas do Mercosul*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. 256p.

RIBEIRO, Vinício. *Constituição da república portuguesa*. Coimbra: Almedina, 1993. 428p.

RUSSUMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. *A extradição no direito internacional e no direito brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. 277p.

SALDANHA, Nelson. A problemática da supremacia constitucional. *Revista de Direito Público*, São Paulo, a. XIV, ns.57-58, p.111-121, jan./jun.1981.

_____. Direitos humanos: considerações histórico-críticas. *Arquivos de Direitos Humanos*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 155-125p.

_____. *O poder constituinte*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986. 103p.

SAMPAIO, Laerte José de Castro. Interpretação constitucional sobre alienação fiduciária e prisão civil. In: MORAES, Alexandre de (coord.). *Os 10 anos da constituição federal*. São Paulo: Editora Atlas, 1999. p. 83-91.

SANTANA, José Cláudio Pavão. Preconstitucionalismo na América: uma abordagem acerca de manifestações constitucionais nas terras do Maranhão no século XVII. In: *Estudos Jurídicos* (org. Flávio Dino de Castro e Costa). São Luís: Ediceuma, 1997. p. 207-227.

SANTOS, Gustavo Ferreira. Direito de Propriedade e Direito a um Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 37, n.147, p. 15-23, jul-set. 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. 386p.

SCHMITT, Carl. *La defensa de la constitución*. 2ª edición. Madrid: Tecnos, 1998. 251p.

_____. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1996. 377p.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituição burguesa (Qu'est-ce que lê tiers État?)*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2001. 80p.

SILVA, G. E. do Nascimento e. *Conferência de Viena sobre o direito dos tratados*. Brasília: Ministério das Relações Exteriores, 1971. 218p.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. 270p.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 18ª edição. São Paulo: Malheiros, 2000. 876p.

_____. Direito Regional Econômico, Direito Humanos e Direito Comunitário. In. *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional* (coord. Flávia Piovesan). São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 17-38.

_____. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2000. 308p.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes. *Poder constituinte originário e sua limitação material pelos direitos humanos*. Campo Grande(MS): Solivros, 1999. 162p.

SMEND, Rudolf. *Constitucion y derecho constitucional*. Trad. José Maria Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985. 287p.

SÓFLOCLES. *Antígona*. Trad. Domingos Paschoal Cegalla. Rio de Janeiro: Difel, 2001. 112p.

SOROS, George. *A Crise do Capitalismo. As ameaças aos Valores Democráticos. As soluções para o Capitalismo Global*. São Paulo: Editora Campus, 1999. 315p.

STERN, Klaus. *Derecho del estado de la república federal alemana*. Trad. Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionais, 1987. 909p.

TAVARES, Ana Lucia de Lyra. A Utilização do Direito Comparado pelo Legislador. *Contextos-PUC*. Rio de Janeiro, n.1. p. 1-20., jan.-mar. 1987.

TAVOLARO, Agostinho Toffoli. Os tratados sobre tributação e a constituição de 1988. *Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, n.1, p. 218-227, out./dez. 1992.

TENÓRIO, Oscar. *Direito internacional privado*. Volume I. 11ª ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1976. 448p.

TOURAD, Hélène. *L'internationalisation des constitutions nationales*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2000. 724p.

TRIEPEL, Karl Heinrich. Les rapports entre le droit interne et le droit international. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haya*, La Haye, t.1, p. 77-121. 1923.

VASCONCELOS, Maria José Esteves de. *Pensamento sistêmico: o novo paradigma da ciência*. Campinas (SP): Papyrus, 2002. 268p.

VELLAS, Pierre. *Institutions internationales*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1967. 481p.

VERDROSS, Alfred. *Derecho internacional público*. 2ª edición. Traducción de Antonio Truyol y Serra. Madrid: Aguilar, 1957. 505p.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Globalização e Constituição Republicana. In. *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional* (coord. Flávia Piovesan). São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 449-476.

VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretacion constitucional*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993. 238p.

VIRALLY, Michael. Relaciones entre derecho internacional y derechos internos: una dificultad insalvable. In: *El devenir del derecho internacional. Ensayos Escritos al correr de los años*. Traducción de Elieane Cazenave Tapie Isoard. México: Fondo de Cultura Económica, 1998. p. 117-133.

WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 1999. 148p.

XAVIER, Alberto Pinheiro. *Direito tributário internacional do Brasil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 740p.