



**LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE
CURSO DE DIREITO**

LEANDRO CESAR CRUZ DE SÁ

**A HIERARQUIA NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS
GARANTISTAS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

**NATAL-RN
2013**

LEANDRO CESAR CRUZ DE SÁ

**A HIERARQUIA NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS
GARANTISTAS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Trabalho apresentado como requisito para obtenção de título de Bacharel no Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN –, sob a orientação do Professor Orientador Flávio Freire.

**NATAL-RN
2013**

Catálogo na Publicação – Biblioteca do UNI-RN
Setor de Processos Técnicos

Sá, Leandro Cesar Cruz de.

A hierarquia normativa dos tratados internacionais garantistas à luz da constituição federal de 1988. / Leandro Cesar Cruz de Sá. – Natal, 2013.
54 f.

Orientador: Profº. Flávio Freire.

Monografia (Graduação em Direito) – Centro universitário do Rio Grande do Norte.

1. Direito - Monografia. 2. Constituição - Monografia. 3. Tratados Internacionais - Direitos Humanos - Monografia. 4. Hierarquia - Monografia. I. Freire, Flávio. II. Título.

RN/UNI-RN/BC

CDU 342.7

BIBLIOTECA UNI-RN

342.7 S111h - RB: 37627 (M002169)

Título: A hierarquia normativa dos tratados ...

Autoria: Sá, Leandro César Cruz de
2013, ex. 1

Dedico esse trabalho primeiramente aos meus pais, Carlos Lorenzetti e Rejane Lorenzetti, que desde meu nascimento se esforçaram para me dar uma educação de qualidade; à minha companheira, que esteve ao meu lado durante boa parte do curso e me deu apoio sempre que pode; e aos meus amigos e familiares, sempre fiéis e que torcem diariamente pelo meu sucesso – principalmente ao finado amigo-irmão Danilo Müller, que enquanto esteve nessa vida terrena me apoiou substancialmente na carreira que pretendi e ainda pretendo seguir.

AGRADECIMENTOS

Por ter chegado ao final deste trabalho com resultado satisfatório, gostaria de agradecer imensamente ao meu orientador, Professor Flavio Freire, que se empenhou em desenvolver o tema e disponibilizou itens de sua biblioteca pessoal para tanto; à minha namorada, Agnes Sales, por ter ficado ao meu lado sempre que precisei, me dando apoio incondicional; ao meu estimado Pai, Carlos Lorenzetti, por sua assistência dada sempre que solicitada; ao meu primo, Eduardo Cruz, por ter me ajudado com a parte de traduções do Resumo; ao amigo Emanuell Cavalcanti, por suas considerações, críticas e sugestões ao trabalho, que muito me auxiliaram.

“Vocês riem de mim por eu ser diferente, e eu
rio de vocês por serem todos iguais”

Bob Marley

RESUMO

O tema ora proposto aborda a hierarquia normativa dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos sob a égide da Constituição Federal de 1988, vislumbrando se possuem natureza de lei ordinária, de normas constitucionais ou mesmo caráter supralegal. Sob essa perspectiva, foi feita análise literal e gramatical das disposições constitucionais concernentes à temática, bem como significativa pesquisa das diversas interpretações cabíveis no campo doutrinário e jurisprudencial, almejando alcançar aprofundada hermenêutica acerca do assunto. Contudo, muito embora não fosse o objetivo inicial, as elucubrações alcançadas no decorrer do presente trabalho conduziram à aferição de possível inconstitucionalidade de um dos dispositivos outrora analisados – o §3º do art. 5º da CF/88 –, tido como ícone da inovação que ocasionou a defesa e valorização dos Direitos Humanos no Brasil, o que enriqueceu os debates instaurados. Na verdade, a análise mais detalhada da EC nº 45/2004 – que inseriu o referido §3º ao art. 5º – conduziu à conclusão de que a referida atividade legislativa afrontou dispositivos como a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais e sua identificação como cláusulas pétreas, maculando os direitos mínimo-irredutíveis limitativos previstos no texto constitucional. Com efeito, o presente trabalho pretende questionar o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal no que tange à hierarquia normativa dos Tratados Internacionais Garantistas na ordem jurídica brasileira, sinalizando que pode estar havendo omissão do Pretório Excelso no dever de guarda da *Lex Mater* quando despreza a inconstitucionalidade do §3º do art. 5º, alhures mencionado. Para tanto, o estudo ora exposto baseou-se em pesquisas qualitativas bibliográficas, legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais sob o manto do Direito Constitucional, Direitos Internacional e Direitos Humanos. Por derradeiro, chegou-se, de fato, à conclusão de que os Tratados Internacionais que tratam acerca dos Direitos Humanos, na desde o texto original proposto em 1988, possuem hierarquia normativa constitucional, e não de mera supralegalidade, como entende a atual Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Ademais, se constatou que o §3º do art. 5º da CF/88, ao invés de um avanço à defesa e valorização dos Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro, somente reflete a inconstitucionalidade da EC nº 45/2004, uma vez que afronta um limite material imposto pelo legislador constituinte originário ao poder reformador, desprezando dicções jurídicas diversas da Lei Maior.

Palavras-chave: Constituição. Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Hierarquia.

ABSTRACT

The theme here proposed addresses the normative hierarchy of International Treaties of Human Rights under the aegis of the 1988 Brazilian Constitution, evaluating if they have the nature of ordinary law, constitutional norms or even an above-the-law character. From this perspective, it was carried a literal and grammatical analysis of the constitutional provisions concerning the theme, as well as significant research of several reasonable interpretations in the fields of doctrine and jurisprudence, aiming to achieve deep hermeneutics about the subject. However, although it was not the initial goal, what was elicited in the course of this study led to the assessment of possible unconstitutionality of a device previously analyzed - §3 of art. 5 of 1988 Brazilian Constitution -, seen as an icon of innovation that led to the defense and improvement of Human Rights in Brazil, which enriched the debates initiated. Actually, a more detailed analysis of the Constitutional Amendment No. 45/2004 – which brought §3 to art. 5 – led to the conclusion that the abovementioned legislative activity defied devices such as the immediate applicability of fundamental rights and guarantees and its identification as immutable clauses, defiling minimum-irreducible limiting rights provided in the Constitution. Indeed, this work aims to question the current understanding of the Supreme Court regarding the legal hierarchy of international treaties in the Brazilian legal order, signaling that there may be omission as for the duty of guarding the *Lex Mater* when it despises unconstitutionality of §3 of art. 5, mentioned before. Therefore, the study here exposed was based on qualitative research on literature, law, doctrine and jurisprudence under the cloak of Constitutional Law, International Law and Human Rights. In the end it was in fact concluded that the International Treaties dealing on Human Rights, since the original text proposed in 1988, have constitutional hierarchy of norms, and not only an above-the-law nature as the current Supreme Court jurisprudence understands. Moreover, it was found that § 3 of art. 5 of CF/88 instead of a forward defense and enhancement of Human Rights in the Brazilian legal system, only reflects the unconstitutionality of the EC No. 45/2004, since it defies a material limit imposed by the constituent legislator original the Reform power, despising legal dictions of other than the Higher Law.

Keywords : Constitution . International Treaties on Human Rights. Hierarchy

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 ANÁLISE CRÍTICA DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004.....	12
3 DIREITOS FUNDAMENTAIS X DIREITOS HUMANOS.....	20
4 A APLICABILIDADE IMEDIATA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	25
5 NORMAS FORMAL E MATERIALMENTE CONSTITUCIONAIS.....	30
6 DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO CLÁUSULAS PÉTREAS.....	38
7 ELEMENTOS MÍNIMO-IRREDUTÍVEIS LIMITATIVOS.....	45
8 CONCLUSÕES.....	51
REFERÊNCIAS.....	54

1 INTRODUÇÃO

É cediço o fato de que um documento constitucional, em um Estado Democrático de Direito, **consubstancia**, inicialmente, uma espécie de pacto através do qual os cidadãos fixam entre si o objetivo de constituir um sistema orgânico que possa reger a vida em sociedade, o qual deverá ponderar os direitos e garantias individuais em face à necessária defesa da coletividade quando contrapostos ao indivíduo. Ao dito sistema orgânico, pois, convencionou-se chamar de Estado Constituído, e à força motriz que ocasionou este Estado costuma-se nomear poder constituinte originário.

Outra vertente que deve ser elucidada acerca de um documento constitucional é a que lhe reconhece a função de estabelecer quais serão as prerrogativas, os limites, a organização estrutural e diversos outros fatores atinentes ao Estado Constituído, devendo nele se estabelecer previamente as diretrizes e ideais que devem ser seguidos pelo ordenamento jurídico pátrio como um todo sistêmico.

Com efeito, importante também asseverar que a Constituição de um Estado, por ser resultante da manifestação dos próprios indivíduos que passam a se organizar em sociedade, deve encabeçar toda a estrutura normativa dela decorrente, de forma que todos os órgãos por ela criados e regidos lhe devem obediência e sujeição, sob pena de se quebrar a própria ordem natural de supremacia do poder constituído.

Nessa esteira, brilhante a explanação de **UADI LAMMÊGO BULOS** quando leciona que “*Direito Constitucional é a parcela da ordem jurídica que compreende a ordenação sistemática e racional de um conjunto de normas supremas encarregadas de organizar a estrutura do Estado e delimitar as relações de poder*” (BULOS, 2012, p. 56). Assim sendo, importante fixar a premissa de que a República Federativa Brasileira, sendo regida nos moldes de um Estado Democrático de Direito, tem a Constituição Federal de 1988 como sua Lei Maior, ou seja, como o topo da estrutura normativa do ordenamento jurídico brasileiro.

Com efeito, depois de fixada a premissa acima referida – sinteticamente demonstrada –, de bom alvitre registrar que o presente trabalho, analisando um evento legislativo específico ocorrido no Congresso Nacional no ano de 2004 (dois mil e quatro), naquilo que toca à hierarquia normativa dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro, e pelo qual o poder constituinte reformador alterou o texto constitucional editado pelo poder constituinte originário, tem a finalidade precípua de verificar se foram respeitadas as limitações estabelecidas pela *Lex Mater* nas hipóteses de sua reforma, quando contra-

postas aos direitos e garantias fundamentais trazidos pela Constituição Federal de 1988.

Ademais, levando em consideração que a discussão ora proposta já sofreu apreciação jurisdicional em oportunidades diversas, destaca-se que as críticas aqui estabelecidas ressoarão não só no Congresso Nacional, enquanto representante do Poder Legislativo Federal e autor da alteração, mas também no Supremo Tribunal Federal (STF), órgão de cúpula do Poder Judiciário Brasileiro e guardião da Constituição Federal de 1988, à qual deve zelo, respeito e, principalmente, garantia de sua efetividade.

Por derradeiro, se aduz que a análise que se faz no presente trabalho leva em consideração tanto princípios e dispositivos constitucionais quanto posicionamentos Doutrinários e das Jurisprudências do Supremo Tribunal Federal, havendo a conclusão de que possivelmente a atividade legislativa que culminou na Emenda Constitucional nº 45/2004, especificadamente no que tange à inserção do §3º ao art. 5º da CF/88, resta acometida de notória inconstitucionalidade, vez que desrespeita os limites materiais impostos pelo legislador constituinte originário, inclusive olvidando alguns princípios norteadores estabelecidos na própria Carta Magna.

2 ANÁLISE CRÍTICA DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004

Há cerca de 08 (oito) anos – mais precisamente no ano de 2004 –, o Brasil foi contemplado por um evento jurídico-legislativo que se identificou como Reforma do Judiciário – foi a Emenda Constitucional nº 45, de 31 de dezembro de 2004.

Dentre várias alterações no ordenamento jurídico brasileiro, que não importarão à análise do presente Trabalho de Conclusão, a referida Emenda acrescentou ao artigo 5º da Constituição Federal Brasileira de 1988 o §3º – relativo aos Tratados Internacionais que versem acerca dos Direitos Humanos. Eis o teor do referido dispositivo, *in litteris*:

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 igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

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

(BRASIL, Anne Joyce Angher, 2010, pgs. 23-28 – Grifo Nosso)

Como se percebe, o dispositivo supramencionado prevê a possibilidade de se conferir aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, obedecido *quórum* diferenciado de votação, *status* formalmente constitucional. Ou seja, preenchidos os requisitos formais e aprovada a proposta, passa o Tratado a incorporar a Constituição Federal como se nela própria estivesse transcrito.

Com efeito, muitos juristas se prestaram a parabenizar o legislador pela alteração constitucional, aduzindo que o caminho de privilegiar as matérias concernentes à defesa dos Direitos Humanos ao nível constitucional é uma tendência mundial. Para eles, posicionar estes diplomas internacionais específicos na mesma hierarquia da legislação ordinária brasileira – que é dispensada, ressalta-se, aos demais Tratados Internacionais – não condizia com a importância que a matéria reclama, inclusive indo contra o próprio texto constitucional, que em seu art. 4º, II, prevê a “*prevalência dos direitos humanos*” como princípio da República Federativa do Brasil nas relações internacionais¹.

¹ Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:
II - prevalência dos direitos humanos;

Contudo, no meio destas congratulações – merecidas sob o ponto de vista supra apontado, saliente-se – outra corrente fora evidenciada. Ocorre, que enquanto alguns distinguem a inovação trazida pelo §3º do art. 5º como pioneira no sentido de conferir proteção constitucional aos Tratados Internacionais que versem acerca dos Direitos Humanos, outros a viam apenas como a concessão do *status* formalmente constitucional aos diplomas, tendo em vista que o *status* materialmente constitucional sempre existiu, porquanto tais Tratados compõem o Bloco de Constitucionalidade.

Nesta esteira, juristas como **FLÁVIA PIOVESAN** e **LUÍS FLÁVIO GOMES** defenderam a tese de que os Tratados ora em reflexão, desde a vigência da Constituição Federal de 1988, sempre tiveram força normativa de norma constitucional, inclusive gozando de aplicabilidade imediata, em obediência ao §1º do art. 5º. *In verbis*, trecho do artigo “*O STF e a nova hierarquia dos tratados de direitos humanos no Brasil: do status de lei ordinária ao nível supralegal*”, publicado por **LUÍS FLÁVIO GOMES**:

A cláusula aberta do § 2.º do art. 5.º da Carta de 1988 sempre admitiu o ingresso dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no mesmo grau hierárquico das normas constitucionais, e não em outro âmbito de hierarquia normativa. Portanto, segundo sempre defendemos, o fato de esses direitos se encontrarem em tratados internacionais jamais impediu a sua caracterização como direitos de *status* constitucional.

(GOMES, Luís Flávio, 2007. Disponível em <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20070319115849842>. Acesso em 03 de outubro de 2012)

Em mesmo sentido e com a mesma maestria, assim leciona a Ilustre **FLÁVIA PIOVESAN**, *in litteris*:

Logo, por força do art. 5º, §§1º e 2º, a Carta de 1988 atribui aos direitos enunciados em tratados internacionais a hierarquia de norma constitucional, incluindo-os no elenco dos direitos constitucionalmente garantidos, que apresentam aplicabilidade imediata. A hierarquia constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos decorre da previsão constitucional do art. 5º, §2º, à luz de uma interpretação sistemática e teleológica da Carta, particularmente da prioridade que atribui aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana.

(PIOVESAN, Flávia, 2009, p. 129)

Como se percebe, os juristas ora citados aduzem que a Lei Maior, sob a égide de uma interpretação sistemática e teleológica do art. 5º, §2º, sempre conferiu hierarquia consti-

tucional aos Tratados de Proteção dos Direitos Humanos. A inovação da Emenda, como já ressaltado, teria sido apenas a previsão da possibilidade de serem os referidos Tratados, após procedimento especial, incorporados à Constituição como se lá mesmo estivessem transcritos – conferindo *status* formalmente constitucional aos instrumentos internacionais, portanto.

Contudo, tal tese, defendida há muitos anos não só pelos doutrinadores mencionados, mas por vozes menos ecoantes de alguns estudiosos, não fora contemplada pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Na realidade, pode-se dizer que a tese sequer fora mensurada de forma aprofundada, permitindo a conclusão de ser ou não cabível tal interpretação.

De fato, no julgamento do RE nº 466.343/SP, o **MINISTRO GILMAR MENDES**, em seu voto, chegou a mencionar a tese acima esboçada acerca do §2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988. Porém, suas explanações foram encerradas – sem conclusão de pensamento – sob o seguinte pretexto:

Apesar da interessante argumentação proposta por essa tese, parece que a discussão em torno do *status* constitucional dos tratados de direitos humanos foi, de certa forma, esvaziada pela promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, a Reforma do Judiciário [...] Em termos práticos, trata-se de uma declaração eloqüente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais.

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, Tribunal Pleno, Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008 – Grifo nosso)

Ora, não é preciso sequer esforço para perceber que a justificativa do Ministro para o encerramento das discussões, no Tribunal, acerca da pertinência ou não da tese evidenciada pelos juristas alhures mencionados – com o devido respeito à Sua Excelência – foi um tanto simplista, pragmática, e, porque não dizer, insuficiente para o fim a que pretendeu se prestar.

Deve ser observado que o **MINISTRO GILMAR MENDES**, além de não ter se debruçado de forma mais aprofundada acerca da pertinência da tese, desprezando-a de forma sutil, aproveitou o embalo de seu voto para, utilizando-se da inovação legislativa trazida pela EC nº 45/2004, fortificar a inexistência de hierarquia materialmente constitucional aos Tratados que, muito embora versem acerca dos Direitos Humanos, não preencham os requisitos do §3º, trazidos pela Emenda. Em outras palavras, enquanto a tese ofertada pelos juristas mencionados defende a diferenciação entre os Tratados **materialmente constitucionais** e os **formal e materialmente constitucionais** – estes últimos tendo sido criados pela Emenda Constitui-

onal nº 45 –, aduz o Ministro que a criação destes anulou qualquer hipótese de existência daqueles, como se fossem incompatíveis, excludentes entre si.

Se observado atentamente, o argumento que repousa no âmago da tese defendida por **LUÍS FLÁVIO GOMES** e **FLÁVIA PIOVESAN** é o de que o §3º do art. 5º não veio para conferir aos Tratados de Direitos Humanos hierarquia constitucional – uma vez que o §2º do mesmo artigo já o fez em 1988 –, mas sim de garantir a estes diplomas internacionais a possibilidade de deterem *status* formalmente constitucional, passando, após procedimento especial de votação, a incorporar a Constituição como se transcritos estivessem no seu próprio texto normativo, bem como a gozar de prerrogativas atinentes à espécie legislativa.

Em poucos termos, defendem os juristas que o §3º somente ampliou o espectro de incidência dos diplomas internacionais que versem acerca dos Direitos Humanos, permitindo-lhes, além do *status* materialmente constitucional, que possam vir a ser formalmente constitucionais, fortalecendo-os perante as demais normas infraconstitucionais.

Nesse diapasão, os Tratados que fossem, após a EC nº 45/2004, aprovados pelo quórum especial previsto no §3º passariam a incorporar a Constituição Federal como se nela estivessem transcritos. Noutro bordo, os diplomas que não fossem submetidos ou mesmo não aprovados com tal quórum, continuariam a gozar apenas do *status* materialmente constitucional concedido pelo §2º.

Contudo, as elucubrações do **MINISTRO GILMAR MENDES** não contemplaram tal tese, tendo em vista que consideraram terem os Tratados Internacionais que versem acerca de Direitos Humanos e não submetidos ao crivo da votação com *quórum* especial – muito embora não devam mais encerrar hierarquia de lei ordinária, o que já foi um avanço – ocupariam mera posição de *supralegalidade* no ordenamento jurídico brasileiro. *In verbis*, trecho do *decisum*:

[...] a mudança constitucional ao menos acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados e convenções internacionais já ratificados pelo Brasil, a qual tem sido preconizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde o remoto julgamento do RE nº 80.004/SE, de relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque [...]. Após a reforma, ficou ainda mais difícil defender a terceira das teses acima enunciadas, que prega a ideia de que os tratados de direitos humanos, como quaisquer outros instrumentos convencionais de caráter internacional, poderiam ser concebidos como equivalentes às leis ordinárias.

[...]

A tese da legalidade ordinária dos tratados internacionais foi reafirmada em julgados posteriores (RE nº 206.482-3/SP, Rel. Min. Mauricio Corrêa, julgado em 27.5.1998, DJ 5.9.2003; HC nº 81.319-4/GO, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 24.4.2002, DJ 19.8.2005) e mantém-se firme na jurisprudên-

cia do Supremo Tribunal Federal.

É preciso ponderar, no entanto, se, no contexto atual, em que se pode observar a abertura cada vez maior do Estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção dos direitos humanos, essa jurisprudência não teria se tornado completamente defasada.

[...]

Tudo indica, portanto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sem sobra de dúvidas, tem de ser revisitada criticamente.

[...]

Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade.

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 466.343/SP*, Tribunal Pleno, Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008 – Grifo nosso)

Como se percebe, o Ministro, tendo reconhecido que o cenário jurídico brasileiro, perante os avanços globais na defesa dos Direitos Humanos, não mais comportava os tratados e convenções acolhidos na mesma hierarquia de lei ordinária, votou no sentido de que a proteção dos referidos diplomas normativos deveria ser majorada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), porém sem reconhecer-lhes, como asseverado alhures, hierarquia materialmente constitucional.

Ora, resta evidente que o Supremo Tribunal Federal (STF), por intermédio do entendimento esmiuçado – principalmente – pelo **MINISTRO GILMAR MENDES** no momento em que aduziu que “*a discussão em torno do status constitucional dos tratados de direitos humanos foi, de certa forma, esvaziada pela promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, a Reforma do Judiciário*” (BRASIL, 2008), não só negou a essência constitucional dos Tratados Internacionais nos termos do §2º do art. 5º, como quis o constituinte, mas acabou por legitimar atividade do Poder Legislativo, que inovou ao criar outro-requisito necessário ao reconhecimento da hierarquia constitucional e estes diplomas, qualidade que não fora incluída pelo próprio constituinte. Em poucas palavras, o Congresso Nacional criou uma barreira para o alcance, pelo cidadão, aos direitos humanos fundamentais contemplados pela cláusula de abertura prevista no §2º do art. 5º, e o Supremo Tribunal Federal (STF), guardião da Constituição, ratificou a conduta – de forma sutil.

Com efeito, se levado em consideração o entendimento do Excelso Pretório, até hoje mantido, acerca da matéria, no sentido do voto proferido pelo Ministro, que conferiu *status* de

mera *supralegalidade* aos Tratados de Direitos Humanos não submetidos ao *quórum* especial do §3º do art. 5º, e não de hierarquia constitucional, se percebe que tenta o Tribunal impelir ao jurisdicionado interpretação da Carta Magna que vai frontalmente contra o próprio texto do §2º do mesmo artigo.

De fato, depois da análise até aqui apresentada, acerca dos dispositivos constitucionais, das posições doutrinárias e dos entendimentos jurisprudenciais exibidos, cogente é a percepção de que assiste razão aos juristas **LUÍS FLÁVIO GOMES** e **FLÁVIA PIOVESAN**, quando lecionam no sentido de que os Tratados que versem acerca de Direitos Humanos possuem força normativa materialmente constitucional, em conformidade com o art. 5º, §2º, da Constituição Federal de 1988.

Na realidade, pode-se até dizer que já houve vozes no próprio Supremo Tribunal Federal (STF) que contemplaram esta tese, entendendo como desarrazoada a equiparação dos Tratados de Direitos Humanos às leis ordinárias, antes mesmo do entendimento perfilhado pelo Ministro Gilmar Mendes acerca da dita *supralegalidade* dos diplomas. Eis alguns trechos do voto do **MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE**, no RHC 70.785-7/RJ, no ano de 2000:

À primeira vista, parificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5º, §2º, da Constituição, seria esvaziar de muito o seu sentido útil à 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 (...) 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.”

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 79.785-7/RJ*, Tribunal Pleno, Brasília, DF, 29 de março de 2000 – Grifei)

A título de informação, é oportuna a transcrição do dispositivo supramencionado, *in litteris*, para dar supedâneo ao que alhures se concluirá:

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 igualdade, 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.

(BRASIL. Constituição Federal de 1988. Vade Mecum: acadêmico de direito / Anne Joyce Angher, organização. – 10. Ed. – São Paulo: Rideel, 2010).

É de bom alvitre relevar, em relação aos direitos e garantias fundamentais – aos quais faz menção o artigo acima transcrito – e às suas variadas formas de apreciação, o quão brilhante fora a explanação do **MINISTRO CARLOS VELOSO**, nos autos do RHC 79.785-7/RJ, muito tendo contribuído para o entendimento que aqui se perfilhará. *In verbis*:

Srs. Ministros, tenho sustentado a tese no sentido de que são três as vertentes “dos direitos e garantias” na ordem jurídico-constitucional brasileira. Os primeiros, os “direitos e garantias fundamentais” expressos na Constituição, vale dizer, os que estão escritos, em primeiro lugar, no art. 5º, espalhando-se pela Constituição, dado que a Carta Magna consagra direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira geração. A segunda vertente, Srs. Ministros, são aqueles “direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados” (C.F., art. 5º, §2º); e a terceira, são os decorrentes “dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (C.F., art. 5º, §2º). É dizer, os “direitos e garantias fundamentais” reconhecidos em tratados de que o Brasil seja signatário, os quais hajam sido introduzidos no direito interno na forma estabelecida pela Constituição Federal, ganham status de “direitos e garantias” garantidos pela própria Constituição.

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 79.785-7/RJ*, Tribunal Pleno, Brasília, DF, 29 de março de 2000 – Grifei)

Como se percebe, a clara e pura interpretação do dispositivo em tela leva o intérprete a concluir que os direitos e garantias, ainda que reconhecidos apenas em Tratados em que o Brasil seja signatário e sejam regularmente introduzidos no ordenamento jurídico do país, ganham *status* dos mesmos direitos e garantias previstos expressamente. Não há nenhuma restrição.

Em verdade, a cláusula de abertura prevista no §2º do art. 5º da Constituição da República de 1988 reza que serão recebidos e protegidos pela força normativa da Constituição, por disposição expressa, os direitos e garantias que o legislador constituinte elencou como fundamentais, mesmo que decorrentes de Tratados Internacionais dos quais o Brasil venha a ser signatário, inclusive gozando de aplicabilidade imediata, conforme art. 5º, §1º, da CF/88.

Não fosse essa a melhor interpretação, talvez não tivesse a tese sido advogada por ninguém menos que **AUGUSTO CANÇADO TRINDADE**, que foi quem, na Assembléia Constituinte em 1987, propôs a inclusão do §2º do artigo 5º ao texto da atual Constituição Federal de 1988. Eis algumas palavras do eminente jurista:

O propósito do disposto nos parágrafos 2 e 1 do artigo 5 da Constituição não é outro que o de assegurar a aplicabilidade direta pelo Poder Judiciário nacional da normativa internacional de proteção, alçada a nível constitucional [...]. Desde a promulgação da atual Constituição, a normativa dos tratados de direitos humanos em que o Brasil é parte tem efetivamente nível constitucional e entendimento em contrário requer demonstração. A tese da equiparação dos tratados de direitos humanos à legislação infraconstitucional – tal como ainda seguida por alguns setores em nossa práticas judiciária – não só representa um apego sem reflexão a uma tese anacrônica, já abandonada em alguns países, mas também contraria o disposto no artigo (5) 2 da Constituição Federal Brasileira.

(CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *apud* GILMAR MENDES. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 466.343/SP*, Tribunal Pleno, Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008)

Da análise do trecho supramencionado, se depreende, sem dificuldades, que a redação conferida ao §2º do artigo 5º da Constituição Federal, nas palavras do próprio constituinte que sugeriu e editou o dispositivo, teve o condão de alçar os direitos e garantias – tidos como fundamentais –, previstos nos Tratados Internacionais do qual o Brasil seja signatário, ao nível constitucional, assegurando-lhes aplicabilidade imediata pela cláusula de abertura.

Dessa forma, resta incontestado que a Suprema Corte, na sua atual Jurisprudência acerca da temática, trilha por caminho sinuoso, uma vez que, além de conferir ao dispositivo constitucional interpretação que despreza de forma notória a sua própria essência, encurtando seus efeitos para muito aquém do que desejou o legislador constituinte, acaba ratificando de forma reflexa a criação, pelo Congresso Nacional, de barreiras outrora inexistentes à cláusula de abertura prevista no §2º do art. 5º, refletindo em prejuízos à proteção dos direitos fundamentais do cidadão brasileiro, inclusive ofendendo o art. 60, §4º, IV, da Constituição Federal de 1988, que traz as garantias e direitos fundamentais como **cláusulas pétreas**.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS X DIREITOS HUMANOS

Para o satisfatório deslinde do presente trabalho, eis que importa destacar que é imprescindível a plena caracterização e diferenciação de conceitos que restam dissociados nas várias ideias transcritas no decorrer da tese esboçada, de forma a dirimir eventuais dúvidas que possam surgir ao redor de dispositivos legais e posições doutrinárias utilizadas como referências.

Inicialmente, urge destacar que os dispositivos legais ora em debruce – os §2º e §3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988 – trazem à baila, em suas dicções, os conceitos de **Direitos Fundamentais** e **Direitos Humanos**, de forma que ora parecem transmitir o mesmo conteúdo, ora aparentam distanciar-se significativamente. Desta forma, é de essencial importância diferenciá-los não só para fins didáticos, mas também tendo em vista que a conclusão que se alcançará na presente tese necessita de melhor atividade hermenêutica.

Com efeito, eis o que rezam os referidos parágrafos do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, *in litteris*:

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 igualdade, 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.

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

(BRASIL, Anne Joyce Angher, 2010, pgs. 23-28 – Grifo Nosso)

De plano, insta relevar que o referido artigo está posicionado no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais – da Carta Magna. Ou seja, o legislador constituinte, ao editar o §2º supramencionado e lecionar acerca dos “*direitos e garantias expressos nesta constituição*”, fatalmente se refere aos Direitos Fundamentais do cidadão perante o Estado brasileiro.

Noutro bordo, se verifica que o §3º, por seu turno, muito embora esteja posicionado no mesmo Título II da Lei Maior, traz, em seu bojo, a expressão Direitos Humanos, e não

mais Direitos Fundamentais, aparentando estarem os parágrafos, aos olhos leigos do cidadão comum, tratando de conceitos diversos. Com efeito, tal diferenciação acaba por causar, em análise perfunctória, confusão ao intérprete da Carta Magna, que nem sempre é um especialista com vastos conhecimentos legais e doutrinários.

Contudo, a afirmativa de serem conceitos diversos não merece prosperar, tendo em vista que os conceitos de Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, ao invés de divergirem, convergem, sendo o primeiro uma forma especial de se tratar do segundo.

Nesta esteira de diferentes conceituações, brilhantes as palavras do Conspícuo Doutrinador e Juiz Federal **GEORGE MARMELSTEIN**, em sua obra "*Curso de Direitos Fundamentais*", acerca de que são os Direitos Fundamentais, as quais merecem ser transcritas. *In verbis*:

Os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.

Há cinco elementos básicos neste conceito: norma jurídica, dignidade da pessoa humana, limitação do poder, Constituição e democracia. Esses cinco elementos conjugados fornecem o conceito de direitos fundamentais. Se determinada norma jurídica tiver ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana ou com a limitação do poder e for reconhecida pela Constituição de um Estado Democrático de Direito como merecedora de uma proteção especial, é bastante provável que se esteja diante de um direito fundamental.

(MARMELSTEIN, George, 2013. p. 17-18).

Como se abstrai da leitura da Doutrina do referido autor, a conceituação dos Direitos Fundamentais está intimamente ligada, em sua essência, às ideias de *dignidade da pessoa humana* e *limitação de poder*. Importante registrar que não se está aduzindo a menor importância dos demais elementos – uma vez que **MARMELSTEIN** fala em 05 (cinco), e não 02 (dois). Ocorre, que os outros três elementos – norma jurídica positivada na Constituição de um Estado Democrático de Direito – são meramente decorrentes dos dois essenciais, de forma que se inferem por simples atividade hermenêutica teleológica.

Tal essencialidade dos dois elementos da conceituação de Direitos Fundamentais em face aos outros três – acima expostos – reside no fato de que não é possível pensar em *limitação de poder*, por exemplo, não estando diante de um Estado Democrático de Direito. Igualmente, não se pode falar em *dignidade da pessoa humana* se os direitos mínimos dos cidadãos não restarem positivados na Lei Maior de proteção a estes direitos, que é a Constituição.

Dai se conclui a essencialidade dos dois primeiros elementos, dos quais emergem os outros três.

Apenas a título de complementação acerca do elemento *limitação de poder*, anota-se ainda o que asseverou o Ilustre e respeitado Professor **JOSÉ AFONSO DA SILVA**, com muita propriedade, quando expõe que a expressão “Direitos Fundamentais” não carrega consigo somente a ideia de limitação do poder do aparelho público em desfavor do ente privado, mas verdadeira demonstração da força da soberania popular. Eis os seus brilhantes ensinamentos, *in litteris*:

A expressão direitos fundamentais do homem [...] não significa esfera privada contraposta à atividade pública, como simples limitação ao Estado ou autolimitação deste, mas limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem. Ao situarmos sua fonte na soberania popular, estamos implicitamente definindo sua historicidade, que é precisamente o que lhes enriquece o conteúdo e os deve pôr em consonância com as relações econômicas e sociais de cada momento histórico. A Constituição, ao adotá-los na abrangência com que o fez, traduziu um desdobramento necessário da concepção de Estado acolhida no art. 1º: Estado Democrático de Direito.

(SILVA, José Afonso, 2009, p 178-179)

Não menos notável que os Doutrinadores já evidenciados, **UADI LAMMÊGO BULOS**, acerca dos de Direitos Fundamentais, apresenta conceituação que condensa os posicionamentos até agora transcritos, uma vez que tanto fala na essência de limitação do poder e dignidade da pessoa humana quanto comenta sobre a soberania popular. *In verbis*:

Direitos Fundamentais são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social. Sem os direitos fundamentais, o homem não vive, não convive, e, em alguns casos, não sobrevive.

(BULOS, Uadi Lammêgo, 2012. Pg. 522)

Com efeito, resta alcançada a conclusão de que os Direitos Fundamentais se substanciam em normas jurídicas, positivadas na Constituição de um Estado Democrático de Direito, que tenham o condão de, por intermédio da limitação de poder do Estado perante os cidadãos, garantir-lhes a proteção da dignidade da pessoa humana, inerente a todos os jurisdicionados.

Analisando rapidamente a conceituação de Direitos Fundamentais, é muito fácil en-

contrar as várias características que o aproximam da ideia dos Direitos Humanos, tendo em vista que o objeto de ambas as vertentes – ao menos essencialmente – é o mesmo.

Todavia, não se deve confundir os dois conceitos, uma vez que há uma peculiaridade que os faz divergir. Eis, novamente, os ensinamentos de **GEORGE MARMELSTEIN**, ainda de sua obra à já mencionada. *In verbis*:

Outro conceito importante que geralmente é confundido com os direitos fundamentais é a ideia de direitos humanos, expressão utilizada para se referir aos valores que foram positivados na esfera do direito internacional.

Quando se estiver diante de um tratado ou pacto internacional, deve-se preferir a utilização da expressão direitos humanos ao invés de direitos fundamentais. Falar em tratado internacional de direitos fundamentais não soa bem aos ouvidos. Do mesmo modo, à luz dessa classificação, não é tecnicamente correto falar em direitos humanos positivados na constituição.

Vale ressaltar que essa distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais é plenamente compatível com o texto constitucional. Toda vez que a Constituição se refere ao âmbito internacional, ela fala em “direitos humanos”. E quanto ela tratou dos direitos que ela própria reconhece, chamou de “direitos fundamentais”, tanto que o Título II da Constituição de 88 é intitulado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

(MARMELSTEIN, George, 2013. p. 24).

De fácil constatação, a leitura do trecho transcrito evidencia que a diferença entre os objetos das expressões Direitos Humanos e Direitos Fundamentais não está em sua essência, em sua matéria, mas sim em sua forma, uma vez que, enquanto se utiliza o termo “Direitos Fundamentais” para identificar as normas jurídicas protetivas positivadas no âmbito legislativo interno do Estado Democrático de Direito – constitucional –, o termo “Direitos Humanos” nada mais faz que representar a discussão do próprio objeto dos Direitos Fundamentais em âmbito internacional.

Em igual sentido, pontua o jurista **SIDNEY GUERRA**, em sua obra “*Direitos Humanos Curso Elementar*”:

Geralmente, a terminologia “direitos humanos” é empregada para denominar os direitos positivados nas declarações e convenções internacionais, como também as exigências básicas relacionadas com a dignidade, a liberdade e a igualdade de pessoa que não alcançaram um estatuto jurídico positivo.

[...]

Levando em consideração os aspectos relativos ao tempo e ao espaço, é que se costuma adotar as expressões “direitos humanos” para estudo consagrado no plano internacional ou universal e “direitos fundamentais” no plano interno ou estatal. De toda sorte, os direitos da pessoa humana (consagrados no plano internacional e interno) têm por escopo resguardar a dignidade e con-

dições de vida minimamente adequadas do indivíduo, bem como proibir excessos que porventura sejam cometidos por parte do Estado ou de particulares.

(GUERRA, Sidney, 2013. Pgs. 39-41)

Ocorre, que um elemento conceitual dos Direitos Fundamentais – a positivação no documento constitucional – impede que a nomenclatura seja mantida quando a discussão transcende ao nível internacional, uma vez que estes, para assim serem classificados, necessitam ser reconhecidos formalmente pela Lei Maior do Estado, o que passa a ser irrelevante quando se está diante de outros Estados.. A Constituição de um país não submete, no plano internacional, a soberania de outro.

Contudo, se sabe que o mundo caminha, hoje, rumo à globalização da proteção da dignidade do ser humano, unicamente pela condição de fazer parte da espécie humana, de forma que há a tendência da elevação da matéria atinente aos Direitos Fundamentais como objeto de controle jurídico internacional, a fim de que se possa contemplar justamente a universalidade dos Direitos Humanos.

Dessa forma, para fins de não restar fragilizada, perante argumentações jurídicas plausíveis, por carência de compatibilidades técnicas ao termo “Direitos Fundamentais”, a discussão acerca da *dignidade da pessoa humana* e da *limitação de poder* do Estado, no momento em que foi alçada à normatização e gerência internacionais, ganhou nova nomenclatura, ocasionando a criação do termo “Direitos Humanos” para melhor refletir o alcance jurídico de tais normas.

Logo, restam evidenciadas de forma satisfatória as diferenças existentes entre os termos Direitos Fundamentais e Direitos Humanos, de forma que é possível prosseguir no desenvolvimento do presente trabalho a fim de se alcançar a conclusão pretendida.

4 A APLICABILIDADE IMEDIATA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como já fora esmiuçado em momento oportuno, a defesa dos Direitos Fundamentais, em um Estado Democrático de Direito, tem o condão de salvaguardar a dignidade da pessoa humana de seus jurisdicionados, bem como de destacar a soberania do Poder Popular em face do Estado, tendo em vista o objetivo de limitação do Poder Público que acomete esta espécie de direitos prevista na Lei Maior.

Com efeito, há outro fator a ser destacado na vontade do legislador constituinte quando da feitura da Constituição Brasileira de 1988, que é a característica de aplicabilidade imediata que recai sobre as normas atinentes aos Direitos Fundamentais. Eis o que reza o §1º do art. 5º do texto constitucional:

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 igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

(BRASIL, Anne Joyce Angher, 2010, pgs. 23-28 – Grifo Nosso)

De fácil compreensão, o §1º do artigo supramencionado, em curtas palavras, aduz que *“as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”*. Contudo, ocorre que acaba por caber ao intérprete – muitas vezes leigo – a aferição de o que vem a ser a tal aplicabilidade imediata e os motivos que levam os Direitos Fundamentais a gozar de tal prerrogativa.

Em suma, normas que detêm aplicabilidade imediata são aquelas que não prescindem de atividade legislativa regulamentadora por parte do legislador infraconstitucional para poderem ser aplicadas nos casos concretos. Ou seja, são normas que podem ser aplicadas plenamente na defesa do ordenamento jurídico a partir da própria vigência da produção legislativa do poder constituinte originário, independentemente de eventos futuros que condicionam a sua aplicabilidade.

Em conformidade com a Doutrina de **JOSÉ AFONSO DA SILVA**, quase a totalidade dos direitos previstos na Constituição da República de 1988 comporta normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata. De fato, poucas são as vezes nas quais o legislador consti-

tuinte condicionou a aplicabilidade de regras à futura regulamentação por parte do legislador infraconstitucional, e, quando assim o quis, disse expressamente – como exemplo, tem-se o art. 33 e o art. 192 da Constituição Federal de 1988.

Contudo, o legislador constituinte, no que tange às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, não se satisfaz somente em deixar de condicionar, expressamente, a aplicabilidade da dicção à futura regulamentação por parte do legislador infraconstitucional. Em vez disso, optou por aduzir categoricamente, no §1º do próprio artigo 5º, a previsão de que tais normas possuem aplicabilidade imediata, como já demonstrado.

Nessa esteira, **GEORGE MARMELESTEIN**, corroborando o entendimento perflhado por **JOSÉ AFONSO DA SILVA**, defende a seguinte linha interpretativa:

Vale ressaltar que todos os direitos fundamentais são favorecidos pela cláusula da aplicação imediata, já que o dispositivo constitucional não faz qualquer exclusão. Trata-se, portanto, de um princípio geral que se aplica a todos os direitos fundamentais indistintamente, apesar de estar no art. 5º da Constituição Federal brasileira.

(MARMELESTEIN, George, 2013, p. 298).

Com efeito, a Ilustre jurista **FLÁVIA PIOVESAN**, em sua obra “*Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*”, advogou que o legislador constituinte escolheu por bem conferir aplicabilidade imediata aos direitos e garantias fundamentais no próprio intuito de reforçar a sua imperatividade perante o ordenamento jurídico pátrio. Eis, *in verbis*, trecho de sua obra que reflete a opinião sobre o tema:

Atente-se ainda que, no intuito de reforçar a imperatividade das normas que traduzem direitos e garantias fundamentais, a Constituição de 1988 institui o princípio da aplicabilidade imediata dessas normas, nos termos do art. 5º, §1º. Esse princípio realça a força normativa de todos os preceitos constitucionais referentes a direitos, liberdades e garantias fundamentais, prevendo um regime jurídico específico endereçado a tais direitos. Vale dizer, cabe aos Poderes Públicos conferir eficácia máxima a todo e qualquer preceito definidor de direito e garantia fundamental. Tal princípio intenta assegurar a força dirigente e vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, ou seja, objetiva tornar tais direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

(PIOVESAN, Flávia, 2009)

Lecionando com igual maestria, **GEORGE MARMELESTEIN**, em obra já referenciada, defende que a norma da aplicabilidade imediata que recai sobre os direitos e garantias

fundamentais decorre da própria supremacia desses direitos na ordem jurídica. *In litteris*:

Essa norma é uma consequência natural da supremacia desses direitos. Afinal, não haveria sentido em condicionar a aplicação de determinado direito fundamental a uma futura e incerta regulamentação legislativa. Se o direito somente pudesse ser efetivado quando o legislador regulamentasse o seu exercício, ocorreria uma verdadeira inversão de autoridade, na qual o poder constituído teria mais poderes do que o próprio poder constituinte. Assim, por força da cláusula de aplicação direta e imediata, o direito fundamental tem a capacidade de produzir efeitos mesmo que não esteja regulamentado pelo legislador infraconstitucional.

(MARMELSTEIN, George, 2013, p. 297).

Ainda corroborando tal entendimento, o Supremo Tribunal Federal (STF), por intermédio do voto da lavra do Excelso **MINISTRO EROS GRAU** no julgamento do pedido de Extradicação nº 986, cujo julgamento se deu no ano de 2007, pontuou que a opção do legislador constituinte em conceder aplicabilidade imediata aos direitos e garantias fundamentais ressalta a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos e o seu dever de guarda-lhes estrita observância. Eis um trecho do *decisum*:

Já a colocação do catálogo dos direitos fundamentais no início do texto constitucional denota a intenção do constituinte de emprestar-lhes significado especial. A amplitude conferida ao texto, que se desdobra em setenta e oito incisos e quatro parágrafos (CF, art. 5º), reforça a impressão sobre a posição de destaque que o constituinte quis outorgar a esses direitos.

A ideia de que os direitos e garantias fundamentais devem ter eficácia imediata (CF, art. 5º, §1º) ressalta, também, a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos e o seu dever de guardar-lhes estrita observância.

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Extradicação nº 986*, Tribunal Pleno, Min. Rel. Eros Grau, Brasília, DF, 05 de outubro de 2007 – Grifo nosso)

Logo, se percebe claramente que autorizada Doutrina acerca da temática – bem como o Supremo Tribunal Federal (STF) – reconhece a norma de aplicabilidade imediata dos Direitos Fundamentais como uma natural consequência da importância que os direitos e garantias fundamentais têm diante de todo o ordenamento jurídico.

Já em relação aos motivos **que** levaram o legislador constituinte originário a conferir aos direitos e garantias fundamentais aplicabilidade imediata, se aduz que, em interpretação lógica e sistemática da Constituição Federal de 1988, pode ser extraída tal motivação do próprio teor dos artigos 1º, III e 4º, II. *In verbis*:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

[...]

II - prevalência dos direitos humanos;~

(BRASIL, Anne Joyce Angher, 2010, pg. 23 – Grifo Nosso)

Como se percebe, os dispositivos constitucionais acima elencados, que traduzem os fundamentos e princípios norteadores da Lei Maior, prelecionam que a *dignidade da pessoa humana* e a *prevalência dos direitos humanos* estão posicionados estrategicamente no ordenamento jurídico do Brasil como valores supremos.

Dessa forma, é notória a propriedade e pertinência do magistério da jurista **FLÁVIA PIOVESAN** no momento em que lecionou gozarem as normas concernentes aos direitos e garantias fundamentais de aplicabilidade imediata pelo simples fato da necessidade de se reforçar a sua imperatividade na Carta Magna.

Com efeito, após tudo o que fora exposto no sentido da aplicabilidade imediata dos Direitos Fundamentais, nos termos do §1º do art. 5º da Constituição Federal, é de essencial importância a percepção de que as normas previstas nos Tratados Internacionais que versem sobre tais direitos e garantias – desde que tenham sido internalizados pelo ordenamento jurídico brasileiro de forma válida – gozam, também, de aplicabilidade imediata, uma vez que a cláusula de abertura prevista no §2º do mesmo artigo 5º os prevê como uma das vertentes de direitos e garantias.

Apenas para efeitos de fundamentação, é imperiosa nova transcrição de trecho do voto do **MINISTRO CARLOS VELOSO**, nos autos do *Recurso Extraordinário nº 79.785-7/RJ*, que leciona de forma ímpar acerca das vertentes de direitos e garantias fundamentais previstas no texto constitucional. *In verbis*:

Srs. Ministros, tenho sustentado a tese no sentido de que são três as vertentes “dos direitos e garantias” na ordem jurídico-constitucional brasileira. Os primeiros, os “direitos e garantias fundamentais” expressos na Constituição, vale dizer, os que estão escritos, em primeiro lugar, no art. 5º, espalhando-se pela Constituição, dado que a Carta Magna consagra direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira geração. A segunda vertente, Srs. Ministros, são aqueles “direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados” (C.F., art. 5º, §2º); e a terceira, são os decorrentes “dos trata-

dos internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (C.F., art. 5º, §2º). É dizer, os “direitos e garantias fundamentais” reconhecidos em tratados de que o Brasil seja signatário, os quais hajam sido introduzidos no direito interno na forma estabelecida pela Constituição Federal, ganham status de “direitos e garantias” garantidos pela própria Constituição.

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 79.785-7/RJ*, Tribunal Pleno, Brasília, DF, 29 de março de 2000 – Grifei)

De fácil percepção, o Conspícuo Ministro defende que a terceira vertente dos direitos e garantias fundamentais, à luz da CRFB de 1988, é aquela referente aos direitos decorrentes dos Tratados Internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, inclusive alegando que tais direitos, reconhecidos em Tratados, “*ganham status de ‘direitos e garantias’ garantidos pela própria Constituição*”.

Dessa forma, é de se concluir que os direitos e garantias fundamentais albergados nos Tratados Internacionais dos quais o Brasil seja signatário gozam, igualmente aos direitos e garantias previstos expressamente no texto constitucional, de aplicabilidade imediata, conforme art. 5º, §1º, da CF/88. Ou seja, a aplicabilidade das normas prelecionadas nos ditos Tratados Internacionais, no ordenamento jurídico brasileiro, não prescinde de qualquer atividade legislativa, que porventura a autorize ou a regule.

Portanto, conclui-se que a atividade legislativa que culminou na EC nº 45/2004, no momento em que editou o §3º do art. 5º da Lei Maior, condicionando a hierarquia constitucional dos Tratados Internacionais Garantistas à votação, no Congresso Nacional, na forma prevista para Emendas Constitucionais, feriu de morte a vontade do legislador originário, que conferiu aos referidos diplomas internacionais, desde que internalizados da forma devida, aplicabilidade imediata, nos termos do §1º do art. 5º da Carta Magna, por se tratar da terceira vertente de direitos e garantias fundamentais trazida pelo §2º do mesmo dispositivo.

De igual forma, pode ser dito, categoricamente, que o Supremo Tribunal Federal, por intermédio da Jurisprudência iniciada no julgamento do RE 466.343, cujo voto do **MINISTRO GILMAR MENDES** foi o precursor de tal entendimento, além de ter concedido interpretação *contra legem* ao §2º do art. 5º da Constituição, negando a hierarquia constitucional aos Tratados Internacionais Garantistas nos moldes propostos pelo legislador constituinte originário, restou omissa na salvaguarda e proteção constitucional, pois, diante de brutal ataque à defesa dos direitos e garantias fundamentais do cidadão brasileiro pelo Congresso Nacional, simplesmente legitimou a atividade legislativa ilícita feita pela Casa.

5 NORMAS FORMAL E MATERIALMENTE CONSTITUCIONAIS

Outro fator que deve ser abordado cautelosamente, a fim de que seja alcançada conclusão satisfatória do presente trabalho, é a diferenciação existente entre as normas materialmente constitucionais e as normas formalmente constitucionais, pois o cerne da tese ofertada por **FLÁVIA PIOVESAN** e **LUÍS FLÁVIO GOMES**, devidamente citados no tópico “ANÁLISE CRÍTICA DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004”, é a apresentação dos Tratados Internacionais que versem sobre Direitos Humanos como normas materialmente constitucionais, por força do art. 5º, §2º, da Constituição Federal de 1988 – tese não aceita pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Ocorre, que não obstante o objetivo principal aqui estruturado seja a apresentação do §3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988 como inconstitucional, é importante demonstrar que, mesmo admitindo a constitucionalidade do referido dispositivo constitucional, a tese orientada pelo voto do **MINISTRO GILMAR MENDES** nos autos do RE 466.343/SP, que confere hierarquia de mera suprallegalidade aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, ainda padece de fragilidades que merecem ser evidenciadas.

Ora, como já foi sustentado, os juristas acima mencionados defendem que o §3º do art. 5º não veio para conferir aos Tratados de Direitos Humanos hierarquia constitucional – uma vez que o §2º do mesmo artigo já o fez em 1988 –, mas sim de garantir a estes diplomas internacionais a possibilidade de deterem *status* formalmente constitucional, passando, após procedimento especial de votação, a incorporar a Constituição como se transcritos estivessem no seu próprio texto normativo, passando a gozar das prerrogativas atinentes às Emendas Constitucionais.

Em poucos termos, defendem os juristas que o §3º somente ampliou as possibilidades de salvaguarda dos direitos consubstanciados nos diplomas internacionais que versem acerca dos Direitos Humanos, permitindo-lhes, além do *status* materialmente constitucional, que possam vir a ser formalmente constitucionais, fortalecendo-lhes perante as demais normas infraconstitucionais.

Nesse diapasão, os Tratados que, após a EC nº 45/2004, fossem aprovados pelo quórum especial previsto no §3º passariam a incorporar a Constituição Federal, detendo força normativa de Emenda Constitucional. De outro lado, os diplomas que não fossem submetidos ou mesmo não aprovados neste quórum, continuariam a gozar apenas do *status* materialmente constitucional concedido pelo §2º.

Dessa forma, não há pertinência na alegação do **MINISTRO GILMAR MENDES**

de que “a discussão em torno do status constitucional dos tratados de direitos humanos foi, de certa forma, esvaziada pela promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, a Reforma do Judiciário” (BRASIL, 2008).

É cediço que as normas que restam previstas na *Lex Mater* brasileira – como em todas as Constituições de Estados Democráticos de Direito – não foram lá contempladas pelo legislador constituinte originário sem um propósito. Todas as dicções prelecionadas nas Constituições são alçadas à esfera constitucional por fatores específicos, e refletem os valores primordiais a serem prezados pela sociedade por elas regulada.

Logo, por refletirem os valores sociais prezados em um Estado Democrático de Direito, as normas previstas no documento constitucional detêm posição suprema perante o ordenamento jurídico geral, consubstanciando o conhecido *princípio da força normativa da constituição*. Tal princípio reza que as normas constitucionais estão posicionadas no ápice do ordenamento jurídico de um Estado, oportunidade na qual todas as outras normas a elas devem sujeição. Dessa forma, “quando duas ou mais interpretações possíveis surgirem, deve-se priorizar a que assegure maior eficácia e estabilidade às normas constitucionais” (BULOS, 2012. Pg. 458).

Saliente-se que nem todas as normas constitucionais foram erguidas a tal importância jurídica em decorrência dos mesmos motivos. A Constituição de um Estado Democrático de Direito, por refletir, como já dito, os valores tidos como supremos pela sociedade que a institui, albergará normas específicas que talvez não sejam partilhadas pelas demais nações, ou mesmo tidas como absurdas. Noutro bordo, existem previsões constitucionais que são imprescindíveis em uma Constituição de um Estado Democrático, de forma que a ausência delas seria suficiente para a sua imediata descaracterização jurídica, oportunidade na qual todos os Estados as contemplam no texto constitucional.

A título de exemplo, tem-se que a Constituição dos Estados Unidos da América, através de sua Segunda Emenda, alçou o direito do jurisdicionado de portar armas ao nível constitucional, ao passo em que no Brasil, além de tal direito não ser contemplado, o jurisdicionado é submetido às campanhas de desarmamento da sociedade civil. Tal direito de portar armas poderia ter sido concedido pelo poder constituinte originário do Brasil, através da atividade legislativa solene. Porém, não foi por falta de vontade política para tanto. Por outro lado, tanto a Constituição da República Federativa Brasileira quanto a dos Estados Unidos do Brasil auguram, em seu corpo normativo, previsões acerca da organização do Estado, as atribuições e competências dos órgãos que o compõem, os limites de seu poder e, consequentemente, as liberdades dos jurisdicionados.

Com efeito, as diferenciações acima esboçadas já conferem substância o bastante para se entender que existem, na Constituição de um Estado Democrático de Direito, normas formalmente constitucionais – que são as previsões normativas constantes na Constituição em decorrência da importância que a elas foi conferida pelo legislador constituinte originário, por intermédio de atividade legislativa solene –, e normas materialmente constitucionais – aquelas que foram contempladas na Carta Magna pelo simples fato de regularem matérias que são inerentes ao Estado Democrático de Direito, tornando-se imprescindíveis ao documento.

Perfilhando tal entendimento, porém partindo de ângulo de vista diverso, **UADI LAMMÊGO BULOS** leciona, fazendo referência ao *Direito Constitucional material* e ao *Direito Constitucional formal*, acerca da diferença entre ambos. *In litteris*, trecho de sua obra *Curso de Direito Constitucional*:

Os constitucionalistas costumam distinguir o Direito Constitucional material do Direito Constitucional Formal. Examinemos a diferença. Por Direito Constitucional material entende-se o conjunto de normas jurídicas que traçam a estrutura, as atribuições e as competências dos órgãos do Estado. Para entender a funcionalidade do Direito Constitucional material, diríamos que ele se reporta ao conteúdo das disposições constitucionais, traçando-lhes a substância, a estrutura profunda, a competência, os direitos dos cidadãos, os fins essenciais da organização política. Exemplo: os arts. 1º a 5º da Constituição de 1988 integram o Direito Constitucional material da República Brasileira, pois tais dispositivos regulamentam as relações de poder, os princípios gerais que nutrem a ordem constituída nacional e a garantia das liberdades públicas. A importância do Direito Constitucional material é a seguinte: pelo seu estudo descobrimos que nenhum Estado pode realmente existir sem uma constituição. É esse documento supremo que irá estabelecer quem deve exercer o poder e quais os limites desse exercício.

[...]

A definição do Direito Constitucional formal é a seguinte: conjunto de normas e princípios inseridos num documento solene, que só pode ser elaborado e modificado mediante a observância de um procedimento técnico e cerimonioso, instituído especificamente para esse fim.

[...]

Registre-se a existência de inúmeros assuntos, depositados nas constituições modernas, que nada têm de formalmente constitucionais. Embora integrem o articulado dos textos supremos, precisamente para lograr tutela especial, não são, em rigor, normas constitucionais formais. É o que sucede, por exemplo, com numerosos dispositivos insertos na nossa Constituição.

[...]

Mas todas essas normas, cujo conteúdo pode relacionar-se ao Direito Civil, Comercial, Penal, Administrativo, Tributário, Urbanístico, Ambiental, Eleitoral, Trabalhista etc., quando colocadas nas constituições, passam a ter natureza constitucional. Pouco importa se constituem, ou não, típicas disposições constitucionais formais. Ao ser constitucionalizadas, assumem a dignidade dos demais preceitos supremos do Estado. Passam a revestir-se de todos os atributos oriundos do *Direito Constitucional formal*.

(BULOS, Uadi Lammêgo, 2012. Pg. 60-61)

Para enriquecer ainda mais a necessária diferenciação acerca das normas formalmente constitucionais e das normas materialmente constitucionais, de salutar relevância transcrever, outrossim, as brilhantes palavras acerca do assunto que restam encontradas na obra Curso de Direito Constitucional, de autoria de **GILMAR FERREIRA MENDES** e **PAULO GUSTATO GONET BRANCO**. *In verbis*:

Fala-se em Constituição no sentido substancial quando o critério definidor se atém ao conteúdo das normas examinadas. A Constituição será, assim, o conjunto de normas que instituem e fixam as competências dos principais órgãos do Estado, estabelecendo como serão dirigidos e por quem, além de disciplinar as interações e controles recíprocos entre tais órgãos. Compõem a Constituição também, sob esse ponto de vista, as normas que limitam a ação dos órgãos estatais, em benefício da preservação da esfera de autodeterminação dos indivíduos e grupos que se encontram sob a regência desse Estatuto Político. Essas normas garantem às pessoas uma posição fundamental ante o poder público (direitos fundamentais). Esse é o conceito material de Constituição que o constitucionalismo moderno sugere.

[...]

Outro modo de se conceituar a Constituição centra-se em um critério de forma, que também é devedor das postulações do constitucionalismo, no ponto em que enaltece os méritos da Constituição documentada, escrita como forma, não somente de melhor acesso aos seus comandos, como de estabilidade e racionalização do poder. A Constituição, em sentido formal, é o documento escrito e solene que positiva as normas jurídicas superiores da comunidade do Estado, elaboradas por um processo constituinte específico. São constitucionais, assim, as normas que aparecem no Texto Magno, que resultam das fontes do direito constitucional, independentemente do seu conteúdo.

(MENDES, G. F.; BRANCO, P.G.G., 2013. Pgs. 55-57)

Como pode ser depreendido da leitura dos trechos supramencionados, extraídos de obras dos conspícuos doutrinadores apontados, as normas materialmente constitucionais – que foram ilustradas por **UADI LAMMÊGO** através de seu conceito de Direito Constitucional material e, por **GILMAR MENDES** e **PAULO BRANCO**, como Constituição em sentido substancial – são todas aquelas que tratam em seu bojo de matérias essenciais à configuração de um Estado Democrático de Direito, estando ou não presentes no texto constitucional.

As normas formalmente constitucionais, por seu turno – ilustradas por **UADI LAMMÊGO** através de seu conceito de Direito Constitucional formal e, por **GILMAR MENDES** e **PAULO BRANCO**, como Constituição em sentido formal –, são todas aquelas que restam insertas na Carta Magna em decorrência da atividade do legislador constituinte originário, através de um procedimento solene, merecendo tutela jurídica especial por deterem previsão constitucional.

Com efeito, tendo sido alcançada tal conclusão, pode-se dizer, tomando-se por base os conceitos acima esmiuçados, que os Tratados Internacionais, devidamente internalizados pelo ordenamento jurídico brasileiro e que versem acerca de Direitos Humanos, por albergarem disposições acerca da *limitação de poder* do Estado e dos *direitos e garantias fundamentais* do jurisdicionado, se consubstanciam em normas materialmente constitucionais, uma vez que tal matéria está intimamente ligada à ideia de um Estado Democrático de Direito, conforme cláusula de abertura prevista no art. 5º, §2º, da Constituição Federal de 1988.

Noutro bordo, evidencia-se que assiste razão aos juristas **FLÁVIA PIOVESAN** e **LUÍS FLÁVIO GOMES**, quando asseveram que o §3º do art. 5º da Carta Magna, ao invés de serem uma demonstração eloquente de que o §2º não concedia aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos hierarquia constitucional, refletem tão somente o desejo do legislador constituinte reformador de conferir aos Tratados que tiverem o crivo de quórum especial *status* formalmente constitucional, passando a ter força normativa de Emenda Constitucional. Tais previsões, porém, não são excludentes entre si.

Para se afastar qualquer possibilidade de se ventilar hipótese do esvaziamento da discussão acerca da hierarquia materialmente constitucional prevista no §2º do art. 5º pela inserção do §3º, conforme defendido por **GILMAR MENDES**, deve ser destacado o fato de que existem diferenças jurídicas relevantes entre normas materialmente constitucionais advindas de Tratados Internacionais e normas formalmente constitucionais – como passam a ser os Tratados internalizados na forma do §3º supramencionado.

Ora, é corriqueiro o fato de que o Direito dos Tratados ser regido pela chamada Convenção de Viena, documento internacional formulado no ano de 1969 e que fora ratificado pelo Brasil por intermédio do Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009, sendo o Estado brasileiro, pois, signatário do pacto.

Ocorre que a presente convenção, por intermédio de seus artigos 42 e 54, prevê a possibilidade de os Estados Membros, através de instrumentos próprios, passarem a não mais serem signatários do Tratado. *In verbis*, os dispositivos mencionados:

Artigo 42 – Validade e Vigência de Tratados

1. A validade de um tratado ou do consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado só pode ser contestada mediante a aplicação da presente Convenção.
 2. A extinção de um tratado, sua denúncia ou a retirada de uma das partes só poderá ocorrer em virtude da aplicação das disposições do tratado ou da presente Convenção. A mesma regra aplica-se à suspensão da execução de um tratado.
- [...]

Artigo 54 – Extinção ou Retirada de um Tratado em Virtude de suas Disposições ou por Consentimento das Partes

A extinção de um tratado ou a retirada de uma das partes pode ter lugar:

- a) de conformidade com as disposições do tratado; ou
- b) a qualquer momento, pelo consentimento de todas as partes, após consulta com os outros Estados contratantes.

(BRASIL, Decreto 7.030, de 14 de dezembro de 2009, publicado no D.O.U. no dia 15 de dezembro de 2009. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acessado em 13 de novembro de 2013)

Como se vê, é patente a fragilidade que acomete a força normativa dos direitos advindos de Tratados Internacionais, uma vez que há a possibilidade de um Estado Membro se desvincular juridicamente de um instrumento internacional, tão somente mediante o mero consentimento de todas as partes após a necessária consulta.

Com efeito, de bom alvitre registrar que a extinção ou retirada de um país outrora signatário do campo de atuação de um dito Tratado Internacional, ou mesmo sua extinção por completo, tem efeitos jurídicos relevantes. Em conformidade com o que reza o artigo 70 da Convenção de Viena, as consequências da extinção de um Tratado – que pode se consubstanciar pela retirada de um Estado, oportunidade na qual, para ele, o Tratado estaria a partir de então extinto –, em regra, são duas. Ei-las:

Artigo 70 – Consequências da Extinção de um Tratado

1. A menos que o tratado disponha ou as partes acordem de outra forma, a extinção de um, tratado, (sic) nos termos de suas disposições ou da presente Convenção:

- a) libera as partes de qualquer obrigação de continuar a cumprir o tratado;
- b) não prejudica qualquer direito, obrigação ou situação jurídica das partes, criados pela execução do tratado antes de sua extinção.

(BRASIL, Decreto 7.030, de 14 de dezembro de 2009, publicado no D.O.U. no dia 15 de dezembro de 2009. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acessado em 13 de novembro de 2013)

É de se observar que, tendo havido a extinção do Tratado em alguma de suas formas, as partes signatárias passam a não mais terem obrigações recíprocas atinentes ao documento internacional. Ou seja, tendo havido a denúncia, a retirada ou mesmo a extinção do pacto por completo, passam a não mais ter eficácia, no plano internacional, o conteúdo do Tratado Internacional – seja para um número específico de contratantes ou mesmo para todos.

Ora, passando o documento internacional a não mais surtir efeitos no plano internacional, o raciocínio lógico conduz à conclusão de que, caso o conteúdo que antes obrigava o

Estado Membro a aplicar o referido Tratado Internacional no âmbito interno de sua jurisdição seja extinto, os direitos dos jurisdicionados que detinham supedâneo naquele dito instrumento seguem a mesma sorte.

Em outras palavras – e trazendo a discussão mais próxima ao objeto do presente Trabalho de Conclusão –, os direitos e garantias previstos em Tratados Internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil seja signatário, não obstante tenham hierarquia materialmente constitucional, conforme cláusula de abertura inserta no art. 5º, §2º, da Constituição Federal de 1988, restam sujeitos à posterior denúncia do instrumento por parte do Estado Brasileiro, ou mesmo a sua retirada ou a extinção do pacto.

De fácil compreensão, os dispositivos constantes na Convenção de Viena – Direito dos Tratados – conduzem o intérprete à percepção de que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos devidamente internalizados pelo Brasil, muito embora detenham hierarquia materialmente constitucional, restam fragilizados perante a possibilidade de extinção do Tratado, oportunidade na qual perderia sua eficácia no plano interno dos Países Membros – ou apenas dos que fizerem denúncia, por exemplo.

Contudo, o mesmo não ocorre com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos que, após a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, forem “*aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros*” (BRASIL, 2010), uma vez que tais instrumentos, de acordo com o próprio §3º, inovado pela atividade legislativa em vértice, passam a serem equivalentes às Emendas Constitucionais.

Ocorre, que os direitos e garantias advindos dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro por intermédio do referido §3º do artigo 5º, por terem reconhecida força normativa de Emendas Constitucionais, passam a não mais sofrerem os efeitos de posterior extinção do pacto internacional, uma vez que, tendo sido internalizadas no Brasil a nível constitucional sob a égide de processo legislativo legítimo, foram alçadas ao *status* formalmente constitucional, passando a fazer parte do texto normativo como se nele estivesse escrito.

Outrossim, ressalte-se que tais direitos e garantias fundamentais, uma vez internalizados ao ordenamento jurídico brasileiro – quiçá pelo rigoroso processo reservado às Emendas Constitucionais –, passam a compor o rol de cláusulas pétreas, estatuído no art. 60, §4º, da Constituição Federal de 1988, oportunidade na qual não poderão ser abolidos nem mesmo por Emenda Constitucional posterior. *In litteris* o referido dispositivo:

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

[...]

§ 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.

(BRASIL, Anne Joyce Angher, 2010, pg. 46 – Grifo Nosso)

Restando evidenciadas as diferenças jurídicas entre as normas materialmente constitucionais e formalmente constitucionais, sobretudo acerca de sua rigidez perante o ordenamento jurídico, forçosa a conclusão de que, em última análise – ou seja, apenas ignorando a inconstitucionalidade do referido §3º, defendida neste trabalho –, o legislador constituinte reformador, no momento em que inseriu o §3º ao art. 5º da Lei Maior, somente ampliou o espectro de salvaguarda dos Direitos Fundamentais, possibilitando alçar sua força normativa ao patamar de Emendas Constitucionais, o que não afeta em nada a constitucionalidade material dos Tratados que não obtiverem o quórum de votação estabelecido pela EC nº 45/2004.

Dessa forma, os estudos apontados nesse tópico somente somam-se a todo o exposto nos demais, auxiliando ulterior conclusão de que os Tratados Internacionais Garantistas, devidamente internalizados pelo ordenamento jurídico brasileiro por intermédio do §2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, por serem normas materialmente constitucionais, merecem tratamento especial perante o sistema legislativo brasileiro, devendo deter hierarquia de norma constitucional, e não de mera suprallegalidade, como defende o Supremo Tribunal Federal.

Outrossim – e por derradeiro –, se vislumbra a impertinência das afirmações do **MINISTRO GILMAR MENDES** no sentido de que “*a discussão em torno do status constitucional dos tratados de direitos humanos foi, de certa forma, esvaziada pela promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, a Reforma do Judiciário*”, uma vez que se demonstrou haver diferenças jurídicas entre os Tratados Internacionais de Direitos Humanos incorporados pelo §2º e aqueles introduzidos pelo §3º, não sendo ambos excludentes entre si.

6 DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO CLÁUSULAS PÉTREAS

Como já foi asseverado alhures, o presente trabalho propõe uma crítica não só à interpretação do Supremo Tribunal Federal acerca da hierarquia normativa dos Tratados Internacionais Garantistas perante a Constituição Federal de 1988, mas também à atividade do Poder Legislativo – enquanto poder constituinte reformador – quando da edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, que, dentre outras mudanças, acrescentou o §3º ao art. 5º da *Lex Mater*.

Ocorre que a atividade legislativa que culminou na promulgação da EC nº 45/2004, no momento em que editou o §3º do art. 5º da Lei Maior – condicionando a hierarquia constitucional dos Tratados Internacionais Garantistas à votação, no Congresso Nacional, na forma prevista para Emendas Constitucionais –, feriu de morte a vontade do legislador constituinte originário, que conferiu aos referidos diplomas internacionais, desde que internalizados da forma devida, aplicabilidade imediata, nos termos do §1º do art. 5º da Carta Magna, por se tratar da terceira vertente de direitos e garantias fundamentais trazida pelo §2º do mesmo dispositivo².

Contudo, cumpre ressaltar que o desprezo do legislador constituinte reformador ao que resta disposto no art. 5º, §1º e §2º da Constituição Federal de 1988 – previsão de aplicabilidade imediata e hierarquia normativa constitucional aos direitos fundamentais em suas diferentes vertentes – vai mais além do que já foi dito, representando uma transgressão de gravidade máxima aos preceitos contidos na Carta Magna, pois extrapola um dos **limites materiais** impostos ao poder constituinte reformador pelo poder constituinte originário.

Inicialmente, registra-se ser bem conhecido o fato de que a Constituição brasileira, muito embora exija um procedimento deveras rigoroso para a modificação das previsões inseridas no diploma constitucional pelo legislador constituinte originário – e aí se tem a ideia da sua rigidez –, admite alterações através das chamadas Emendas Constitucionais, desde que preenchidos os requisitos para plena validade do ato. Eis o que reza o art. 60, CF/88:

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

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

² As vertentes dos direitos e garantias fundamentais foram explicitadas no tópico “INTRODUÇÃO”, e refletem os ensinamentos do Ilustre **Ministro Carlos Veloso**, nos autos do RHC 79.785-7/RJ

III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

[...]

(BRASIL, Anne Joyce Angher, 2010, pgs. 46 – Grifo Nosso)

Como pode ser observado, os requisitos a serem preenchidos pelo legislador constituinte reformador para propor Emendas Constitucionais, inicialmente, se consubstanciam, em verdade, em um único requisito, que é o alcance de um quórum significativo das Casas do Poder Legislativo de toda a Federação, que legitime tal vontade enquanto reflexo dos anseios populares, ou mesmo enquanto proposta do Chefe de Estado, que é o Presidente da República.

Contudo, tal assertiva acima esposada somente corresponderia à verdade se suprimido o restante do texto normativo – como o foi propositalmente. Com efeito, se aduz que as proposições de Emendas à Constituição, além de preencherem o requisito de quórum prelecionado nos três incisos do art. 60, *caput*, têm, ainda, que vencer os chamados limites materiais que foram impostos ao poder constituinte reformador por intermédio do poder constituinte originário, conforme adiante se demonstrará, afinal de contas, *“a simples exigência de uma maioria qualificada não é suficiente para impedir por completo que haja abusos por parte do legislador”* (MARMELESTEIN, GEORGE, 2013, p. 270).

Lecionando acerca dos limites materiais impostos pelo legislador constituinte originário, **UADI LAMMÊGO BULOS** informa que *“limites materiais são as vedações expressas que visam impedir reformas constitucionais contrárias à substância da constituição”* (BULOS, 2012, p. 411). Por deter intocável maestria em seus ensinamentos, de notável importância transcrever alguns trechos de sua obra Curso de Direito Constitucional – já citada. *In verbis*:

Que substância é essa? Trata-se do cerne intangível da constituição, ou seja, do núcleo normativo que engloba matérias imprescindíveis à configuração das suas linhas-mestras, e, por isso, não pode ser modificado.

[...]

Fazendo uma comparação, o homem, para viver, deve ter condições mínimas de saúde. Pois bem, violar o cerne intangível da manifestação constituinte originária é o mesmo que tirar o coração do corpo humano. As proibições materiais ao poder reformador, portanto, integram o cerne intangível da Constituição brasileira, ele é imodificável, irreformável, inalterável por quaisquer emendas que pretendam aboli-lo, direta ou indiretamente.

(BULOS, Uadi Lammêgo, 2012. Pg. 412)

Conforme se depreende dos ensinamentos do Insigne jurista, a Carta Constitucional

de 1988 traz em seu bojo o que é por ele denominado como “cerne intangível da Constituição”, que se consubstancia nos valores nela previstos que foram considerados pelo legislador constituinte ordinário como essenciais para a própria manutenção do Estado Democrático de Direito. Concluindo o pensamento, **UADI LAMMÊGO** prosseguiu afirmando que “*é precisamente esse cerne intangível, imodificável, irreformável, inalterável que se convencionou chamar de cláusulas pétreas*” (BULOS, 2012, p. 412).

Acerca da temática, **GILMAR MENDES** e **PAULO GUSTAVO GONET BRANCO**, em sua obra *Curso de Direito Constitucional*, asseveram que o grande objetivo das cláusulas pétreas é a manutenção da essência trazida ao texto da Lei Maior pelo legislador constituinte originário, frente às possíveis forças contrárias que possam existir em um dado momento político posterior à sua proposição. Eis, *in litteris*, trecho que se reputa interessante de ser transcrito:

O significado último das cláusulas de imutabilidade está em prevenir um processo de erosão da Constituição. A cláusula pétrea não existe tão só para remediar situação de destruição da Carta, mas tem a missão de inibir a mera tentativa de abolir o seu projeto básico. Pretende-se evitar que a sedução de apelos próprios de certo momento político destrua um projeto duradouro.

(MENDES, G. F; BRANCO, P.G.G., 2013. Pg. 123)

Após breves conceituações do que vêm a ser as cláusulas pétreas no universo do texto constitucional ora vigente no Brasil, de bom alvitre registrar que a sua previsão normativa encontra espeque no art. 60, §4º, da *Lex Mater*, posicionada no Título IV (Da Organização dos Poderes), e com o seguinte teor, *in verbis*:

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

[...]

§ 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.

§ 5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

(BRASIL, Anne Joyce Angher, 2010, pg. 46– Grifo Nosso)

De fácil análise, o §4º do artigo 60, supramencionado, preleciona que sequer serão

objeto de deliberação as propostas de Emenda Constitucional que demonstrem tendência a abolir: (a) a forma federativa de Estado; (b) o voto direto, secreto, universal e periódico; (c) a separação dos Poderes; e (d) os direitos e garantias fundamentais. De fato, tal previsão normativa – contemplando os ensinamentos propostos por **UADI LAMMÊGO** – consubstancia o chamado cerne intangível da Constituição e *“é uma das normas mais importantes da Constituição de 1988, senão a mais importante do ponto de vista de sua preservação e defesa, pois assegura limites materiais ao exercício do poder reformador”* (BULOS, UADI LAMMÊGO, 2012, p. 413).

Acerca do assunto, de salutar relevância, também, consignar as palavras do Ilustre **JOSÉ AFONSO DA SILVA** em sua obra “Curso de Direito Constitucional Positivo”, no qual se debruça acerca das limitações existentes ao legislador constituinte reformador por força da Constituição Federal de 1988:

Discute-se, em doutrina, sobre os limites do poder de reforma constitucional. É inquestionavelmente um poder limitado, porque regrado por normas da própria Constituição que lhe impõem procedimento e modo de agir, dos quais não pode arredar sob pena de sua obra sair viciada, ficando mesmo sujeita ao sistema de controle de constitucionalidade.
[...]

(SILVA, José Afonso, 2009. Pg. 65)

Pois bem! Após breves conceituações acerca do que são as cláusulas pétreas, os seus objetivos e sua origem normativa, de essencial importância, para o deslinde do presente trabalho, asseverar que o real intuito de todo o arrazoadado foi alcançar patamar de raciocínio no qual se possibilite reduzir o campo de estudo das limitações materiais à atividade do poder constituinte reformador, com o afã de analisar os direitos e garantias individuais como cláusulas pétreas (art. 60, §4º, IV).

Em sua obra “Curso de Direitos Fundamentais”, **GEORGE MARMELSTEIN**, corroborando o entendimento que se perfilha no presente trabalho, advoga no sentido de que os Direitos Fundamentais – até agora chamados, em decorrência da mera correspondência ao inciso IV do §4º do art. 60 da Constituição Federal de 1988, como direitos e garantias individuais –, tidos pelo legislador como cláusulas pétreas, representam, na ordem constitucional, limitações à vontade do legislador constituinte reformador que objetivam a manutenção do cerne intangível da *Lex Mater*. Eis um breve e brilhante texto do Eminentíssimo jurista:

A positivação constitucional dos direitos fundamentais não ocorreu por acaso. Na verdade, ela é fruto, em grande medida, da constatação de que quem

tem o poder tende a dele abusar, e de que o Estado, inclusive o legislador, também pratica ilícitos (e como pratica!). Por isso, os direitos fundamentais representam, de certo modo, uma desconfiança em relação ao Poder Público. Eles seriam como aqueles frascos de remédio que são colocados nas prateleiras mais altas para ficar longe do alcance das crianças. A analogia só não é tão perfeita porque aqueles que estão em situação de poder não são crianças ingênuas, mas homens crescidos e perspicazes, lutando com unhas e dentes por seus interesses nem sempre nobres.

(MARMELSTEIN, George, 2013. Pg. 269).

Lecionando acerca dos direitos e garantias fundamentais como cláusulas pétreas, aduziram **GILMAR MENDES** e **PAULO GUSTAVO GONET BRANCO**, em sua obra *Curso de Direito Constitucional*, que são inadmissíveis as mudanças, em quesitos a eles correspondentes, que venham a minimizar a proteção concedida constitucionalmente. *In verbis*:

No tocante aos direitos e garantias individuais, mudanças que minimizem a sua proteção, ainda que topicamente, não são admissíveis. Não poderia o constituinte derivado, por exemplo, contra garantia expressa no rol das liberdades públicas, permitir que, para determinada conduta (e.g., assédio sexual), fosse possível retroagir a norma incriminante. Esses direitos e garantias individuais protegidos são os enumerados no art. 5º da Constituição e em outros dispositivos da Carta.

(MENDES, G. F; BRANCO, P.G.G., 2013. Pgs. 128)

Contudo, há de se ressaltar que é necessário o exercício de interpretação teleológica do art. 60, §4º, no que tange à expressão “abolir”, uma vez que, sob interpretação literal e gramatical, é possível a constatação – equivocada, com o devido respeito aos que assim pensam – de que a limitação material consubstanciada nas cláusulas pétreas se referem apenas às expressas tentativas de extirpar por completo figuras normativas previstas no referido dispositivo constitucional. Sob tais considerações, insta destacar, novamente, as palavras de notável sapiência jurídica de **JOSÉ AFONSO DA SILVA**:

É claro que o texto não proíbe apenas emendas que expressamente declarem: “fica abolida a Federação ou a forma federativa de Estado”, “fica abolido o voto direto...”, “passa a vigorar a concentração de Poderes”, ou ainda “fica extinta a liberdade religiosa ou de comunicação..., ou o habeas corpus, o mandado de segurança...”. A vedação atinge a pretensão de modificar qualquer elemento conceitual da Federação, ou do voto direto, ou indiretamente restringir a liberdade religiosa, ou de comunicação ou outro direito e garantia individual; basta que a proposta de emenda se encaminhe ainda que remotamente, “tenda” (emendas tendentes, diz o texto) para a sua abolição.

(SILVA, José Afonso, 2009. Pg. 67)

Não obstante o jurista acima mencionado tenha logrado êxito em sua demonstração de que o termo “abolir” deva ser interpretado seguindo-se uma lógica sistemática e conforme os objetivos constitucionais, **UADI LAMMÊGO** encerrou, com inigualável maestria, as possibilidades de se interpretar restritivamente o que seria tal abolição, inclusive demonstrando, com sua repetitiva argumentação, que tais ilações já devem ter sido sustentadas categoricamente por alguns estudiosos. Eis breve trecho de sua obra “Curso de Direito Constitucional”:

A expressão tendente a abolir veicula a mensagem de que o Congresso Nacional, no exercício da competência reformadora, não poderá abrigar tendências que levem, conduzam, encaminhem, possibilite, facilitem, mesmo indiretamente, a deliberação de matérias sacras, intocáveis, absolutas, fundamentais. Tendente computa ideia de inclinar, ter vocação, ser conducente. Abolir, por sua vez, é o mesmo que suprimir, revogar, afastar, pôr fora de uso. Ora, nenhuma proposta de emenda poderá inclinar-se no sentido de aniquilar a forma federativa de Estado, o voto secreto, universal e periódico, a separação de Poderes e os direitos fundamentais, porquanto esses assuntos integram o cerne intangível do Texto Maior.

(BULOS, Uadi Lammêgo, 2012. Pg. 412)

Com efeito, após todo o arrazoado aqui exposto acerca dos Direitos Fundamentais como cláusulas pétreas, pormenorizando o entendimento de diversos estudiosos de renome no universo jurídico brasileiro, resta esboçado raciocínio lógico e progressivo que tem o condão de conduzir o presente estudo à conclusão de que a atividade legislativa que culminou na Emenda Constitucional nº 45/2004 consubstancia verdadeira transgressão à Constituição Federal de 1988, uma vez que atenta frontalmente à limitação material concernente às cláusulas pétreas.

Ora, sabe-se que a referida Emenda Constitucional, dentre outras mudanças, acrescentou o §3º ao art. 5º da *Lex Mater*, condicionando a hierarquia constitucional dos Tratados Internacionais Garantistas à votação, no Congresso Nacional, na forma prevista para Emendas Constitucionais, como já asseverado.

Já restou argumentado, também, que o legislador constituinte originário conferiu aos referidos diplomas internacionais, desde que internalizados da forma devida, hierarquia constitucional e aplicabilidade imediata, nos termos do §1º e §2º do art. 5º da Carta Magna, por se tratar da **terceira vertente de direitos e garantias fundamentais**, inclusive sendo tal tese defendida por ninguém menos que **AUGUSTO CANÇADO TRINDADE**, que, na Assembleia Constituinte de 1987, foi quem propôs o texto do referido §2º do art. 5º.

Assim sendo, é de notável percepção que a criação de barreiras burocráticas ao re-

conhecimento dos Tratados Internacionais que versem acerca de Direitos Humanos como normas constitucionais, nos termos que restaram consignados no §3º do art. 5º da *Lex Mater*, tende a abolir os direitos e garantias fundamentais em sua terceira vertente – ou seja, os direitos e garantias fundamentais “*decorrentes [...] dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*” (BRASIL. Constituição Federal de 1988. *Vade Mecum*: acadêmico de direito / Anne Joyce Angher, organização. – 10. Ed. – São Paulo: Rideel, 2010) –, conforme conceituação argumentada pelo **Ministro Carlos Veloso**, nos autos do RHC 79.785-7/RJ, já mencionada e devidamente citada.

Desta forma, somente se reforça a tese de que a Emenda Constitucional nº 45/04, ao condicionar a hierarquia normativa constitucional aos Tratados Internacionais que versem acerca de Direitos Humanos à votação, nas duas Casas do Congresso Nacional, inclusive com quórum qualificado, demonstra possível inconstitucionalidade, por transgredir a dicção prevista no art. 60, §4º, IV, de que os Direitos Fundamentais – direitos e garantias individuais – são cláusulas pétreas.

7 ELEMENTOS MÍNIMO-IRREDUTÍVEIS LIMITATIVOS

Não obstante já tenham sido esboçados no tópico anterior, os limites materiais impostos pelo legislador constituinte originário ao poder reformador – *in casu*, em referência às cláusulas pétreas –, cumpre ressaltar que é de notável importância a menção acerca dos chamados *Elementos Mínimo-Irredutíveis das Constituições*, contemplando o magistério de **UADI LAMMÊGO BULOS** em sua obra “Curso de Direito Constitucional”.

Todas as estruturas existentes no Universo – sejam jurídicas, físicas, químicas, biológicas, dentre outras – possuem as suas linhas-mestras, os elementos sem os quais a dita estrutura estaria fadada ao fracasso. A título de exemplo, tem-se a leitura da obra de **GEORGE MARMELSTEIN**, onde se alcançou a conclusão de que não se pode falar em um Estado Democrático de Direito sem que haja a existência da noção de limitação do poder estatal e garantia da dignidade da pessoa humana. São elementos intrínsecos à própria formação ao Estado Democrático de Direito.

Pois bem! Com a temática ora em prosa, nada soa em tom diverso. Em conformidade com os ensinamentos de **BULOS**, todo Estado que esteja organizado sob os auspícios de um texto constitucional prescinde necessariamente da previsão normativa – na própria Constituição – de elementos que consubstanciam a organização estrutural do Estado e a garantia das liberdades públicas. Desta forma, os elementos mínimo-irredutíveis “*são indispensáveis a uma autêntica constituição porque integram a sua estrutura normativa*” (LOEWENSTEIN, Karl *apud* BULOS, Uadi, 2012, p. 122).

Em verdade, o termo “mínimo-irredutíveis”, como sugere a própria nomenclatura, parece deter certa proximidade com o que foi denominado por **BULOS** como “*cerne intangível*” da Constituição, este tido como a uma das limitações materiais impostas pelo legislador constituinte originário ao poder constituinte reformador, conforme já estudado em tópico diverso.

Todavia, os elementos mínimo-irredutíveis, ao invés de representarem, como as cláusulas pétreas, limites materiais ao poder constituinte reformador – ou seja, na defesa da substância constitucional almejada pelo constituinte originário – consubstanciam a própria essência da constituição de um Estado, na medida em que dizem respeito à sua estrutura jurídica enquanto um todo orgânico, sistematizado e interdependente.

Com efeito, se vislumbra tal essencialidade dos elementos mínimo-irredutíveis no momento em que o referido autor advoga no sentido de que “*se eles faltassem nos textos*

constitucionais, a organização político-jurídica do Estado ficaria desconfigurada em suas linhas-mestras” (BULOS, 2012, p. 123). Em relação à temática, o jurista prossegue afirmando:

Esses elementos são mínimo-irredutíveis porquanto não podem faltar num documento constitucional. São fundamentais à organização do Estado e à garantia das liberdades públicas. Por isso, não podem ser reduzidos, amesquinçados ou renegados a segundo plano. São indispensáveis a uma autêntica constituição porque integram a sua estrutura normativa.

(BULOS, Uadi Lammêgo, 2012. Pg. 122)

Como se percebe, os elementos ora em estudo, por serem “*indispensáveis a uma autêntica constituição*”, impõem ao legislador constituinte originário que a construção da estrutura normativa estatal obedeça pontualmente a necessidade de que estejam estabelecidas na *Lex Mater* previsões acerca de quesitos que são inerentes a um Estado regularmente constituído, como os poderes outorgados pelos constituintes, os indivíduos que exercerão os poderes, a forma e as condições de exercício, as limitações desses poderes, as normas de transição constitucional, dentre outros.

De bom alvitre registrar que **JOSÉ AFONSO DA SILVA**, embora não faça menção ao termo “elementos mínimo-irredutíveis”, contempla os ensinamentos de **LAMMÊGO**, à medida que leciona acerca dos “Elementos das Constituições”, trazendo à baila normas às quais que atribui características fundamentais à coletividade estatal. *In litteris*:

[...] as constituições contemporâneas apresentam-se recheadas de normas que incidem sobre matérias de natureza e finalidades as mais diversas, sistematizadas num todo unitário e organizadas coerentemente pela ação do poder constituinte que as teve como fundamentais para a coletividade estatal. Essas normas, geralmente agrupadas em títulos, capítulos e seções, em função da conexão do conteúdo específico que as vincula, dão caráter polifacético³ às constituições, de que se originou o tema denominado

(SILVA, José Afonso, 2009. Pg. 44)

Contudo, o termo “elementos mínimo-irredutíveis”, embora transpareça, por si só, a noção do que representa, é deveras vago para se contemplar especificadamente os ensinamentos de **UADI LAMMÊGO** que se pretende aplicar ao entendimento proposto pelo presente trabalho. Ocorre que são diversas as vertentes de tais elementos, por cada uma corresponder a

³ UADI LAMMÊGO também faz referência ao termo “polifacético” em seu livro, reputando sua origem ao jurista Manuel Garcia-Pelayo em sua obra “Derecho constitucional comparado”, 1951.

diferentes segmentos de uma constituição, de forma que, embora sejam todos essenciais, alguns não importarão à conclusão que almeja se chegar. Acerca dos elementos enquanto gênero, aduz o referido autor:

Os elementos mínimo-irredutíveis das constituições caracterizam-se por serem diversos entre si. Correspondem a cada tipo de organização estatal e variam a depender dos acontecimentos registrados na evolução histórica de determinado lugar. Possuem conteúdo, origem e finalidades substancialmente diferentes. Atuam como instrumentos de concretização dos mais diversificados bens e valores constitucionais. Revestem-se de iniludível fundamentalidade para as coletividades, distribuindo-se ao longo dos títulos, capítulos e seções das constituições. Embora díspares no conteúdo, vivem em harmonia dentro da constituição e logram a mesma importância. Não há hierarquia entre eles, nem gradação ou superioridade. Cada um desempenha o seu papel dentro do respectivo instrumento basilar em que se acha inserido, espargindo seus reflexos na mecânica dos Estados.

(BULOS, Uadi Lammêgo, 2012. Pg. 123)

De fácil constatação, se depreende, da leitura do trecho supramencionado, que os elementos mínimo-irredutíveis não se reservam apenas aos Estados Democráticos. Em vez disso, correspondem a cada tipo de organização estatal, sendo influenciados pelas características inerentes a cada cultura e ideologia política e materializam a estrutura normativa compatível com as peculiaridades do Estado que se constitui.

Com efeito, **UADI LAMMÊGO**, ao analisar a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, evidenciou que restam presentes e identificáveis no texto normativo os seguintes elementos mínimo-irredutíveis, *in verbis*:

Elementos mínimo-irredutíveis orgânicos ou dogmáticos – organizam o Estado brasileiro e a estrutura do poder, fixando o sistema de competência dos órgãos, instituições e autoridades públicas. Também se reportam às normas relativas à tributação e ao orçamento. Exemplos: arts. 18 a 43; 44 a 135; 142 a 144; e 145 a 169 do nosso Texto Constitucional.

Elementos mínimo irredutíveis limitativos – freiam o poder estatal perante os cidadãos, evitando o arbítrio, o abuso de autoridade, o desrespeito aos direitos e garantias fundamentais. Exemplos: arts. 5º, I a LXXVIII; 14 a 17.

Elementos mínimo-irredutíveis socioideológicos – assinalam os fins sociais e econômicos do Estado, refletindo os anseios por uma sociedade mais justa, com distribuição equânime de renda, suprimindo os privilégios injustificados. Esses elementos, portanto, são de cunho ideológico-programático, revelando o conteúdo social das constituições contemporâneas. Presumem uma ideologia, no sentido de que refletem o compromisso entre o Estado individual e o Estado social. Engendram um programa, escopo ou finalidade, consubstanciando-se em preceitos definidores de metas a serem alcançadas.

Exemplos: arts. 6º a 11; 170 a 232.

Elementos mínimo-irredutíveis de estabilização constitucional – buscam manter a normalidade institucional e a paz coletiva, eliminando conflitos constitucionais. Funcionam, também, como mecanismos de defesa do Estado e da própria constituição. Exemplos: arts. 34 a 36; 51, I; 52, X; 60; 85 e 86; 97; 102, I, a, e III; 103; 136 a 141.

Elementos mínimo-irredutíveis de aplicabilidade constitucional – estabelecem o procedimento formal para promulgação, vigência e aplicação das normas supremas do Estado, bem como o grau de eficácia dos preceitos definidores dos direitos e garantias fundamentais. As normas relacionadas ao processo legislativo também se inserem nessa classificação, porque, em sentido amplo, também dizem respeito à forma pela qual os dispositivos constitucionais devem ser aplicados. Exemplos: Preâmbulo, §1º do art. 5º, arts. 59 a 69. Interessante observar que a Constituição de 1988 traz a cláusula de promulgação no seu próprio preâmbulo. Contudo, ela não consagra um artigo expresso com cláusula de vigência, a exemplo do que sucedeu com o Texto Maior de 1967 (art. 189), mais tarde amplamente reformulado pela Emenda Constitucional nº 1/69 (art. 2º)

Elementos mínimo-irredutíveis de transição constitucional – concentram-se no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Vigoram por certo período. Ao produzir seus efeitos, esgotam-se completamente. Passam a ter valor histórico, sendo meras proposições sintáticas, cuja efetividade já se esvaiu no tempo. Outras, por sua vez, ainda produzirão seus efeitos. Exemplos: arts. 1º a 75 do ADCT da Constituição pátria.

(BULOS, Uadi Lammêgo, 2012. Pg. 123)

Da leitura do trecho acima transcrito, se tem uma noção exata do que o autor denomina serem os elementos mínimo-irredutíveis, uma vez que há o apontamento categórico e específico de cada item da Constituição brasileira que os contém. Ao que se percebe, considera o jurista que todos os Estados Constituídos devem contar com normas que estabeleçam a estrutura orgânica do Estado, a limitação de poder das autoridades constituídas, os fins sociais e econômicos da estrutura estatal, a paz coletiva e o equilíbrio entre as instituições criadas, as previsões de normas concernentes à aplicabilidade das dicções constitucionais e as regras de transição constitucional.

Contudo, como já fora ventilado em parágrafos passados, a grande maioria destes elementos não importarão à conclusão que se pretende alcançar no presente trabalho. Nessa esteira, se ressalta que a exaustiva transcrição integral de todos eles serviu muito mais para explicitar de maneira satisfatória o que vem a contemplar a doutrina de **UADI LAMMÊGO BULOS**.

Com efeito, se aduz que importa ao esclarecimento deste trabalho a análise da proposição feita pelo autor acima mencionado concernente aos elementos mínimo-irredutíveis limita-

tivos. Como se percebe, dentre as várias espécies dos referidos elementos, existe aquela que contém previsões normativas que tem o condão justamente de frear o poder constituído, evitando arbítrios, abuso de autoridade e o desrespeito aos direitos e garantias fundamentais.

Novamente citando **JOSÉ AFONSO DA SILVA**, que, como asseverado alhures, corrobora o entendimento aqui exposto, transcreve-se, *in litteris*, trecho da obra “*Curso de Direito Constitucional Positivo*” – já citada – no qual o autor faz menção aos Elementos Limitativos das Constituições (chamados por **UADI LAMMÊGO** de Elementos Mínimo-Irredutíveis Limitativos):

[...] elementos limitativos, que se manifestam nas normas que consubstanciam o elenco dos direitos e garantias fundamentais: direitos individuais e suas garantias, direitos de nacionalidade e direitos políticos e democráticos; são denominados limitativos porque limitam a ação dos poderes estatais e dão a tônica do Estado de Direito; acham-se eles inscritos no Título II de nossa Constituição, sob a rubrica Dos Direitos e Garantias Fundamentais [...]

(SILVA, José Afonso, 2009. Pg. 44)

Ora, importante lembrar que o debate instaurado por este trabalho já trilhou por todos os caminhos que conduzem ao entendimento de que os Tratados Internacionais que versem acerca dos Direitos Humanos consubstanciam a terceira vertente de direitos e garantias fundamentais⁴, estabelecida pelo legislador constituinte originário no art. 5º, §2º, da Constituição Federal de 1988.

Ademais, já houve, também, a demonstração de que os direitos e garantias fundamentais, além de gozarem de aplicabilidade imediata, conforme reza o art. 5º, §1º, da Carta Magna, restam contemplados pelo seu art. 60, §4º, IV, sendo considerados cláusulas pétreas, um dos limites materiais infligidos ao legislador constituinte reformador, justamente porque “os direitos fundamentais representam, de certo modo, uma desconfiança em relação ao Poder Público” (MARMELESTEIN, 2013, p. 270).

Nesse diapasão, é inegável a contribuição que **UADI LAMMÊGO BULOS** empresta ao entendimento ora proposto, uma vez que possibilita que se atribua aos direitos e garantias fundamentais mais força perante o poder constituinte reformador, uma vez que são aqui tidos como elementos mínimo-irredutíveis limitativos. Outrossim, o peso de seu magistério confere maior sustentáculo para se defender a opinião de que a atividade do legislador constituinte reformador, no momento em que editou a EC nº 45/2004, condicionando a hierarquia

⁴ As vertentes dos direitos e garantias fundamentais foram explicitadas no tópico “INTRODUÇÃO”, e refletem os ensinamentos do Ilustre **Ministro Carlos Veloso**, nos autos do RHC 79.785-7/RJ

normativa constitucional aos Tratados Internacionais Garantistas, ao atendimento de condições que não foram previstas pelo legislador constituinte originário, padeceu de inconstitucionalidade, diante das várias transgressões que foram expostas.

8 CONCLUSÕES

No início dos estudos que culminaram no presente trabalho de conclusão, foi estabelecido o objetivo de analisar a hierarquia normativa dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos perante a ordem jurídica brasileira, vislumbrando se possuem força normativa de lei ordinária, natureza constitucional, ou mesmo caráter supralegal, conforme entendimento atual do Supremo Tribunal Federal.

Ocorre que o legislador constituinte originário, ao editar a Constituição Federal de 1988, inseriu no texto legal, por intermédio do art. 5º, §2º, uma cláusula de abertura aos tratados e convenções internacionais de Direitos Humanos, sinalizando no sentido de que os direitos e garantias fundamentais prelecionados pela Lei Maior consubstanciam um rol exemplificativo, e não taxativo, possibilitando, assim, que outros direitos e garantias viessem a incorporar a ordem normativa constitucional quando decorrentes de diplomas internacionais devidamente internalizados na forma prevista.

Contudo, além de a interpretação acima esmiuçada não ter sido corroborada pelo Supremo Tribunal Federal, que vinha há anos encarando os diplomas internacionais de Direitos Humanos com hierarquia normativa de lei ordinária, o Congresso Nacional, no ano de 2004, editou a Emenda Constitucional nº 45, que, dentre outras alterações, acrescentou o §3º ao art. 5º da Constituição Federal de 1988. Tal dispositivo leciona que os referidos Tratados Internacionais que, após internalizados, fossem aprovados nas duas Casas, em dois turnos, por três quintos dos membros, teriam força normativa de Emendas Constitucionais.

Diante de tal inovação, o Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE 466.343, por intermédio do voto do Excelentíssimo Ministro Gilmar Mendes, esboçou o entendimento de que o acréscimo do §3º ao artigo 5º da Constituição Federal era uma demonstração eloqüente de que o §2º do mesmo dispositivo não concedia aos diplomas internacionais hierarquia constitucional, como defendiam autores como Flávia Piovesan, Luís Flávio Gomes e Augusto Cançado Trindade.

Com efeito, o presente trabalho, desde o seu início, teve o condão justamente de questionar o entendimento propalado pelo Pretório Excelso nos autos do RE 466.343, uma vez que, além de a redação do art. 5º, §2º, da Lei Maior não abrir margens para dúvidas de não tratar-se de cláusula de abertura, os argumentos utilizados nos votos dos Ministros – principalmente o Gilmar Mendes – no que tange às justificativas para não se reconhecer a hierarquia constitucional aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos se mostravam falhos e

insuficientes para se legitimar o amesquinamento do espectro de atuação dos direitos e garantias fundamentais.

Dessa forma, o desenvolvimento dos objetivos previamente estabelecidos conduziriam o presente trabalho ao rumo que sinalizou ser o §2º do art. 5º do texto constitucional, de fato, uma cláusula de abertura para direitos e garantias fundamentais advindos de diplomas internacionais, oportunidade na qual os direitos e garantias contemplados por tais instrumentos – depois de internalizados pela ordem jurídica brasileira – deteriam hierarquia privilegiada diante de sua materialidade constitucional, gozando, portanto, de aplicabilidade imediata, conforme art. 5º, §1º, da *Lex Mater*. Inclusive, há de ser ressaltado que tal entendimento é corroborado pelo próprio Augusto Cançado Trindade, autor do referido dispositivo constitucional que fora analisado.

Não obstante, muito embora não tenha sido esse o objetivo principal seguido, as elucubrações alcançadas no decorrer do trabalho, principalmente pelo fato de o Supremo Tribunal Federal dar interpretação a um dispositivo constitucional que vai de encontro à opinião do próprio autor do texto, suscitaram o questionamento da constitucionalidade do dispositivo inserido pela Emenda Constitucional nº 45/2004 (o §3º do art. 5º), uma vez que parecia ser deveras afrontoso simplesmente ignorar a vontade do legislador constituinte originário e se reformar o texto constitucional.

Tendo sido analisadas as limitações impostas pelo legislador constituinte originário ao poder reformador, mais especificadamente as materiais, se vislumbrou que a Emenda Constitucional nº 45/2004, no momento em que editou o já mencionado §3º ao art. 5º da CF/88, incorreu em notória afronta ao teor do art. 60, §4º, IV, sendo inconstitucional por transgredir o limite material consubstanciado nas chamadas cláusulas pétreas.

Ora, leciona o art. 60, supramencionado, que não serão sequer dignas de apreciação as Emendas Constitucionais que forem tendentes a abolir os direitos e garantias fundamentais. Por sua vez, a cláusula de abertura prevista no art. 5º, §2º, conforme entendimento esboçado pelo Ilustre Ministro Carlos Veloso nos autos do RHC 79.785-7/RJ, encara que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos consubstanciam a terceira vertente de direitos e garantias estabelecida pelo legislador constituinte originário, devendo ser protegidos da mesma forma que os direitos e garantias estampados na própria Constituição.

Com efeito, se observou que a Emenda Constitucional nº 45/2004, no momento em que inseriu um dispositivo à Constituição que, além de simplesmente ignorar a cláusula de abertura prevista no §2º do art. 5º e negar aplicabilidade imediata aos direitos e garantias fundamentais, editou outra regra que tornava a incorporação dos direitos advindos de diplomas

internacionais ao ordenamento jurídico brasileiro mais dificultosa, fatalmente tende à abolição dos direitos mínimo-irredutíveis constantes na Carta Magna.

Dessa forma, o desenvolvimento do tema conduziu ao entendimento de que a atividade legislativa que culminou na Emenda Constitucional nº 45/2004, por afrontar a Constituição em seu art. 60, §4º, IV, e art. 5º, §1º, resta eivada de vício de inconstitucionalidade.

Por fim, importante ressaltar que foi elucidada, também, a omissão do Pretório Excelso no dever de guarda da Constituição Federal de 1988, conforme reza o art. 102, *caput*, não só por ter silenciado diante da possível inconstitucionalidade do §3º do art. 5º, mas sim ter reforçado a atividade inconstitucional representada pela EC nº 45/2004, desprezando sutilmente a vontade do legislador constituinte originário – cujo conhecimento foi inclusive ressaltado pelo próprio Gilmar Mendes em seu voto no RE 466.343.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário* nº 466.343/SP, Tribunal Pleno, Min. Rel. Cezar Peluso, Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Extradição* nº 986, Tribunal Pleno, Min. Rel. Eros Grau, Brasília, DF, 05 de outubro de 2007

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário* nº 79.785-7/RJ, Tribunal Pleno, Brasília, DF, 29 de março de 2000;

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Vade Mecum: acadêmico de direito / Anne Joyce Angher, organização. – 10. Ed. – São Paulo: Rideel, 2010.

BRASIL, Decreto 7.030, de 14 de dezembro de 2009, publicado no D.O.U. no dia 15 de dezembro de 2009. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acessado em 13 de novembro de 2013

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional – 7ª ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 70/2012 – São Paulo: Saraiva, 2012. Pg. 60

GOMES, Luís Flávio. O STF e a nova hierarquia dos tratados de direitos humanos no Brasil: do status de lei ordinária ao nível supralegal 19.3.2007

<http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20070319115849842. Acessado em 03 de outubro de 2012

GUERRA, Sidney. Direitos Humanos. Curso Elementar – São Paulo: Saraiva, 2013;

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo – 32ª edição – 2009, São Paulo-SP: Malheiros Editores, 2009.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito constitucional Internacional/Flávia Piovesan – 10ª Ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2009

PIOVESAN, Flávia. Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF. In: MOURA, Lenice S. Moreira de (Org.). O novo constitucionalismo na era pós-positivista: homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 129