

Tratados internacionais de direitos humanos: uma reflexão sobre a inconstitucionalidade do § 3º do art. 5º da CF

Carlos Frederico Santos

Subprocurador-Geral da República.

Resumo: A incorporação dos tratados internacionais ao ordenamento jurídico nacional e sua posição na hierarquia das normas sempre foram polêmicas. As decisões do Supremo Tribunal Federal apontam para a superioridade ou igualdade dos tratados com as leis vigentes no País. Após a Emenda Constitucional n. 45, que inseriu o § 3º no art. 5º da Constituição, a Suprema Corte passou a considerar como normas supralegais os tratados internacionais sobre direitos humanos internalizados no ordenamento jurídico entre a promulgação da Constituição e a edição de referida emenda. Contudo, há de se indagar: a mencionada norma trouxe um avanço ou um retrocesso? Violou ou não cláusula pétrea? Para responder a essas questões, foi feito um levantamento histórico da estatura hierárquica dos tratados internacionais no ordenamento jurídico nacional, com o estudo de decisões do Supremo Tribunal Federal e a busca da compreensão da norma descrita no § 2º do art. 5º, concluindo-se pela inconstitucionalidade do § 3º em razão da proibição do retrocesso e da violação do art. 60, IV, da Constituição.

Palavras-chave: Tratados. Direitos humanos. Inconstitucionalidade. Internalização.

Abstract: The incorporation of international treaties in the national law and their position in the hierarchy of rules has always been controversial. The Federal Supreme Court decisions indicate a level of superiority or even equality with the country laws. After the Amendment 45, that inserted § 3 in the article 5 of the Constitution, the Supreme Court decided to consider the international treaties of human rights internalized in the legal system between the enactment

of the Constitution and the edition of that amendment as supralegal rules. However, one must ask: has the rule of § 3 brought advances or a setback? Does it violate the entrenchment clause? In order to answer to these questions, there was a survey of the historical aspect of the stature hierarchy of international treaties into national law and a study of the decisions of the Supreme Court on the subject to try to understand the rule described in § 2 of article 5, which led to the conclusion that the § 3 is unconstitutional because of the imposed setback and the violation of article 60, IV, of the Constitution.

Keywords: Treaties. Rights. Humans. Unconstitutionality. Internalization.

Sumário: 1 Introdução. 2 Aspectos da evolução do primado dos tratados internacionais no direito brasileiro. 3 A decisão no Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP. 4 A compreensão do § 2º do art. 5º da Constituição. 5 Considerações sobre o § 3º do art. 5º da Constituição. 5.1 Avanço ou retrocesso? 5.2 Violação à cláusula pétrea? 6 Conclusão.

1 Introdução

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

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

Investiga-se, assim, o § 3º do art. 5º da Constituição e sua respectiva constitucionalidade, além de se perscrutar a real natureza da estatura normativa dos tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico nacional.

Demonstra-se, portanto, a importância do enunciado do § 2º do art. 5º da Constituição, e quão perniciosa foi a introdução do § 3º no ambiente constitucional como norma interpretativa inibidora de eficácia e restritiva da análise de conteúdo, comprometendo o conhecimento do real significado da norma originária pelo órgão encarregado de zelar da Constituição e interpretá-la.

O artigo é estruturado, assim, em capítulos. Ao longo deles, apresenta-se a evolução histórica do primado dos tratados internacionais no Direito brasileiro dentro do período republicano e se busca a compreensão do § 2º do art. 5º da Constituição para, enfim, desvendar o porquê da inserção do § 3º em mencionada disposição constitucional e vislumbrar seus respectivos efeitos, no que diz respeito tanto a um eventual avanço ou retrocesso decorrente da sua edição quanto a uma possível violação de cláusula pétreia.

2 Aspectos da evolução do primado dos tratados internacionais no Direito brasileiro

A hierarquia das normas é tema delicado, que se agrava diante da natureza atribuída aos tratados internacionais após internalizados ao ambiente jurídico nacional.

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

Dentro do contexto histórico nacional, pode-se detectar a posição tomada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) quanto à estatura hierárquica dos tratados internacionais no direito interno.

Assim, na República Velha, o STF, com base na Lei n. 2.416, de 28 de junho de 1911 (BRASIL, 1911), que passou a regular a extradição de nacionais e estrangeiros e o processo e julgamento dos mesmos quando, fora do País, perpetrassem algum dos crimes nela mencionados, consolidou que os tratados internacionais prevaleciam sobre as leis nacionais, salvo se denunciados.

No início da República Nova, constata-se a disposição do Poder Executivo em seguir esse mesmo entendimento, como se denota do anteprojeto de lei sobre cooperação internacional nos processos criminais (BRASIL, 1933), proposto em substituição à então Lei n. 2.416, de 28.6.1911.

Todavia, concluiu-se, com base em decisões do STF, como a lançada na Carta Rogatória n. 89, de 1940 (REVISTA DE JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA, 1944, p. 133-173), e na Apelação Cível n. 7.872/RS (BRASIL, 1943), que a tese da primazia do tratado internacional no ordenamento jurídico deixou de ser adotada, uma vez que um sentimento de soberania, aliado à preservação da *pacta sunt servanda*, e de sobrevalorização do princípio da supremacia da Constituição, impedia que se reconhecesse caráter especial ao tratado no complexo hierárquico do direito interno.

No entanto, nos idos dos anos 1950, quando do julgamento das Apelações Cíveis n. 9.583/RS (BRASIL, 1950) e n. 9.587/DF (BRASIL, 1951), esse panorama mudou. Lafayette de Andrada, ao relatá-las, manifestou que o tratado, como lei especial, não poderia ficar subordinado à lei geral do País (BRASIL, 1950, p. 168), revogando, assim, as que lhe fossem anteriores, mas não podendo ser revogado pelas posteriores, salvo quando estas expressamente assim o determinassem ou caso ele fosse denunciado (BRASIL, 1951, p. 36).

Voltaram, então, os tratados internalizados a desfrutar de um *status* especial na hierarquia das normas.

Essa conclusão continuou a nortear as manifestações jurídicas da Suprema Corte no início do Regime Militar. Consagrou-se naquele momento que o *iter* procedimental previsto na Constituição conferia a pronta internalização do tratado, conforme registrou Oswaldo Trigueiro no Recurso Extraordinário n. 71.154/PR (BRASIL, 1971).

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

Todavia, no decorrer da década de 1970, o STF passou a adotar regra diversa na solução de conflito entre o tratado internalizado e a lei nacional, optando pela aplicação da máxima *lex posterior derogat priori*, conforme se constata do Recurso Extraordinário n. 80.004/SE (BRASIL, 1977).

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

Contudo, em 1995, o STF começou a valorizar os tratados internacionais, pois Marco Aurélio, no julgamento do Habeas Corpus n. 72.131-1/RJ (BRASIL, 1995), abordou a questão da prisão civil decorrente da alienação fiduciária em garantia sob esse prisma, embora tenha desconsiderado a questão da primazia.

Dessa forma, apesar do enunciado constante do § 2º do art. 5º da Constituição, os tratados continuaram a ser considerados como norma legal no contexto hierárquico, desfrutando de *status* diferente daquele com o qual reinaram nas décadas de 1950 e 1960, que os prestigiaram como uma norma especial.

Assim, a qualificação do tratado como uma norma especial no novel ordenamento constitucional somente ganhou relevo no início do terceiro milênio, quando Sepúlveda Pertence, no Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 79.785-7/RJ (BRASIL, 2000a), asseverou que a adoção da paridade hierárquica entre tratados incorporados e lei ordinária evidenciaria um verdadeiro esvaziamento da pretensão constituinte, suplantando, dessa forma, a timidez com que vinha sendo considerada a questão.

Posteriormente, o STF conferiu *status* normativo supralegal aos tratados incorporados ao direito nacional, mas não de forma

indiscriminada, limitando-o aos tratados internacionais sobre direitos humanos (BRASIL, 2009).

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

3 A decisão no Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP

Foi na decisão no Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP (BRASIL, 2009) que se firmou a evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal quanto à elevação dos tratados internacionais sobre direitos humanos ao patamar de norma supralegal.

Embora Cezar Peluso tenha relatado referido recurso utilizando fundamentação de viés civilista (BRASIL, 2009, p. 1107-1134), Gilmar Mendes inaugurou a abordagem da questão sob o ângulo da Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica e Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (BRASIL, 2009, p. 1135-1161).

Em linhas gerais, as argumentações de Cezar Peluso e as de Gilmar Mendes não colidiram, antes se completaram, pois ambas concluíam pelo não provimento do recurso, embora as implicações jurídicas advindas do resultado do julgamento fossem diferentes, a depender da adoção de uma ou de outra, ou mesmo das duas, o que levou seus pares, na sequência da ordem de votação, a ratificá-las, até chegar a vez do voto de Celso de Mello, que, ao inserir em sua argumentação novo tempero, reformulou completamente o entendimento anterior que professava (BRASIL, 2009, p. 1229), em especial o externado na ADI n. 1.480-MC/DF (BRASIL, 1997).

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

sem, contudo, postergar o princípio da supremacia da Constituição (BRASIL, 2009, p. 1255).

Essa nova orientação proposta por Celso de Mello não vingou, e a Corte concluiu pela supralegalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos, acolhendo, sobretudo, as teses abordadas com foco no princípio da supremacia da Constituição, na impossibilidade de se adotar uma cláusula aberta de recepção dos tratados internacionais sobre direitos humanos, supostamente constante do enunciado do § 2º, e, ainda, diante do risco de se atomizar as normas constitucionais com base em um bloco de constitucionalidade.

Para chegarem a essa conclusão, integrantes da Corte consideraram, por vezes, a conjugação das disposições dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição; quando não, sobrevalorizaram este último isoladamente, supondo a vontade do constituinte derivado em conferir grau hierárquico mais elevado aos tratados internacionais sobre direitos humanos, a motivar sua incorporação no direito interno com um *status* especial no contexto da hierarquia das normas.

Contudo, não atentaram para o agravamento da dificuldade de se internalizar esses tratados com o quórum de votação exigido para as emendas constitucionais.

4 A compreensão do teor do § 2º do art. 5º da Constituição

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

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

Fatores como a dinâmica da propagação da defesa dos direitos humanos no âmbito internacional, a necessidade da erradicação dos arbítrios do passado, o anseio da população pela limitação do poder estatal, entre outros que circundavam o ambiente Constituinte, por certo, permitiram que a proposta de Cançado Trindade fosse abraçada sem maiores dificuldades, indo ao encontro dos clamores públicos, atendendo, assim, pretensões morais do momento, justificadas no seio ético popular e fundadas na liberdade, na igualdade, na solidariedade e na segurança, que, ao adquirirem conotação política, proporcionaram sua positivação como um direito fundamental (MARTÍNEZ, 1991, 1995).

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

Informa Cançado Trindade (2001, p. 30), ao se referir à citada norma, que “por meio deste dispositivo constitucional, os direitos humanos incorporam-se *ipso jure* ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Ademais, por força do art. 5º(1) da Constituição têm aplicação imediata”.

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

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

Por certo que o papel criador do juiz jamais poderá restar comprometido em nome de uma interpretação vinculada à von-

tade do legislador, principalmente quando se depara com o caráter indeterminado da norma, que, embora resulte da tensão revelada em tempo presente, tem inspiração prospectiva, dirigida pela necessidade de uma certa estabilidade e garantia de continuidade, prestigiando a certeza e exaltando a segurança das relações sociais.

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

Assim, embora compita ao STF dar a última palavra em termos de interpretação da norma constitucional, de firmar seu significado, não há como deixar de fazer considerações sobre a decisão lançada no Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP, especialmente com foco no princípio da supremacia da Constituição, na suposta cláusula aberta de recepção dos tratados internacionais sobre direitos humanos constante do § 2º e, ainda, na atomização das normas constitucionais.

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

Há tempos, como já foi visto, Oswaldo Trigueiro (BRASIL, 1971) já defendia no STF que o tratado só se internaliza efetivamente após cumprir o rito previsto na Constituição, integrando-se ao direito interno com a publicação do seu texto por meio do decreto presidencial.

Essa tese, adotada à unanimidade na década de 1970, ressoante de entendimentos firmados ao longo do período republicano, foi confirmada no fim dos anos 1990 no julgamento da ADI n.

1.480-2/DF (BRASIL, 1997), da qual foi relator Celso de Mello, o que torna indubitável, até que se decida em contrário, que os tratados internacionais só passam a integrar o direito interno após cumprido o *iter* constitucional previsto para sua internalização.

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

Aliás, Gilmar Mendes, em seu voto no Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP, manifesta claramente a possibilidade desse controle prévio de constitucionalidade visando a “impedir ou desaconselhar a ratificação do tratado de maneira a oferecer ao Poder Executivo possibilidades de renegociação ou aceitação com reservas” (BRASIL, 2009, p. 1141).

Com esse controle concorda Celso de Mello que, embora privilegiando o princípio da supremacia da Constituição, orienta no sentido de se conferir estatura constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico nacional (BRASIL, 2009, p. 1225).

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

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

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

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

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

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

Nessa linha de entendimento, quanto à inobservância do *pacta sunt servanda*, não importa a estatura que se confira aos tra-

tados internacionais incorporados ao direito interno, pois há de se concluir que a consequência será a mesma em nível de política internacional quando não recepcionados pelo novo ordenamento constitucional.

Por sua vez, não se pode deixar de lado suposta atomização decorrente do reconhecimento oficial da existência de um bloco de constitucionalidade, que, aliás, o STF já vem ensaiando efetivar há algum tempo.

Não é à toa que, na decisão monocrática lançada na ADI n. 595/ES, Celso de Mello, ao se referir ao bloco de constitucionalidade, afirma que a Constituição é muito mais que um conjunto de normas e princípios formalmente positivados (BRASIL, 2002).

De outro vértice, temos manifestação de Gilmar Mendes externando expressa preocupação com a preservação da incolumidade de um possível bloco de constitucionalidade, embora persista negar estatura constitucional aos tratados internacionais com base na atomização das normas constitucionais (BRASIL, 2009, p. 1308-1309).

É bem verdade que o bloco de constitucionalidade, tal como concebido na França, seu país de origem, restringiu-se à Constituição de 1958, às disposições da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, ao Preâmbulo da Constituição de 1946 daquele país, e, pode-se dizer também, aos princípios fundamentais reconhecidos pela lei da República, que contam em número de cinco, isto é, a liberdade de associação, os direitos de defesa, a liberdade de ensino, a competência exclusiva da jurisdição administrativa em matéria de anulação de atos da autoridade pública e a autoridade judicial guardiã da propriedade privada, sendo, portanto, compacto e limitado. (FAVOREU; LLORENTE, 1991, p. 25-33).

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

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

Dessa forma, a construção de um bloco de constitucionalidade nesses moldes, ou seja, com normas advindas de tratados internacionais sobre direitos humanos internalizados com o cumprimento do *iter* procedimental previsto na Constituição, seria plenamente factível e operável, considerando-se a compreensão do conteúdo do enunciado do § 2º do art. 5º da Constituição.

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

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

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

A aceitação da tese de serem acolhidas normas materialmente constitucionais aprovadas em quórum simples de votação pretensamente contradiz o princípio da unidade da Constituição, que, em

última análise, só permitiria a existência de norma constitucional, ou a ela equivalente, se observado o quórum de votação das emendas à Constituição, quando, então, ganhariam estrutura material e formalmente constitucional.

Surge desse contexto o § 3º inserido no art. 5º da Constituição pelo constituinte derivado por meio da Emenda Constitucional n. 45.

5 Considerações sobre o § 3º do art. 5º da Constituição

Na época da apresentação do Relatório da Proposta de Emenda à Constituição n. 96-A, de 1992 (BRASIL, 1999, p. 832), originada na Câmara dos Deputados, de autoria de Hélio Bicudo, que tinha como objeto introduzir modificações na estrutura do Poder Judiciário, cuja relatoria coube a Zulaiê Cobra e que resultou na Emenda Constitucional n. 45, contávamos com 11 anos da promulgação da atual Constituição, sem que se definisse o significado do teor da norma contida no § 2º do art. 5º, tida como emblemática por, entre outros pontos, permitir a atribuição de *status* constitucional às normas internalizadas por meio dos tratados internacionais sobre direitos humanos.

Na página 846 do referido relatório, publicado no Diário da Câmara dos Deputados – suplemento, em 14 de dezembro de 1999, temos como justificativa à apresentação da proposta de inserção do § 3º ao art. 5º da Constituição a necessidade “[...] da outorga explícita da hierarquia constitucional aos tratados celebrados pelo Brasil em matérias de direitos humanos, à semelhança do que estabelece a Constituição argentina [...]” (BRASIL, 1999, p. 846).

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

Contudo, a redação atribuída ao § 3º não alcançou a meta declinada no relatório supracitado, tal qual o paradigma que a inspirou, isto é, a Constituição argentina, que, com a reforma de 1994, como bem disse Celso de Mello, somente “*atribuiu* hierarquia constitucional a *determinados* tratados internacionais que versem o tema dos direitos humanos (art. 75, n. 22)” (BRASIL, 2009, p. 1258).

Dessa forma, o § 3º, inserido no art. 5º da Constituição pela Emenda Constitucional n. 45, acabou por gerar as mesmas perplexidades de seu paradigma, isto é, conferiu estatura hierárquica diversa a tratados cujo conteúdo versa sobre a mesma temática.

Sobre o § 3º do art. 5º da Constituição, afirma Celso Lafer (2005, p. 15-18) tratar-se de uma espécie de norma interpretativa que demanda para a aprovação dos tratados internacionais sobre direitos humanos o processo de elaboração das emendas constitucionais, processo que entende deva ser respeitado a partir da edição da citada emenda. Defende, no entanto, que os tratados dessa espécie que foram internalizados antes da Constituição de 1988 gozam do *status* de norma constitucional, por terem sido recepcionados pelo § 2º do art. 5º, e que os incorporados entre a promulgação da Constituição de 1988 e da Emenda Constitucional n. 45 integram o bloco de constitucionalidade e gozam, portanto, do *status* de norma constitucional, mas apenas no sentido material, por não terem sido aprovados com a formalidade do quórum previsto para as emendas constitucionais.

Dessa opinião compartilha Flávia Piovesan (2009, p. 71-78). A autora conclui que todos os tratados internacionais sobre direitos humanos são materialmente constitucionais, mas que somente os tratados inseridos no ordenamento jurídico nacional após a Emenda Constitucional n. 45 são material e formalmente constitucionais.

Francisco Rezek (2008, p. 101-103), por sua vez, entende que a inserção do § 3º no art. 5º da Constituição reflete a intenção do Constituinte derivado de elevar ao nível de norma constitucional os tratados sobre direitos humanos outrora concluídos, no que é acompanhado, *mutatis mutandis*, por André Ramos Tavares (2005, p. 47-48).

No meio acadêmico também não passaram em branco as incongruências do § 3º, inserido no art. 5º da Constituição pela Emenda Constitucional n. 45.

Mazzuoli (2011, p. 827) alerta sobre a impropriedade de se dar “tratamento diferente para normas internacionais que têm o mesmo fundamento de validade, ou seja, hierarquizando diferentes tratados que têm o mesmo conteúdo ético”, referindo-se àqueles que visam a proteção internacional dos direitos humanos.

Flávia Piovesan (2009, 72-73) adverte sobre a inconveniência de se conferir hierarquia legal ao instrumento principal do tratado, e ao seu protocolo facultativo hierarquia constitucional. Cita como exemplo a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, aderida pelo Brasil desde 1989, cujo Protocolo Facultativo já estava em via de ratificação, com a possibilidade de desfrutar de *status* constitucional.

A possibilidade de se atribuir estatura hierárquica diversa a instrumentos de um tratado resulta, entre outros inconvenientes, na atribuição do controle da produção normativa a órgãos judiciais diversos, cuja competência fica condicionada ao quórum de votação pelo qual foram internalizados, possibilitando decisões divergentes sobre matérias com conteúdo que, por vezes, se confundem.

Assim, evidente a possibilidade do paradoxo do patamar hierárquico diverso referente ao tratado e aos instrumentos que lhes são subsequentes, que podem receber estatura hierárquica diferente, apesar de vinculados a idêntico objeto.

Destarte, o controle da produção normativa em face do tratado será feito pelo STF, caso venham a ganhar estatura constitucional, ou pelo Superior Tribunal de Justiça, caso venham a deter *status* de norma não constitucional.

Outra situação que causa espécie é o fato de o § 3º, inserido no art. 5º da Constituição, apresentar-se como desprovido de imperatividade ao não impor o quórum de votação próprio das Emendas Constitucionais ao procedimento de aprovação dos tratados interna-

cionais sobre direitos humanos, com o fim de garantir-lhes *status* de norma constitucional, embora exija esse procedimento como requisito para alcançarem estatura equivalente à das Emendas, levando a crer, a princípio, que firmou uma faculdade e não uma obrigação.

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

Francisco Rezek (2008, p. 102), ao comentar referida disposição constitucional, menciona que poderá haver dúvida se matéria constante do tratado versar a temática *direitos humanos*, contudo enfatiza que “se tal for o caso o Congresso seguramente adotará o rito previsto no terceiro parágrafo, de modo que, se aprovado, o tratado se qualifique para ter estatura constitucional desde sua promulgação”.

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

Corroborar essa presunção Celso de Mello, ao manifestar que os tratados internacionais sobre direitos humanos celebrados após a Emenda Constitucional n. 45, “*para se impregnarem* de natureza constitucional, *deverão* observar o “*iter*” procedimental estabelecido pelo § 3º do art. 5º da Constituição”. (BRASIL, 2009, p. 1238, grifos no original).

Disso decorre a conclusão de que o Congresso Nacional utilizará a norma se e quando achar oportuno, o que confere ao § 3º do art. 5º da Constituição o caráter de norma permissiva, fato que, logicamente, não lhe confere natureza teratológica.

Bobbio (2001, p. 126) manifesta que, partindo-se do pressuposto da imperatividade, a norma permissiva tem como função “[...] eliminar um imperativo em determinadas circunstâncias ou com referência a determinadas pessoas, e, portanto, *as normas permissivas pressupõem as normas imperativas*”.

Nesse diapasão, evidencia-se a necessidade de se indagar *qual o imperativo eliminado pela norma permissiva disposta no § 3º do art. 5º da Constituição*.

Antes de qualquer resposta a esse respeito, é importante esclarecer que as normas permissivas se distinguem em positivas e negativas, isto é, aquelas que permitem fazer e as que permitem não fazer, e podem, assim, ser chamadas de permitidas ou de facultativas, respectivamente (BOBBIO, 2001, p. 127).

Ora, analisando-se a norma enunciada no § 3º do art. 5º da Constituição, conclui-se que se trata de uma norma permissiva facultativa, isto é, uma norma que permite ao legislador não adotar, se assim entender, o quórum de votação pertinente às emendas constitucionais quando da internalização dos tratados internacionais sobre direitos humanos ao ordenamento jurídico nacional, salvo se tiver a intenção de atribuir estatura material e formalmente constitucional à referida norma, tornando-a, assim, equivalente à emenda constitucional.

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

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

Assim, podemos voltar à pergunta, antes formulada, sobre qual o imperativo eliminado pela norma permissiva disposta no § 3º do art. 5º da Constituição.

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

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

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

Surge aqui, porém, uma outra indagação: *o § 3º anulou a força normativa decorrente do § 2º? Em outras palavras: o § 3º retirou a eficácia do § 2º?*

5.1 Avanço ou retrocesso?

Como foi reportado, visou a introdução do § 3º no art. 5º da Constituição “outorgar explícita hierarquia constitucional aos tratados celebrados pelo Brasil, em matéria de direitos humanos” (BRASIL, 1999, p. 832), com o objetivo de afastar “a discussão em torno do alcance do art. 5º, § 2º” (BRASIL, 1999, p. 832).

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

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

Em outras palavras, disse o Constituinte derivado que, a partir da promulgação da Emenda Constitucional n. 45, os tratados internacionais sobre direitos humanos só ganham *status* de norma

constitucional caso incorporados ao ordenamento jurídico com o quórum de votação qualificado, isto é, com o quórum de votação pertinente às emendas constitucionais.

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

O STF, ao decidir o Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP, acabou por não enfrentar essa questão, em que pese a sua relevância, uma vez que optou por adotar o entendimento de que a Emenda Constitucional n. 45, ao inserir o § 3º no art. 5º da Constituição, superou qualquer discussão nesse sentido, isto é, acerca da pretensão de os tratados internacionais de direitos humanos ingressarem no ordenamento jurídico nacional como normas materialmente constitucionais.

Em voto lançado no referido recurso extraordinário, após subentender condicionada eventual incorporação dos tratados internacionais como normas constitucionais a uma suposta cláusula aberta de recepção, Gilmar Mendes deixou claro que “a discussão em torno do *status* constitucional dos tratados de direitos humanos foi, de certa forma, esvaziada pela promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004, a Reforma do Judiciário” (BRASIL, 2009, p. 1144).

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

A ideia da existência de uma cláusula aberta de recepção a permitir a incorporação direta dos tratados internacionais sobre direitos humanos como normas materialmente constitucionais, embora defendida com vigor por Cançado Trindade, já não se demonstrava

factível à época da proposição da redação do § 2º do art. 5º da Constituição, em que pese a natureza inicial, autônoma e ilimitada do Poder Constituinte originário, uma vez que este já optara por adotar o princípio da supremacia da Constituição, colocando a Carta no ápice da hierarquia das normas, a servir de fonte de validade para os demais atos legislativos inseridos no ordenamento jurídico, cumprindo a formalidade por ela determinada, princípio há muito prestigiado pela jurisprudência do STF.

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

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

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

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

Assim o fez o Constituinte originário ao formular o enunciado constante do § 2º, isto é, tornou os tratados internacionais sobre direitos humanos normas constitucionais, sem impor a adoção de

um processo de incorporação mais rígido do que o descrito para os demais tratados, contentando-se, destarte, com o quórum de votação estabelecido como regra para as deliberações das Casas do Congresso Nacional, isto é, a maioria simples dos votos, uma vez presente a maioria absoluta dos integrantes da Casa.

Evidente, portanto, que o fato de o STF não ter feito a leitura do § 2º do art. 5º e ter atribuído natureza supralegal aos tratados internacionais sobre direitos humanos com base somente na leitura do § 3º, reputando a vontade do Constituinte derivado em conferir aos tratados internalizados antes da Emenda Constitucional n. 45 um *status* especial, não salvaguarda referida disposição constitucional da pecha de retrocesso.

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

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

Tempos atrás, quando da luta pela implantação da federação americana, Hamilton afirmou em seus escritos que “se a vontade do legislativo, declarada nos seus decretos, está em oposição à do povo, declarada na Constituição, caberá a esta reger os juízes e não àqueles” (HAMILTON; MADISON; JAY, 1964, p. 144).

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

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

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

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

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

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

Dessa forma, embora tenha se mantido intacto o enunciado do § 2º, evidencia-se que a edição do § 3º suprimiu sua eficácia,

limitando ou anulando seu alcance, a pretexto de aclarar ou interpretar seu conteúdo, tornando, dessa forma, seu enunciado verdadeira letra morta.

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

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

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

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

5.2 Violação à cláusula pétrea?

A norma insculpida no § 2º do art. 5º da Constituição pelo Constituinte originário encontra seu fundamento nos motivos políticos decorrentes dos tempos da ditadura que impulsionaram a

defesa dos direitos humanos em reação ao arbítrio do passado, na busca da efetivação do vetusto anseio da limitação do poder.

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

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

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

A norma revestida da natureza de cláusula pétrea deve estar a salvo de ímpetus legislativos ocasionais que objetivem romper com princípios e estruturas essenciais à Constituição (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 295), não para preservação da sua redação, mas para manter a função que ela desempenha no contexto constitucional.

Dessa forma, não é demasiado dizer que “os valores permanentes inscritos na Constituição têm primazia sobre as circunstâncias da política ordinária” (BARROSO, 2009, p. 119), o que motiva a manutenção da eficácia do § 2º do art. 5º da Constituição.

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

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

Segundo Canotilho (1997, p. 1210), “deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo-se a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a actualização normativa, garantindo mesmo pé, a sua eficácia e permanência”.

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

Destarte, embora salutar e próprio que a hermenêutica constitucional seja pluralista, englobando não só participantes da esfera estatal, dentro da qual se ressalta o importante papel do Poder Legislativo, “Subsiste sempre a responsabilidade da jurisdição constitucional, que fornece, em geral, a última palavra sobre a interpretação” (HÄBERLE, 2002, p. 14), a qual espera o § 3º, frente ao enunciado do § 2º, e não vice-versa.

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

6 Conclusão

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

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

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

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

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

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

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

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

Referências

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

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

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

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

BRASIL. Lei n. 2.416, de 28 de junho de 1911. Regula a extradição de nacionais e estrangeiros e o processo e julgamento dos mesmos, quando, fora do país, perpetrarem alguns dos crimes nela mencionados. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=2416&tipo_norma=LEI&data=19110628&link=s>. Acesso em: 1º fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.480-3/DF, de 4 set. 1997. Relator: min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.STF.jus.br/paginador-pub/paginador.jps?docTP=AC&docID=347083>>. Acesso em: 1º fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 595/ES, de 18 fev. 2002. Relator: min. Celso de Mello. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14815695/acao-direta-de-inconstitucionalidade-ADI-595-es-STF>. Acesso em: 27 fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Apelação Cível n. 7872/RS, de 11 out. 1943. Relator: min. Philadelpho Azevedo. Relator para o acórdão: min. Laudo de Camargo. Disponível em: <<http://redir.STF.jus.br/paginadorpub/paginador.jps?docTP=AC&docID=519551>>. Acesso em: 1º fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Apelação Cível n. 9583/RS, de 26 jun. 1950. Relator: min. Lafayette de Andrada. Disponível em: <<http://redir.STF.jus.br/paginadorpub/paginador.jps?docTP=AC&docID=31070>>. Acesso em: 1º fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Apelação Cível n. 9587/RS, de 21 ago. 1951. Relator: min. Lafayette de Andrada. Disponível em: <<http://redir.STF.jus.br/paginadorpub/paginador.jps?docTP=AC&docID=25026>>. Acesso em: 1º fev. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação Cível n. 71.154/PR, de 4 ago. 1971. Relator: min. Oswaldo Trigueiro. Disponível em: <<http://redir.STF.jus.br/paginadorpub/paginador.jps?docTP=AC&docID=166999>>. Acesso em: 1º fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 72.131-1/RJ, de 23 nov. 1995. Relator: min. Marco Aurélio. Relator para o acórdão: min. Moreira Alves. Disponível em: <<http://redir.STF.jus.br/paginadorpub/paginador.jps?docTP=AC&docID=73573>>. Acesso em: 1º fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 79.785-7/RJ, de 29 mar. 2000. Relator: min. Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://redir.STF.jus.br/paginadorpub/paginador.jps?docTP=AC&docID=102661>>. Acesso em: 1º fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 80.004/SE, de 1º jun. 1977. Relator: min. Xavier de Albuquerque. Relator para o acórdão: min. Cunha Peixoto. Disponível em: <<http://redir.STF.jus.br/paginadorpub/paginador.jps?docTP=AC&docID=175365>>. Acesso em: 1º fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP. Relator: min. Cezar Peluso, publicado no *DJ* de 5 jun. 2009. Disponível em: <<http://redir.STF.jus.br/paginadorpub/paginador.jps?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 11 jan. 2013.

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

CARTA ROGATÓRIA N. 89, DE 1940. *Revista de Jurisprudência Brasileira*. Rio de Janeiro: Redação e Administração. Ago. 1944. Mensal. v. LII, f. 155, p. 133-173.

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

- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 2002.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *Sobre a Constituição dos Estados Unidos*. São Paulo: Ibrasa, 1964.
- LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: constituição, racismo e relações internacionais*. Barueri, SP: Manoele, 2005.
- MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. *Curso de Derechos Fundamentales*. Madri: Eudema, 1991.
- _____. *Ética, poder y derecho: reflexiones ante el fin de siglo*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.
- MAZZUOLI, Valerio Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 5. ed. São Paulo: RT, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- RODRIGUES, Manoel Coelho. *A extradição: no direito brasileiro e na legislação comparada*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1930. Tomo III, Anexos A e B, p. 75-78.
- TAVARES, André Ramos. *Reforma do judiciário no Brasil pós-88: (des) estruturando a justiça: comentários completos à EC n. 45/04*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 47-48.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, ano 2, v. 2, n. 2, 2001, p. 13-39, ISSN 1677-1419.