A INTERPRETAÇÃO DO § 3º DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, À LUZ DA *TEORIA DA JUSTIÇA* DE JOHN RAWLS

JOÃO DA CRUZ GONÇALVES NETO
RUTH BARROS PETTERSEN DA COSTA

Resumo: *este estudo visa analisar as várias interpretações doutrinárias existentes acerca da hierarquia normativa dos Tratados Internacionais de Direitos humanos incorporados no ordenamento jurídico interno, após a introdução do § 3º ao art. 5º da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004 (Cognominada de Reforma do Judiciário), e, qual a interpretação que mais se coaduna com a Teoria da Justiça de John Rawls.*

Palavras-chave: *hierarquia normativa, tratados internacionais de direitos humanos, reforma do judiciário*

O Estado deve assegurar a todos os cidadãos iguais oportunidades de promoção de qualquer concepção de bem que eles livremente afirmem.
(John Rawls)

Um dos temas mais controvertidos na seara jurídica quando se cuida da incorporação dos tratados internacionais[1] na ordem interna refere-se à posição hierárquica ocupada pelas respectivas normas internacionais no ordenamento interno. Em outras palavras e tendo em mira o enfoque do presente estudo, pergunta-se se um direito fun-

damental extraído de tratado ou convenção internacional possui força normativa superior aos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal (hierarquia supraconstitucional), se o mesmo se encontra em idêntico nível hierárquico ocupado pelos direitos fundamentais constantes do Texto Constitucional (hierarquia constitucional), se possui força hierárquica superior à legislação infraconstitucional (hierarquia supralegal), ou, se tão-somente se equipara ao direito infraconstitucional (hierarquia legal). A resposta a tal indagação é tão relevante que ao definir o *status* jurídico das normas referentes a direitos fundamentais com sede nos tratados internacionais, decidir-se-á na ponta dos entendimentos extremos sobre a possibilidade do controle de sua constitucionalidade, acerca de sua submissão à proteção das assim denominadas "cláusulas pétreas", ou pela sua revogabilidade por uma mera lei ordinária. Em última *ratio*, pode-se, ademais, a partir da definição de seu *status* normativo, avaliar a sua eficácia jurídica, aquilatando acerca de sua efetividade social.

Com efeito, em razão das acirradas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais existentes até então no ordenamento jurídico brasileiro, vez que a Constituição Federal de 1988 não continha qualquer disciplinamento acerca das relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno, e, com o intuito de pôr côbro às discussões relativas à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, a Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004 (cognominada de Reforma do Judiciário), introduziu o § 3º ao art. 5º da Constituição Federal, com a seguinte redação:

> *§ 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.*

Desde então, várias interpretações, inclusive divergentes entre si, têm sido engendradas em relação ao mencionado dispositivo, demonstrando a premente necessidade de se chegar àquela que mais se harmonize com os princípios constitucionais e de Direito Internacional Público, e, com as técnicas hermenêuticas da máxima efetividade e eficiência e da força normativa da Constituição.

Com este foco, o presente estudo busca pincelar algumas das principais interpretações construídas até o momento, para, ao final, fixar aquela que melhor se adéqüe aos objetivos ora propostos, à luz da Teoria da Justiça de John Rawls.

TEMAS PREJUDICIAIS SUBJACENTES À QUESTÃO DE FUNDO

Antes de trazer à colação, de forma sucinta, acerca de algumas das mais relevantes interpretações feitas ao § 3º do art. 5º da Constituição Federal, mister analisar umas poucas questões prévias necessárias ao correto entendimento da problemática.

TEORIAS SOBRE A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E O DIREITO INTERNO ESTATAL

Consoante asseverado, mostra-se relevante o estudo da hierarquia do Direito Internacional frente ao Direito Interno estatal, observado que na lição de Mazzuoli (2007, p. 53-66), para a solução do problema *sub examine*, destacam-se duas teorias:

- Teoria Dualista, subdividida em extremada e moderada, que consiste em considerar o Direito Internacional e o Direito Interno duas ordens jurídicas distintas e independentes. Neste sentido, para que um compromisso internacionalmente assumido passe a ter valor jurídico no âmbito do Direito Interno desse Estado, faz-se necessário que o Direito Internacional seja transformado em norma de Direito Interno, o que se dá pelo processo conhecido como 'adoção' ou 'transformação'. Este processo exige, para o ingresso das normas internacionais provenientes de tratados no ordenamento jurídico pátrio, após a ratificação, a incorporação legislativa do conteúdo desses instrumentos ao ordenamento interno nacional[2]. Assim, a norma de Direito Internacional internalizada passaria a ter idêntico *status* que outra norma de Direito Interno, fator que permitiria que um tratado internacional fosse revogado por uma lei ordinária posterior (*lex posterior derogat legi priori*);
- Teoria Monista, subdividida em internacionalista e naciona-

lista, é caracterizada por considerar a unicidade do conjunto das normas jurídicas, internas e internacionais. Com efeito, o Direito Internacional se aplica diretamente na ordem jurídica dos Estados, independentemente de qualquer "transformação", sendo inútil qualquer processo de incorporação formal das normas internacionais no ordenamento jurídico interno. Mazzuoli (2007, p. 59) assim a define, *verbis*:

> *Para a doutrina monista, a assinatura e ratificação de um tratado por um Estado significa a assunção de um compromisso jurídico; e se tal compromisso envolve direitos e obrigações que podem ser exigidos no âmbito do Direito interno do Estado, claro está que não se faz necessária, só por isso, a edição de um novo diploma normativo, "materializando" no plano interno, pela via da transformação, o compromisso internacionalmente assumido.*

No Brasil, trata-se da posição da maioria da doutrina internacionalista. Observado que, desde que a teoria monista seja adotada, surge a questão de saber qual ordem jurídica deve prevalecer em caso de conflito, se interna ou internacional[3]. Destarte, no que tange à hierarquia entre as ordens jurídicas interna e internacional, a doutrina monista se bifurca:

- Monismo internacionalista, que teve em Kelsen seu maior expoente, propugna pela prevalência do Direito Internacional em detrimento do Direito Interno, em caso de conflito. Há, assim, o primado do direito externo, ajustando-se a ele todas as ordens internas, vez que estas derivam do Direito Internacional, que representa uma ordem jurídica hierarquicamente superior. Subdivide-se, por sua vez, em extremada e moderada[4];
- Monismo nacionalista, que apregoa o primado do direito nacional de cada Estado soberano, sob cuja ótica a adoção dos preceitos do Direito Internacional reponta como uma faculdade discricionária.

Com fulcro, ainda, no escólio de Mazzuoli (2007), que defende a Teoria Monista Internacionalista, verifica-se a tendência contemporânea no sentido de admitir cada vez mais o primado do Direito Internacional frente aos ordenamentos internos, vez que a soberania

do Estado (do Poder Constituinte originário, que cria nova Constituição e conseqüentemente um novo Estado) se encontra subordinada aos princípios e regras de Direito Internacional Público. Significa dizer, a soberania estatal deve ser relativizada, vez que a Constituição e todo arcabouço jurídico estatal extraem o seu próprio fundamento de validade do ordenamento internacional. Neste passo, importante é lembrar que o art. 11 da Convenção de Havana sobre Tratados, de 1928 e que ainda vigora no Brasil, dispõe em sua parte inicial que "os tratados continuarão a produzir seus efeitos, ainda quando se modifique a Constituição interna dos Estados contratantes", deixando patente a idéia da supremacia dos tratados, inclusive, sobre a Constituição Federal (supraconstitucionalidade).

Ante o exposto, verifica-se que o entendimento que confere primazia dos tratados internacionais sobre as leis internas[5], notadamente aqueles que tratam de direitos humanos[6] - em face do art. 1º, inciso III e art. 4º, inciso II, da Constituição Federal -, encontra-se mais condizente com a própria essência e razão de ser da celebração desses instrumentos pelos sujeitos de Direito Internacional[7], pois como poderia haver o sério comprometimento por parte desses sujeitos na órbita internacional em respeito ao *pacta sunt servanda* se, por meio de uma simples lei ordinária, o vínculo jurídico instituído poderia deixar de ser exigível? Seria o mesmo que permitir que um Estado, unilateralmente, pudesse revogar um compromisso internacional, quando se sabe que para isso é necessário um ato formal de denúncia. Estabelecer-se-ia uma situação de permanente insegurança jurídica nas relações formadas pelos atores internacionais quanto aos compromissos internacionalmente assumidos. Nesse caso, mais razoável seria que os Estados retornassem ao seu estágio seminal de barbárie e total isolamento, não se justificando a manutenção da convivência recíproca pacífica e o intercâmbio entre os Estados na sociedade internacional.

Enfim, negar a primazia do Direito Internacional sobre o Direito Interno é negar o próprio fundamento de validade, a existência e a unidade do Direito Internacional Público.

PROCEDIMENTO DE INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO DIREITO BRASILEIRO

Com espeque, mais uma vez, em Valério de Oliveira Mazzuoli (2007, p. 267), "os Estados são responsáveis em manter dentro de

seu Direito interno, um sistema de integração das normas internacionais por eles mesmos subscritas", observado que no Brasil, o referido procedimento vem descrito no Texto Constitucional, nos arts. 84, inciso VIII e 49, inciso I.

Com efeito, ao Presidente da República é dada a competência privativa para "celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional", lembrando que a expressão "celebrar tratados" conota a assinatura do acordo, não dizendo respeito à ratificação dos mesmos, vez que a Constituição não trata desta matéria.

Por sua vez, o Congresso Nacional, tem a competência exclusiva para "resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional".

Deixando à parte as antigas controvérsias doutrinárias acerca da existência ou não de exceções aplicáveis à aprovação pelo Poder Legislativo dos tratados internacionais, a Constituição Federal de 1988, inovando em relação às Cartas anteriores, fixa de forma clara e inequívoca sobre a necessidade desta aprovação em relação a *todos* os tratados subscritos pela República Federativa do Brasil[8].

A última etapa de incorporação de um tratado no Direito Interno é a sua ratificação pelo Presidente da República.

Por conseguinte, pode-se descrever o procedimento de incorporação ora *sub examine* conforme se segue, observado que para a formalização dos tratados participam sempre os Poderes Executivo e Legislativo, configurando-se, assim, um ato complexo:

- terminada a fase de negociação de um tratado internacional devidamente assinado, o Presidente da República, como responsável pelos assuntos concernentes às relações exteriores, ao seu talante, decide dar curso, ou não, ao processo determinante do consentimento, consistente em submeter o tratado ao crivo do Parlamento, representativo da vontade da Nação;
- o Congresso Nacional, de sua parte, quando chamado a se manifestar, materializa o que ficou resolvido sobre o tratado por meio da elaboração de um decreto legislativo[9] (CF, art. 59, VI). Caso o Congresso rejeite o tratado, não há edição de qualquer espécie normativa, bastando que comunique sua decisão, que ganha foros de definitividade[10], ao Chefe do Poder Executivo, mediante mensagem;

- o Congresso Nacional, ao referendar o texto do tratado, autoriza (não obriga) o Chefe do Poder Executivo a ratificá-lo, o que somente irá ocorrer, dependendo da vontade discricionária do Presidente da República, num momento posterior.

Destaque-se que o decreto legislativo não tem o condão de transformar o acordo assinado pelo Executivo em norma a ser observada, quer na órbita interna, quer na internacional. Tal fato somente irá ocorrer com a posterior ratificação e promulgação[11] do texto do tratado, mediante decreto exarado pelo Chefe do Poder Executivo. Destarte, a ratificação é imprescindível para que um tratado possa ser aplicado internamente[12], mesmo porque a vigência interna de um compromisso exterior, depende da prévia vigência internacional deste mesmo tratado.

Enfim, mister destacar que, desde que em vigor no plano internacional, os tratados ratificados pelo Brasil, promulgados e publicados, passam a integrar o arcabouço normativo interno e, conseqüentemente, a produzir efeitos na ordem doméstica, viabilizando-se a responsabilização internacional do país em caso de seu descumprimento ou violação.

No próximo subitem, estudar-se-ão alguns dos principais posicionamentos existentes sobre o *status* normativo dos tratados internacionais já incorporados ao ordenamento jurídico pátrio.

ALGUNS POSICIONAMENTOS ANTERIORES À EC N. 45/04 SOBRE A HIERARQUIA DOS TRATADOS NO DIREITO INTERNO

Consoante referido na introdução deste estudo, há, em apertada síntese, os seguintes entendimentos doutrinários e/ou jurisprudenciais sobre a hierarquia das normas de direitos humanos constantes dos tratados internacionais incorporados ao ordenamento jurídico pátrio:

a) hierarquia supraconstitucional: mencionadas normas possuem força normativa superior aos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal. É uma posição francamente minoritária, vez que desconsidera por completo a soberania estatal.

a.1) Principais argumentos: consubstanciam-se na Teoria Monista Internacionalista extremada (vide nota de rodapé nº 4).

a.2) Defensores: os seus principais defensores foram Hans Kelsen, Alfred Verdross e Josef Kunz (Escola de Viena).

b) hierarquia constitucional: mencionadas normas se encontram no mesmo nível hierárquico ocupado pelos direitos fundamentais constantes do Texto Constitucional.

b.1) Principais argumentos: consubstanciam-se na Teoria Monista Internacionalista moderada (vide nota de rodapé nº 4). Contudo, nos próximos parágrafos, serão analisados outros argumentos apresentados pelos defensores deste posicionamento, dada a sua relevância e o seu rigor científico.

b.2) Defensores: Carlos Velloso (voto vencido no HC 82.242-2/RS); Flávia Piovesan; Ingo Wolfgang Sarlet; Valerio de Oliveira Mazzuoli.

c) hierarquia infraconstitucional[13], subdividida em:

c.1) hierarquia supralegal: mencionadas regras, apesar de estarem em nível hierárquico inferior à Constituição, têm força normativa superior às leis infraconstitucionais.

c.1.1) Principais argumentos: consubstanciam-se na Teoria Monista Nacionalista.

c.1.2) Defensores: é a manifestação do Ministro Sepúlveda Pertence em seu voto vencido no HC 72.131/RJ, de 22.11.1995 e RHC 79.785/RJ. É a posição de Flávia Piovesan em relação aos tratados ditos "comuns" (que não se referem a direitos humanos).

c.2) hierarquia legal: mencionadas regras equiparem-se hierarquicamente às leis federais ordinárias.

c.2.1) Principais argumentos: relacionam diretamente àqueles propugnados pela Teoria Dualista, que é o corolário dogmático da teoria da soberania absoluta do Estado. Considerando para esta tese que o Direito Internacional e o Direito Interno são ordens jurídicas distintas e independentes (item 2.1), os tratados internacionais representam apenas compromissos exteriores do Esta-

do, assumidos por Governos na sua representação, sem que isso possa influir no ordenamento interno desse Estado. Neste diapasão, o Estado pactuante obriga-se a incorporar as normas avençadas internacionalmente no seu ordenamento doméstico, assumindo apenas uma obrigação moral, e, a partir da internalização da norma de Direito Internacional esta passaria a ter o mesmo *status* normativo que outra norma do Direito Interno, permitindo-se a revogação de um tratado internacional por uma lei ordinária posterior. Ademais, este entendimento é embasado na interpretação literal do art. 102, III, *b*, da CF, bem como no *iter* procedimental exigido para a entrada em vigor do tratado internacional no Direito Interno (aprovação mediante *quorum* de lei ordinária);

c.2.2) Defensores: é a posição dominante do Supremo Tribunal Federal[14] (conforme já assinalado, a Excelsa Corte adota o dualismo moderado) e para alguns doutrinadores, como Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Para os defensores desta posição, não há diferença hierárquica entre tratados internacionais *comuns* ou de direitos humanos.

Considerando a relevância para o presente estudo das bases teóricas defendidas em relação à hierarquia constitucional das normas constantes de tratados internacionais incorporados ao Direito Interno, notadamente de direitos humanos, serão trazidos à baila, de forma sucinta, os principais argumentos expostos pelo doutrinador pátrio Sarlet (2007).

O mencionado autor (2007:91), assim define os direitos fundamentais[15], *litteris*:

> *São todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição mate-*

rial, tendo ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).

Pela definição supra, faz-se mister esclarecer melhor acerca dos aspectos material e formal dos direitos fundamentais, bem como o que viria a ser o Catálogo desses direitos.

Com fundamento no § 2º do art. 5º da Constituição Federal[16], que é entendido na perspectiva da abertura dos direitos fundamentais, da sua não-tipicidade, correspondendo à sua abertura material, Ingo Wolfgang Sarlet estabelece a seguinte classificação dos direitos fundamentais:

a) Direitos expressamente positivados, subdivididos em:
a.1) previstos na Constituição Federal:
- No Catálogo (constantes do Título II da CF);
- Fora do Catálogo (previstos em outras partes do Texto Constitucional);
a.2) previstos nos tratados internacionais.
b) Direitos não-escritos, subdivididos em:
b.1) implícitos;
b.2) decorrentes do regime e dos princípios adotados pela CF.

Considerada a mencionada classificação, somente os direitos fundamentais previstos nos tratados internacionais são materialmente constitucionais, as demais espécies são formalmente (constam do Texto Constitucional) e materialmente constitucionais (são aqueles que por sua substância, conteúdo e importância possam ser equiparados aos constantes do "catálogo").[17]

Vistas, ainda que de forma breve, algumas questões prejudiciais, acredita-se que o entendimento do próximo item restará facilitado.

ALGUMAS DAS INTERPRETAÇÕES MAIS RELEVANTES JÁ ELABORADAS SOBRE O § 3º DO ART. 5º

Serão estudados posicionamentos de alguns dos mais respeitados doutrinadores, seguidos das respectivas análises críticas, levando-se em conta o entendimento anterior à edição do § 3º do art. 5º:

estudos, Goiânia, v. 35, n. 4, p. 753-779, jul./ago. 2008.

- André Ramos Tavares: este doutrinador entende (2005:40-48) que a inserção do § 3º ao art. 5º da CF, por meio da EC nº 45/2004, alterou substancialmente o sistema, elevando os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos à hierarquia constitucional, desde que, como ocorre com as emendas constitucionais, sejam aprovados por três quintos dos votos dos membros da cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos. Ele rechaça a "equivocada idéia de que o novo § 3º do art. 5º da CB estaria a ratificar a posição doutrinária que sempre sustentou a estrutura constitucional dos tratados sobre direitos humanos". Entende que, ao revés, de forma catastrófica, o dispositivo afasta a interpretação doutrinária lata que era feita sob o manto do § 2º do art. 5º, acerca da incorporação constitucional automática e sob o critério da materialidade constitucional de tratados versando sobre direitos humanos. Assevera, ademais, que a simples presença, no tratado ou convenção, do tema de direitos humanos obriga o Congresso Nacional a adotar o rito criado para a respectiva parte do tratado, ou eventualmente, todo ele, observado que a submissão do instrumento internacional ao Poder Legislativo deve ser automática, independentemente de iniciativa privativa. Ainda, acrescenta que é vedada a denúncia do tratado, incorporado como emenda constitucional, por ato unilateral do Presidente da República. Afirma que a ratificação pelo Presidente simplesmente não existirá neste novo formato, pelas próprias características de aprovação e promulgação de proposta de emenda constitucional, que sempre descartou a atuação presidencial, reduzindo esta à celebração internacional. Em relação aos tratados internalizados anteriormente à Reforma, o autor parte da premissa da não aplicação do § 2º do art. 5º da CF e, neste caso, abrem-se, no mínimo, duas leituras possíveis: a) eles permanecem com o *status* próprio do veículo que os internalizou, ou seja, mantêm o patamar de lei; b) passam automaticamente a ter *status* de emenda constitucional pelo fenômeno da recepção[18]. Ele adota a segunda posição, sinalizando que, para os defensores da hierarquia legal dos tratados, àqueles internalizados anteriormente à EC nº 45/2004 permanecem com o *status* de lei ordinária (alínea *a* retro).

- Análise Crítica do Posicionamento: André Ramos Tavares tem uma posição, de certa forma intermediária, na medida em que ele entende que os tratados de direitos humanos já incorporados no Direito brasileiro terão o *status* de norma constitucional pelo fenômeno da recepção. Contudo, relativamente aos futuros tratados (a partir da edição da EC nº 45/2004), vez que ele entende que a Reforma rechaçou a materialidade constitucional de tais tratados, somente terão *status* de norma constitucional, caso sejam aprovados pelo *quorum* e rito qualificados das emendas constitucionais. O nó górdio desta posição é que poderá haver normas de direitos humanos, de igual natureza, com *status* normativo diferenciado (constitucional e legal), revelando uma situação jurídica paradoxal e inconstitucional, pois estar-se-á malferindo o princípio da isonomia consubstanciado na exigência de dar tratamento igualitário a situações similares.

- Flávia Piovesan e Ingo Wolfgang Sarlet: conforme já mencionado neste estudo (item 2.3), estes autores partem de um conceito aberto de direitos fundamentais (sobre o qual é elaborada a classificação desses direitos), com fulcro no § 2º do art. 5º da CF, equiparando-os às normas constitucionais em sua vertente material. Flávia Piovesan (2005:70) esclarece que a conclusão sob enfoque "advém da interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional". Acrescenta a autora que também são considerados o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais referentes a direitos e garantias fundamentais e a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais. Neste sentido, conclui que, enquanto os tratados internacionais de direitos humanos apresentam natureza de norma constitucional (independentemente do *quorum* de sua aprovação, pois são materialmente constitucionais), os demais tratados internacionais (ditos "comuns") apresentam natureza infraconstitucional. Ademais, os primeiros, por força do § 1º do art. 5º da CF têm aplicabilidade imediata (incorporação

automática)[19]. Com base no exposto, é inferido que a inclusão do § 3º ao art. 5º da CF pela EC nº 45/2004 veio reforçar tão-somente a natureza constitucional dos direitos humanos ao adicionar-lhes também a marca da constitucionalidade formal[20]. Isto porque não seria razoável sustentar que os tratados de direitos humanos ratificados antes da referida emenda constitucional fossem recepcionados como lei ordinária federal, enquanto os demais adquirissem hierarquia constitucional por conta exclusiva de seu *quorum* de aprovação. Ressaltam que há uma diversidade de regimes jurídicos entre os direitos humanos material e formalmente constitucionais, vez que somente os primeiros são suscetíveis de denúncia, pois embora ambos estejam resguardados pelas "cláusulas pétreas"[21] (inciso IV, § 4º do art. 60), os materialmente constitucionais não foram aprovados por um *quorum* qualificado, admitindo-se, assim, a validade jurídica do ato de denúncia, que é ato apenas do Poder Executivo[22]. Já os direitos humanos também formalmente constitucionais, ao serem aprovados por um *quorum* qualificado e se inserindo no texto da Constituição, exigiria também um ato complexo, formado pelas vontades dos Poderes Executivo e Legislativo, para que houvesse a denúncia. Lembrando-se que nas duas situações mencionadas, os direitos humanos, por estarem protegidos por cláusulas pétreas, não seriam passíveis de exclusão do ordenamento jurídico interno (vedação de retrocesso social), admitindo-se somente a sua alteração se fosse para melhorar as condições desses direitos. Destarte, Ingo W. Sarlet (2007, p. 159) defende que a solução de eventual conflito entre os direitos da Constituição e os dos tratados incorporados deveria observar os princípios hermenêuticos que regem os conflitos entre os direitos e princípios originariamente reconhecidos pelo Constituinte, direcionando-se para uma adequada ponderação de valores em pauta e privilegiando-se uma solução mais favorável à garantia da dignidade da pessoa humana. Observa-se que os autores sob referência, antes da inserção do §3º do art. 5º ao Texto Constitucional, já defendiam a materialidade constitucional dos direitos humanos em sede de tratados internacionais incorporados ao Direito Interno.

- Análise Crítica do Posicionamento: o que os autores defendem é que, com o advento do § 3º do art. 5º surgem duas categorias de tratados de direitos humanos: a) os materialmente constitucionais (a partir da sua vigência, por força do § 2º do art. 5º, ainda que aprovados pelo *quorum* da maioria relativa exigível para o decreto legislativo); b) os material e formalmente constitucionais (a partir da aprovação com o *quorum* especial das emendas constitucionais, em consonância com o § 2º do art. 60 da CF). Ressaltam que os tratados de direitos humanos têm *status* constitucional e os tratados comuns (os demais) têm *status* infraconstitucional (hierarquia supralegal). Estes autores adotam uma posição, a par de estar bem-embasada e bem construída, mais "arrojada", mais moderna, na medida em que é mais condizente com o papel e a importância assumidos pelos direitos humanos no âmbito internacional e interno dos Estados. Fica difícil digerir a posição daqueles que, ao conferirem natureza legal aos tratados de direitos humanos incorporados pelo país, admitem a sua revogação por lei ordinária posterior. Pode-se afirmar, destarte, que o entendimento destes autores vai ao encontro da tendência do pensamento atual de considerar que, em face da universalização dos direitos humanos, deve-se relativizar a soberania estatal.

- Valerio de Oliveira Mazzuoli: dentre os autores estudados, este é o que mais minuciosamente analisou os reflexos da inserção do multicitado dispositivo constitucional no ordenamento jurídico pátrio. Com efeito, este autor sempre defendeu a aplicabilidade imediata e o nível constitucional (com fulcro, respectivamente, nos §§ 1º e 2º da CF) das normas de direitos humanos constantes de tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil. Na esteira dos autores supracitados, Flávia Piovesan e Ingo W. Sarlet, o internacionalista em destaque entende que referidos tratados passaram a ser fonte do sistema constitucional de proteção de direitos no mesmo plano de eficácia e igualdade daqueles direitos, expressa ou implicitamente, consagrados pelo Texto Constitucional. Por outro lado, alerta para o perigo da interpretação apressada e literal do § 3º do art.

5º conduzindo ao entendimento de que apenas os tratados aprovados pelo *quorum* qualificado nele estipulado seriam normas constitucionais e que os demais teriam valor de mera lei ordinária, gerando insegurança jurídica, ante a criação de distinção entre instrumentos internacionais que têm o mesmo fundamento ético. Chama a atenção, ademais, sobre o perigo da interpretação que concede ao Congresso Nacional, ao seu talante, poder de decidir sobre a hierarquia normativa que devem ter determinados tratados de direitos humanos em detrimento de outros, violando a completude do bloco de constitucionalidade. De outra parte, ao contrário do entendimento esposado pelos demais autores estudados[23], registra que não se deve confundir o referendo dos tratados internacionais, de que cuida o art. 49, inciso I, materializado por meio de um decreto legislativo (aprovado por maioria simples) promulgado pelo Senado Federal, com a segunda eventual manifestação do Congresso, para fins de pretensamente decidir sobre qual *status* hierárquico deve ter determinado tratado internacional de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, vez que não houve alteração do mencionado dispositivo. Outrossim, destaca que a redação do § 3º do art. 5º deixa entrever que serve tão-somente para equiparar os tratados de direitos humanos às emendas constitucionais, o que poderia ser feito após o tratado já estar ratificado pelo Presidente da República e depois deste já se encontrar em vigor internacional. Complementa o autor que, caso o Congresso Nacional assim não entenda, deve ser deixado, então, expresso no instrumento congressual de aprovação do tratado de que este apenas terá efeito que prevê o suso § 3º após ter sido o instrumento ratificado e depois de se encontrar em vigor no plano internacional. A compreensão do autor sob referência é no sentido de que o *quorum* do § 3º serve tão-somente para atribuir eficácia formal aos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico interno, e não para atribuir-lhes a índole e o nível materialmente constitucionais que eles já têm em virtude do § 2º do art. 5º. Ele esclarece que os efeitos de se atribuir aos tratados de direitos humanos a equivalência de emendas constitucionais é que eles passarão a refor-

mar a Constituição Federal e não poderão ser denunciados. Em relação à denúncia, são as suas posições: a) conforme § 2º do art. 5º (normas apenas materialmente constitucionais): com o ato de denúncia o Estado passa a não mais ter responsabilidade no âmbito apenas internacional, já que no âmbito interno a norma se petrificou; b) conforme §3º do art. 5º (normas formal e materialmente constitucionais): o país não pode mais desengajar-se do tratado quer no plano internacional, quer no plano interno, podendo o Presidente da República ser responsabilizado caso o denuncie, devendo tal denúncia ser declarada ineficaz, já que foi erigido à condição de emenda constitucional mediante *quorum* qualificado.

Análise Crítica do Posicionamento: a posição deste autor quase não difere da manifestada por Flávia Piovesan e Ingo W. Sarlet, por isso merecendo as mesmas análises críticas. Destaque-se que ela foi trazida à colação sobretudo em virtude de seu caráter mais detalhista.

- Anselmo Henrique Cordeiro Lopes: entende o indigitado autor que o § 3º do art. 5º inserido pela EC nº 45/2004 veio a expressar a posição abraçada pela visão restritiva do Supremo Tribunal Federal e dos autores que o seguem, no sentido de que a natureza normativa constitucional tão-somente terão os tratados de direitos humanos que sofrerem a votação delineada no preceito citado, observado que quanto aos demais (já incorporados e a serem incorporados que não forem aprovados pelo *quorum* qualificado das emendas constitucionais), continuarão a ser equiparados às leis ordinárias.

Análise Crítica do Posicionamento: Representa uma posição extremada, que desprestigia os princípios fundantes da hermenêutica constitucional, dentre os quais se destacam, o da máxima efetividade e eficiência e o da força normativa da Constituição. Em que pese a premente e contínua necessidade de se conferir maior proteção aos direitos fundamentais, sobretudo em razão da importância crescente de respeitar a dignidade da pessoa humana, o autor perde a oportunidade de empreender um esforço hermenêutico construtivo nesta seara. Ademais, peca por admitir

a inferência de tratamento diferenciado entre os tratados de direitos humanos, malferindo o princípio da isonomia, conforme já mencionado na alínea *a* deste item.

DELINEAMENTOS DA *TEORIA DA JUSTIÇA* DE JOHN RAWLS

Este item busca trazer à colação os delineamentos básicos da Teoria da Justiça de John Rawls expostos, inicialmente, em sua obra *Uma Teoria da justiça* (TJ), cujo aperfeiçoamento foi feito em sua obra posterior *Liberalismo político* (LP), em que o autor antepôs ao primeiro princípio da justiça o de que "as necessidades básicas dos cidadãos devem ser satisfeitas", referindo-se a um "mínimo essencial" ou "mínimo social".

Em seu artigo A Teoria da Justiça de John Rawls, José Nedel traz os seus aspectos fundamentais, esclarecendo que a mencionada teoria objetiva representar uma alternativa ao pensamento utilitarista geral, que considera que "uma sociedade é organizada corretamente, quando suas instituições maximizam o saldo das satisfações", podendo levar ao sacrifício da liberdade e de outros direitos humanos. Para isso, Rawls propõe a manutenção da exigência de princípios e valores fundamentais na sociedade que não podem jamais ser sacrificados, vez que estes, como princípios da justiça, representam as colunas mestras de toda a organização social. Com efeito, cada pessoa tem uma inviolabilidade baseada na justiça que nem mesmo o bem-estar da sociedade pode sobrepujar.

Buscando atingir o desiderato proposto, John Rawls propõe uma doutrina contratualista, como se encontra formulado por Locke, Rousseau e Kant, levando-a a um nível mais alto de abstração e conhecida como "neocontratualismo".

O contrato social rawlsiano, diferindo do modelo clássico, visa a seleção de certos princípios morais, que são os princípios de justiça que deverão regular a estrutura social básica.

O autor cria fases hipotéticas da constituição da sociedade para chegar aos princípios de justiça social. Assim, ele concebe o contrato social como "um arranjo inicial hipotético no qual todos os bens primários sociais são distribuídos igualmente" (TJ, p. 69, 425), observado que os participantes do acordo são dotados de certa "virtude política natural" (LP, p. 338).

A posição original para John Rawls é um *status quo* inicial apropriado, que garanta que o acordo, nele encontrado, seja eqüitativo (TJ, p. 37). Trata-se de uma situação em que as partes se encontrem em posição de igualdade, que somente pode ser conseguida através de uma ficção representada pelo "véu da ignorância", que põe entre parênteses o conhecimento das circunstâncias particulares do participantes do acordo, dos traços de sua personalidade, das "contingências arbitrárias" (TJ, p. 108). Os participantes são representantes dos cidadãos, não são pessoas egoístas e detêm conhecimentos gerais da vida humana e os princípios a serem escolhidos "são aqueles que pessoas racionais interessadas em estabelecer seus interesses aceitariam nesta posição de igualdade para firmar os termos básicos da sua associação" (TJ, p. 107).

Os princípios da justiça escolhidos no acordo original, que obedecem à rigorosa ordem de precedência (1º estágio), que Rawls pretende sejam substantivos (LP, p. 187; 213, 215), são dois: o da liberdade para todos (cada pessoa deve ter um igual direito de acesso ao sistema total mais extenso de liberdades básicas iguais compatível com um sistema de liberdade similar para todos); o da repartição eqüitativa das vantagens da cooperação social (maximização das expectativas dos menos favorecidos), ou seja, as desigualdades sociais e econômicas (princípio da diferença) devem todas ser organizadas de maneira a trazer os maiores benefícios aos menos favorecidos e propiciar funções e posições acessíveis a todos em condições de uma justa igualdade de oportunidade para todos; observado que, conforme já mencionado, na obra *Liberalismo político*, Rawls antepôs ao primeiro princípio enunciado acima a exigência de que "as necessidades básicas dos cidadãos sejam satisfeitas" (LP, p. 32). Este "mínimo essencial" (LP, p. 180), ou "mínimo social" (LP, p. 218-9), "índices justos de bens de primeira necessidade" (LP, p. 55), é condição indispensável para a compreensão e o exercício proveitoso dos direitos iguais para todos. A razão é que, segundo o filósofo, "abaixo de certo nível de bem-estar material e social, de adestramento e educação, as pessoas simplesmente não podem participar da sociedade como cidadãos" (LP, p. 165).

Tendo estabelecido os princípios da justiça e a prioridade da liberdade, o argumento passa a examinar o estabelecimento da

ordem social dentro dos limites desses princípios (2º estágio). Samuel Gorovitz, em seu texto "Jonh Rawls: uma teoria da justiça", assim descreve este próximo estágio:

> *A avaliação de ordens sociais alternativas é paralela à apreciação dos conceitos de justiça. Quando os negociadores chegam ao conceito selecionado de justiça, o véu da ignorância é parcialmente levantado, e entram no segundo estágio de deliberação. Agora têm de estruturar uma constituição especificando os poderes do governo e os direitos básicos dos cidadãos. Assim, a posição original dá lugar à convenção constitucional, para a qual os negociadores na qualidade de delegados, trazem, além da sua sabedoria geral, 'os fatos relevantes sobre sua sociedade, quer dizer suas circunstâncias e recursos naturais, seu nível de progresso econômico e de cultura política, e assim por diante'. É dentro deste contexto que se escolhe uma constituição 'que satisfaz os princípios de justiça e é ponderada de modo a gerar uma legislação justa e eficiente'.*

Após terem estabelecido uma constituição justa, os negociadores deslocam-se para um novo estágio (3º estágio): tornam-se legisladores. Agora, refreados não só pelos princípios de justiça como também pelos preceitos da constituição adotada, devem julgar anteprojetos de leis e políticas. Novamente o véu da ignorância levanta-se um pouco mais e os fatos gerais, econômicos e sociais são conhecidos dos negociadores. Neste estágio é o princípio da diferença que tem o papel central. A legislação preocupa-se, em grande parte, com a realização de metas econômicas e sociais a longo prazo, e o princípio da diferença exige que "as políticas sociais e econômicas visem a maximizar as expectativas a longo prazo dos menos favorecidos, em condições de uma justa igualdade de oportunidades" (TJ, p. 199).

Por fim, tirando-se por completo o véu da ignorância, há o estágio da revisão judicial (4º estágio), correspondente à aplicação das regras aos casos concretos por juízes e administradores, e o ao cumprimento das regras pelos cidadãos em geral.

Segundo Garcia (*apud* Nedel, 2000, p. 75), "a seqüência das quatro fases... dota de bastante agilidade os legisladores para

adequar os princípios da justiça às necessidades de qualquer sociedade".

Nedel (2000, p. 75) manifesta-se da seguinte forma sobre a justiça formal e substantiva em Rawls:

> *A aplicação igualitária ou uniforme das leis e instituições aos que pertencem às classes por elas definidas é o que Rawls denomina 'justiça formal' (TJ:35-63), ou 'obediência ao sistema' (TJ:59-67), que sustenta e garante a legitimidade das expectativas e tende a estar unida à justiça substantiva. 'Quando encontramos justiça formal, o papel da lei e o preenchimento das legítimas expectativas, estaremos encontrando a justiça substantiva ao mesmo tempo'* (TJ, p. 60-7).

Registre-se, por fim, que consoante Nedel (2000, p. 158-161), um dos eixos fundamentais da reflexão de Rawls é o esforço para conjugar a liberdade (conceito forte do pensamento político de Locke), e a igualdade democrática (síntese da concepção de Rousseau, que encontrou eco na filosofia prática de Kant). Além do mais, Rawls, é distributivista, ou "redistributivista", vez que para ele a função do Estado é manter a ordem social, realizar a justiça distributiva, com prioridade às necessidades dos menos favorecidos.

INTERPRETAÇÃO DO § 3º DO ART. 5º MAIS CONSENTÂNEA COM A *TEORIA DA JUSTIÇA* DE JOHN RAWLS

Para alcançar a interpretação do § 3º do art. 5º da CF que melhor se harmonize com a *Teoria da justiça* de John Rawls é necessário estabelecer pontos em comum entre as duas variáveis, que sirvam como parâmetros seguros de comparação e análise.

Neste sentido, buscando extrair a essência, tanto do conteúdo dos direitos humanos constante do mencionado dispositivo constitucional quanto do conteúdo da *Teoria da justiça* de John Rawls supramencionados, podem ser estabelecidos os seguintes argumentos-base:

- Quanto ao conteúdo dos direitos humanos: considerando que eles se relacionam com as questões jurídicas de fundamen-

estudos, Goiânia, v. 35, n. 4, p. 753-779, jul./ago. 2008.

tal importância para o ser humano, conforme definição proposta por Ingo W. Sarlet, interligando-se, notadamente com o princípio da dignidade da pessoa humana representado por condições de vida e bem-estar mínimos, verifica-se que estas condições somente serão atendidas/implementadas se houver um instrumento eficaz de cobrança do Poder Público. Este instrumento refere-se a uma norma jurídica. E esta, será tão mais eficaz quanto maior força normativa contiver;

- Quanto ao conteúdo da "Teoria da Justiça" de John Rawls: conforme visto, alguns dos eixos fundamentais desta teoria referem-se à igualdade democrática que tem estreita correlação com a realização da justiça distributiva, e a prioridade a ser conferida às necessidades dos menos favorecidos, vez que estas são uma das facetas daquela, observado que estes fins do Estado serão tão mais eficazes quanto mais eficazes forem os instrumentos normativos utilizados para impor a obrigação de sua implementação.

Ante as constatações acima, verificam-se 'dois pontos de contato entre ambos os conteúdos analisados', quais sejam: a finalidade de implantar uma justiça distributiva, onde sejam disponibilizadas condições existenciais mínimas aos hipossuficientes, utilizando-se da forma jurídica mais eficaz possível, que sem sombras de dúvidas, é representada pelo ato normativo. Outrossim, pode-se inferir que a interpretação do § 3º do art. 5º que melhor se harmoniza com a Teoria de Rawls deve objetivar a justiça distributiva e, como os direitos humanos estão estreitamente vinculados à esta justiça, a melhor interpretação será aquela que confira maior eficiência e eficácia no alcance desse objetivo.

Destarte, como o presente estudo cuida da análise do *status* normativo das regras constantes de tratados internacionais incorporados ao ordenamento jurídico pátrio, a interpretação que conferir maior eficácia normativa a tais regras, levando-se, em conseqüência, à maior eficácia social dos direitos humanos (que nada mais representa do que a realização da justiça distributiva que beneficie os menos favorecidos), atenderá mais de perto à Teoria da Justiça de John Rawls.

Ressalte-se que a maior eficácia normativa das regras de direitos humanos incorporadas ao ordenamento jurídico pátrio será

alcançada quanto mais alto no ápice do sistema normativo estiverem elas localizadas. É dizer, o *status* hierárquico constitucional tem maior eficácia do que o *status* hierárquico supralegal e assim, sucessivamente. Lembrando-se que uma norma somente pode ser revogada por outra de igual hierarquia.

Diante do exposto, cotejando as diversas interpretações doutrinárias elaboradas em relação ao § 3º do art. 5º da CF e os delineamentos da Teoria da Justiça de John Rawls, chega-se à inevitável conclusão de que as normas de direitos humanos oriundas de tratados internacionais devem ser incorporadas ao ordenamento jurídico pátrio com o *status* de norma constitucional, entendimento este, inclusive, muito bem fundamentado pelos doutrinadores Flávia Piovesan, Ingo Wolfgang Sarlet e Valeiro de Oliveira Mazzuoli.

CONCLUSÃO

Este estudo objetivou analisar a interpretação do § 3º do art. 5º da CF que melhor se adequasse à Teoria da Justiça de John Rawls. Considerando a estreita correlação entre direitos humanos e justiça distributiva, buscou-se a interpretação que desse maior efetividade jurídica e social a estas questões. Observado que, para que haja a implementação da eficácia social é *conditio sine qua non* que exista a eficácia jurídica da norma, e, esta será tão mais eficaz quanto mais alto for o grau de hierarquia da norma na pirâmide normativa do ordenamento jurídico.

Com efeito, ao excluir o *status* supraconstitucional das normas de direitos humanos com sede em tratados internacionais incorporados ao Direito Interno, em razão deste entendimento, inclusive francamente minoritário, rejeitar por completo a soberania estatal, adotou-se a posição que defende a natureza constitucional de tais normas, quer tenham sido incorporadas antes ou depois da EC nº 45/2004, quer tenham sido ou não aprovadas com o *quorum* qualificado das emendas constitucionais, em virtude de sua natureza *a priori* materialmente constitucional.

Registre-se, ademais, que o presente posicionamento desautoriza o tratamento diferenciado de normas de igual natureza (considerando-se algumas com *status* legal e outras com *status* constitucional), preservando intacto o princípio da isonomia, conforme estudado.

estudos, Goiânia, v. 35, n. 4, p. 753-779, jul./ago. 2008.

Por outro lado, mister destacar que, não obstante a existência de várias críticas à teoria de John Rawls, ela tem mais pontos positivos do que negativos, e a justiça distributiva proposta por ela, emprestando valor social prioritário às necessidades dos menos favorecidos, é de extrema atualidade e relevância, notadamente para a prática política de um país como o Brasil, situado na América Latina, região marcada por gritantes desigualdades econômicas e sociais, em que a redistribuição da riqueza é uma tarefa impostergável e emergente, visando ao combate da mortalidade precoce, da pobreza, da fome, da falta de saúde e de educação em prol de uma grande massa de hipossuficientes.

Neste sentido, interpretar as normas de direitos humanos provenientes de tratados internacionais incorporados ao Direito Interno (definindo o seu *status* jurídico normativo), que são qualitativamente e quantitativamente expressivas, à luz da teoria da justiça de John Rawls é tarefa relevantíssima, pois representa atribuir maior efetividade jurídica e social às referidas normas. Em última instância, conferir maior efetividade às normas de direitos humanos é combater as principais mazelas sociais que atormentam os países mais pobres do planeta.

Notas

[1] Neste estudo, as expressões "tratado" ou "tratado internacional" são utilizadas como termos genéricos, incluindo-se as espécies acordos, convenções e atos internacionais.

[2] O Supremo Tribunal Federal adota o dualismo moderado, que não chega ao extremo de exigir, para a internalização de uma norma internacional, a edição de um ato legislativo em sentido formal. Ao revés, a práxis corrente e aceita pela Excelsa Corte é a de que, após a aprovação do tratado pelo Congresso Nacional (Decreto Legislativo) e a troca dos respectivos instrumentos de ratificação, seja o tratado promulgado internamente por meio de um decreto de execução presidencial, não se exigindo que o mesmo seja "transformado" em lei interna.

[3] Problema este que somente será enfrentado pela Teoria Dualista, a partir do momento em que o Direito Internacional for "transformado" em Direito Interno, haja vista que, até então, esta tese vê as duas ordens jurídicas como esferas separadas, mutuamente excludentes e sem interpenetração entre si.

[4] A vertente **extremada** entende que um ato internacional sempre prevalece sobre uma disposição normativa interna que lhe contradiz, caracterizando pelo primado do Direito Internacional, que independe de qualquer reconhecimento interno e é superior à vontade dos Estados. Já para visão monista internacionalista **moderada**, o juiz nacional deve aplicar tanto o Direito In-

ternacional como o Direito Interno de seu Estado, porém, o fazendo de acordo com aquilo que está expressamente previsto no seu ordenamento interno, especialmente na Constituição, aplicando-se em caso de conflito, a máxima *lex posterior derrogat priori (*critério cronológico).

[5] Adotar um posicionamento de supraconstitucionalidade dos tratados internacionais, em nosso entendimento, é um tanto radical, com base no art. 11 e nos princípios constitucionais, como sói acontecer, vez que vai além da relativização da noção de soberania, chegando-se ao ponto de quase excluí-la por completo.

[6] Por oportuno, não é demais ressaltar que as normas de direitos humanos incluem-se no âmbito das normas de *jus cogens*. Com base em Tatyana Scheila Friedrich (2004: 19-20), as nomas de *jus cogens*, previstas na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, consubstanciam os valores mais fundamentais dos Estados na órbita internacional. Caracterizam-se por serem aceitas e reconhecidas pela comunidade internacional, por meio da doutrina e jurisprudência internacionais, como normas das quais nenhuma derrogação é permitida e por possuírem a capacidade de gerar a nulidade de todo o tratado que com elas conflitem. Neste diapasão, são consideradas superiores a quaisquer tratados e costumes internacionais, bem como ao próprio Direito Internacional Público, encontrando-se no ápice das normas da sociedade internacional. Representam, assim, limite à soberania dos Estados.

[7] Valerio de Oliveira Mazzuoli (2007:332) classifica os sujeitos de Direito Internacional em: a) os Estados; b) as coletividades interestatais (organizações internacionais); c) as coletividades não-estatais; e d) os indivíduos (ou particulares).

[8] As exceções ao *referendum* do Congresso Nacional tratam dos *acordos em forma simplificada* (acordos executivos). E, além disso, mesmo com a atual redação da Constituição de 1988, é de se reconhecer que já existe uma prática diplomática formada à margem do Texto Constitucional pela qual o Executivo conclui vários tipos de acordos, sem o assentimento do Poder Legislativo.

[9] Consoante José Afonso da Silva (2006:339), os decretos legislativos veiculam matérias de competência exclusiva do Congresso Nacional, não são sancionáveis e dependem apenas de promulgação, que é feita pelo Presidente do Senado Federal. Ademais, registre-se que a exigência constitucional do decreto legislativo ser aprovado por maioria simples (CF, art. 47) tem servido como argumento doutrinário e jurisprudencial recorrente, a nosso ver injustificadamente, para se negar o *status* constitucional aos tratados internacionais incorporados ao Direito Interno, reforçando, inclusive, a tese de seu *status* de lei ordinária.

[10] A competência *ad referendum* do Congresso Nacional limita-se, tão-somente, à aprovação ou rejeição do texto convencional, não sendo admissível qualquer interferência no seu conteúdo.

[11] Registre-se que o Supremo Tribunal Federal defende a tese, apesar de não constar do Texto Constitucional, de que todo compromisso internacional, para que tenha vigência interna, deve ser promulgado pelo Chefe do Poder Executivo, pela via do decreto de execução (*v.g.*, ADin nº 1490-3).

[12] Frise-se, por oportuno, que não é propriamente a ratificação que dá efeito ao tratado, mas sim a troca ou o depósito da carta ou dos instrumentos de ratificação no organismo internacional ou no lugar indicado pelo próprio tratado.

[13] Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2007:145-146), esta corresponde à posição dominante em relação aos tratados em geral ou "comuns". Entretanto, relativamente aos tratados de direitos humanos, a doutrina majoritária nacional e expressiva jurisprudência (à exceção da atual posição do STF), manifestam-se no sentido de sua constitucionalidade material.

[14] Mais recentemente no HC 72.131/RJ, de 22.11.1995. De outra parte, pela relevância, registre-se a posição do STF, que até o momento com 7 (sete) votos favoráveis, ao reconhecimento da supralegalidade dos tratados de direitos humanos, cfe. RE 466.343/SP, *verbis*: "A Turma deferiu *habeas corpus* preventivo para assegurar ao paciente o direito de permanecer em liberdade até o julgamento do mérito, pelo STJ, de idêntica medida. No caso, ajuizada ação de execução, o paciente aceitara o encargo de depositário judicial de bens que, posteriormente, foram arrematados pela credora. Ocorre que, expedido mandado de remoção, os bens não foram localizados e o paciente propusera, ante a sua fungibilidade, o pagamento parcelado do débito ou a substituição por imóvel de sua propriedade, ambos recusados pela exeqüente. Diante do descumprimento do múnus, decretara-se a prisão do paciente. Inicialmente, superou-se a aplicação do Enunciado da Súmula 691 do STF. Em seguida, asseverou-se que o tema da legitimidade da prisão civil do depositário infiel, ressalvada a hipótese excepcional do devedor de alimentos, 'encontra-se em discussão no Plenário (RE 466.343/SP, v. Informativos 449 e 450) e conta com 7 votos favoráveis ao reconhecimento da inconstitucionalidade da prisão civil do alienante fiduciário e do depositário infiel. Tendo isso em conta, entendeu-se presente a plausibilidade da tese da impetração. Reiterou-se, ainda, o que afirmado no mencionado RE 466.343/SP no sentido de que os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem *status* normativo supralegal, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação e que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos — Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel'." (HC 90.172, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 5-6-07, Informativo 470). (Grifou-se)

[14] Importante destacar que o doutrinador (2007:35-36) faz a diferenciação de "direitos humanos" e "direitos fundamentais" da seguinte forma: "Em que pesem sejam ambos os termos comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo "direitos fundamentais" se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão "direitos humanos"guardaria relações com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)."

[15] Este dispositivo resultou de proposta do Prof. Antônio Augusto Cançado Trindade na audiência pública à Subcomissão dos Direitos e Garantias Indi-

viduais da Assembléia Nacional Constituinte, em 29 de abril de 1987. Este respeitado internacionalista, que, inclusive já presidiu a Corte Interamericana de Direitos Humanos da OEA, entende que "a tese da equiparação dos tratados de direitos humanos à legislação infraconstitucional – tal como ainda seguida por alguns setores em nossa prática judiciária – não só representa um apego sem reflexão a uma postura anacrônica, já abandonada em vários países, mas também contraria o disposto no art. 5º, § 2º da Constituição Federal brasileira." (*Apud* Mazzuoli, 2007:685-686).

[16] Ingo Wolfgang Sarlet (2007) aponta vários referenciais para a construção de um conceito material de direitos fundamentais, como: estreita vinculação aos princípios fundamentais da Constituição, especialmente o da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais expressos e não-escritos localizados no Título II, podendo ser estes de cunho negativo ou prestacional.

[17] O fenômeno da recepção de normas anteriores à nova Constituição (ou a nova emenda constitucional), apenas verifica-se se houver compatibilidade material, que no caso positivo permite a absorção da antiga norma com o *status* que a nova Constituição conferir à respectiva matéria.

[18] Para Flávia Piovesan (2004:98-99), desde que ratificados, os tratados internacionais sobre direitos humanos irradiam automaticamente seus efeitos no ordenamento jurídico interno, passando imediatamente a assegurarem direitos diretamente exigíveis.

[19] Ingo Wolfgang Sarlet (2007:155) levanta uma interessante indagação de natureza técnico-legislativa, ainda pendente de solução, referente à forma pela qual o texto dos tratados, uma vez incorporados pelo rito das emendas, passaria a ser inserido no texto constitucional.

[20] Flávia Piovesan e Ingo W. Sarlet divergem quanto à abrangência material outorgada pelas cláusulas pétreas. Enquanto a primeira jurista exclui os direitos coletivos desta proteção, o segundo entende que ela se estende a todo e qualquer direito fundamental, individual ou coletivo, de cunho negativo ou prestacional.

[21] Os autores consideram que seria mais coerente aplicar ao ato da denúncia o mesmo processo aplicável ao ato de ratificação, ou seja, para aquele também deveria ser necessário um ato complexo, fruto da conjugação de vontades dos Poderes Executivo e Legislativo. Entretanto, esta não tem sido a praxe brasileira em relação aos seus atos de natureza internacional.

[22] Valerio de Oliveira Mazzuoli alerta para o perigo da interpretação de que o procedimento do § 3º do art. 5º veio substituir a aprovação pelo Congresso Nacional, conforme preceitua o art. 49, inciso I, haja vista que ela leva a crer que a partir da aprovação congressual, pelo *quorum* qualificado, os tratados de direitos humanos já passariam a equivaler às emendas constitucionais, entretanto, sabe-se que é impossível um tratado ter efeitos internos antes de ratificado e antes de começar a vigorar internacionalmente.

Referências

FRIEDRICH, T. S. *As normas imperativas de direito internacional público*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

GOROVITZ, S. John Rawls: uma teoria da justiça. In: CRESPIGNY, A. de.; MINOGUE, K. *Filosofia política contemporânea*. [S.l.:s.n.], p. 319-335.

LOPES, A. H. C. A força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos e a Emenda Constitucional n 45/2004. *Jus Navigandi*. Disponível em: <htpp://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6157>. Acesso em: 29 fev. 2008.

MAZZUOLI, V. de O. *Curso de direito internacional público*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NEDEL, J. *A teoria ético-política de John Rawls*: uma tentativa de integração de liberdade e igualdade**.** Porto Alegre: Edipucrs, 2000. (Coleção Filosofia, n. 108).

NEDEL, J. A teoria da justiça de John Rawls. *Cadernos IHU Idéias*, São Leopoldo, ano 1, n.1, p. 1-20, 2003.

PIOVESAN, F. In: TAVARES, A. R. et al. (Coord.). *Reforma do judiciário*: analisada e comentada. São Paulo: Método, 2005.

PIOVESAN, F. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2004.

SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. atual.Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, J. A. da. *Processo constitucional de formação das leis*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TAVARES, A. R. *Reforma do judiciário no Brasil pós-88*: (des)estruturando a justiça: comentários completos à EC n. 45/04. São Paulo, Saraiva, 2005.

Abstract: *this study aims to analyze the various jurist interpretations about the normative status of the International Treaties of Human Rights incorporated to the domestic legal system, after the insertion, on Federal Constitution, of the third paragraph to the fifth article by the Constitutional Ammendment n. 45/ 2004 related to the Judiciary, and, which is the interpretation best fits to the John Rawls Theory of Justice.*

Key-words: *normative status, international treaties of human rights, constitutional ammendment of judiciary*

JOÃO DA CRUZ GONÇALVES NETO
Doutor em filosofia. Pprofessor na Universidade Católica de Goiás (UCG) e na Universidade Federal de Goiás.

RUTH BARROS PETTERSEN DA COSTA
Mestranda em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela UCG. Procuradora da Assembléia Legislativa do Estado de Goiás.