

**OS TRATADOS E AS
CONVENÇÕES
INTERNACIONAIS DE
DIREITOS HUMANOS
ANTERIORES À EMENDA
CONSTITUCIONAL N. 45/2004**

Recebimento do artigo: 10/05/2007

Aprovado em: 14/05/2007

Anna Candida da Cunha Ferraz

Sumário

Introdução I Uma nova Constituição e suas relações com o direito anterior. 1 A inicialidade jurídico-positiva e a incidência imediata de uma Constituição nova e seus efeitos. 2 A permanência em vigor das normas constitucionais da Constituição anterior. 3 A permanência em vigor do direito infraconstitucional anterior, fundado na Constituição suprimida. II A Emenda Constitucional na Constituição de 1988 e seus efeitos sobre a Constituição e o direito ordinário anterior. III Os efeitos da Emenda Constitucional n.º. 45/2004, resultantes da introdução do §3º no artigo 5º da Constituição de 1988, com relação aos tratados e às convenções internacionais de direitos humanos. Conclusões. Referências.

Resumo

Contém o texto breves reflexões sobre os efeitos do §3º do artigo 5º da Constituição de 1988, introduzido pela Emenda Constitucional n.º. 45/2004, sobre os Tratados e as Convenções de Direitos Humanos que integravam o ordenamento jurídico brasileiro anteriormente à referida Emenda com o caráter de legislação ordinária, segundo a jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave

Direitos Humanos. Tratados e Convenções sobre Direitos Humanos. O §3º do artigo 5º da Constituição de 1988 e seus efeitos. Emendas Constitucionais: limites e limitações.

Abstract

This text contains brief reflections on the effects of the third paragraph of the fifth article of the Brazilian Constitution, introduced by the 45/2004 Amendment, concerning the Treatises and the International Conventions of Human Rights which were part of the Brazilian Law before the 45/2004 Amendment in form of nature of ordinary legislation, according to the jurisprudence of the Supreme Brazilian Court.

Key words

Human Rights. Human Rights Treatises and Conventions. The third paragraph of the fifth article of the 1988 Constitution and its effects. Constitutional Amendments: limits and limitations.

118 **Introdução**

A Emenda Constitucional n.º. 45, de 08/12/2004, introduziu no artigo 5º da Constituição de 1988 o seguinte parágrafo:

§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.

Desta forma, e de modo expreso, o Constituinte Derivado, mediante Emenda Constitucional (que cuidou da chamada Reforma do Judiciário), concedeu aos tratados e convenções *que forem aprovados* mediante o procedimento descrito no texto e que corresponde ao procedimento formal para aprovação de Emenda Constitucional *equivalência* às emendas constitucionais.

Certamente buscou o Poder Constituinte Derivado, seguindo respeitáveis opiniões doutrinárias e, particularmente, uma indiscutível tendência do Direito Internacional, afastar outras opiniões doutrinárias e a posição até então fixada pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil (e que não são estranhas a outros sistemas constitucionais) em torno da natureza dos Tratados e Documentos Internacionais de Direitos Humanos que integravam o ordenamento interno brasileiro. Como é do conhecimento do mundo jurídico, o Supremo Tribunal Federal, de longa data, vinha mantendo a posição jurisprudencial de que os Tratados e as Convenções Internacionais em geral, ratificados por Decreto Legislativo e publicados por Decreto Presidencial, tinham a natureza de leis ordinárias.

O acréscimo do parágrafo acima à nossa Lei Fundamental, embora relevante em seus objetivos, não resolveu toda a problemática que o tema suscitava como deixaram bem claro inúmeros doutrinadores e juristas¹.

¹ Com efeito, a inserção do citado parágrafo 3º ao art. 5º foi insuficiente para solucionar a enorme batalha jurídica em torno do “status” dos Tratados e Convenções de Direitos Humanos e seus efeitos no ordenamento jurídico brasileiro. Inúmeros questionamentos são postos a partir da norma contida no citado parágrafo: qual o conceito ou o conteúdo de um Tratado de Direitos Humanos? É possível aplicar a norma a Tratados que versem apenas parcialmente sobre direitos humanos? Qual o procedimento a ser adotado para a atribuição da equivalência à emenda constitucional aos tratados de direitos humanos? Quem pode provocar o procedimento competente e qual é esse procedimento? A escolha de quais tratados de direitos humanos poderão ser aprovados na forma do §3º é discricionária? (a exemplo, recente Convenção sobre Diversidade Cultural foi ratificada pelo Congresso Nacional pela forma prevista no artigo 49 da CF, mesmo em se tratando de Documento Internacional sobre Direitos Humanos veiculado após a EC n.º. 45/2004). Estas e muitas outras indagações são suscitadas pelo §3º, conforme, por exemplo, indicam os excelentes estudos de Ingo Wolfgang Sarlet (**A reforma do judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos**: observações sobre o §3º do art. 5º da constituição. Disponível em: <www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista.artigos>)

Um dos pontos mais sensíveis dessa problemática reside na discussão sobre os efeitos da norma contida no §3º acima transcrito com relação aos Tratados e Convenções de Direitos Humanos que, ratificados pelo Congresso Nacional, passaram a integrar o ordenamento jurídico brasileiro antes da entrada em vigor de tão importante inovação, especialmente perante o entendimento, sempre ratificado em nossa Corte Suprema, do caráter de leis ordinárias que revestem tais documentos internacionais.

Este o tema circunscrito dessas breves considerações que, por esta razão, não abordarão os vários aspectos ainda não resolvidos em tão empolgante e relevante tema.

I – Uma nova Constituição e suas relações com o direito anterior

1 A inicialidade jurídico-positiva e a incidência imediata de uma Constituição nova e seus efeitos

É pacífica a noção de que uma Constituição nova, posta por um Poder Constituinte Originário, inicia a ordem jurídica num Estado considerado. Passa esta Constituição a ser, então, o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico que será elaborado a partir dela e em conformidade com suas disposições.

Pacífico, também, que uma nova Constituição *incide imediatamente*, o que significa dizer que suas normas passam a vigorar de imediato, no momento mesmo em que a Constituição é promulgada segundo a forma estabelecida nas normas que a fizeram nascer e prosperar, e *vige para o presente e o futuro*. Excepcionalmente, uma Constituição pode abranger efeitos de Constituição passada, vale dizer, retroagir, seja com relação à Constituição anterior ou ao direito ordinário anterior, seja com referência aos efeitos de ambos.

Estas as lições que estão em Ferreira Filho² e em Kelsen³, cuja clareza dispensa maiores comentários. Não obstante, cabe repetir ao menos parte delas:

e de Valério de Oliveira Mazzuoli (**Os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e sua incorporação**. Disponível em: <www.mt.trfl.gov.br/judice/jud13/tratados.htm>). Ver também, entre outros: AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. **Direitos humanos: reforma define status jurídico de tratados internacionais**. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/32582,1>>.

² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à constituição brasileira de 1988**. v. 1. arts. 1º. a 43. São Paulo: Saraiva, p. 5-10. KELSEN, Hans. **Teoria pura da constituição**. 2. ed. Trad. Port. Coimbra: Armênio Amado, 1962, v. 2, p. 7. Ver também: FERREIRA FILHO. **Poder constituinte**. 3. ed. rev. e amp. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 79-100.

³ Apud FERREIRA FILHO, *op. cit.*

É indisputado pela doutrina que a Constituição é a base da ordem jurídica. Ela inicia tal ordem, de sorte que o ordenamento tem de ser logicamente visto como editado a partir dela, como um desdobramento de seus preceitos, estabelecido pela forma, ou pelas formas, que ela houver instituído...

Tais considerações permitem pontuar que uma nova Constituição produz, em princípio, lógica e juridicamente, os seguintes efeitos:

- a) extingue a validade da Constituição anterior, se existente e, por decorrência,
- b) extingue a validade de todo o ordenamento jurídico que tinha fundamento na Constituição anterior, pelo que
- c) todo o ordenamento jurídico infraconstitucional, a partir daí, há de ser posto com fundamento na nova Constituição.

2 A permanência em vigor de normas constitucionais da Constituição anterior

Não obstante, em um Estado já existente e dotado de uma Lei Fundamental, dificilmente uma nova Constituição tem o condão de refazer de imediato e por inteiro toda a nova ordem jurídica do Estado, o que, teoricamente somente ocorre quando verificada a explosão de uma revolução profunda como menciona Ferreira Filho⁴:

Inferência disso é que, sendo a Constituição a base da ordem jurídica, a perda da eficácia de uma Constituição acarretaria a de toda a ordem jurídica a ela anterior. Toda a ordem jurídica teria então de ser refeita com base na nova Constituição ainda que, salvo a hipótese de revolução profunda, política, econômica e social, ela praticamente copiasse as normas anteriores.

Várias razões apontam nessa direção, dentre as quais se podem mencionar: a permanência de valores éticos e morais, apanágio do Estado em reconstrução; a necessidade de preservar a segurança jurídica, um dos direitos próprios da pessoa; o respeito à dignidade humana; o respeito a relações internas e internacionais que merecem ser consideradas e mantidas, a necessidade de evitar o caos e o vazio jurídico diante da *vacatio constitutionis* ou da *vacatio legis* e assim por diante.

Distintas soluções para essas situações são, pois, adotadas ante a nova Constituição com relação à Constituição anterior.

Vejamos algumas:

2.1 – A nova Constituição reproduz, por inteiro, normas contidas na Constituição anterior. Em um Estado já constituído, em que os valores, os princípios e os fundamentos

⁴ FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves. **Comentários à constituição brasileira de 1988**. v. 1. arts. 1º a 43. São Paulo: Saraiva, p. 5-10.

da ordem anterior nem sempre são integralmente substituídos, não é incomum a nova Constituição reproduzir normas da Constituição anterior, às vezes, até mesmo com a mesma dicção verbal. No entanto, forçoso é lembrar, que os efeitos de normas assim reproduzidas ganham a roupagem da nova Constituição e passam, a partir dela, a ser norma constitucional como fundamento de validade da nova ordem jurídica. Poder-se-ia chamar o fenômeno de “reconstitucionalização imediata” de uma norma constitucional que, por decorrência lógica, estaria revogada. Seus efeitos são produzidos a partir, então, da promulgação da nova Constituição;

2.2 – A nova Constituição repristina normas constitucionais contidas em Constituição anterior então revogada pela Lei Fundamental que vem a substituir. O fenômeno é raro, mas não impossível. Às vezes a nova ordem constitucional busca inspiração em ordenamentos constitucionais varridos por outra Constituição, pelo que “repristina” normas da Constituição que já havia desaparecido do ordenamento fundamental do Estado. Na verdade o que ocorre é a nova Constituição “ressuscitar” normas que já haviam perdido sua eficácia, dando-lhe nova roupagem constitucional pelo que tais normas retomam sua eficácia a partir da promulgação da nova Constituição. O fenômeno, no caso, é parecido com o anterior porquanto na verdade o que ocorre é uma “reconstitucionalização” da norma constitucional que jazia revogada. Produzindo efeitos para o futuro, para que os mesmos retroajam, será inevitavelmente necessário que a nova Constituição assim o estabeleça expressamente;

2.3 – A nova Constituição *desconstitucionaliza* normas da Constituição anterior. O fenômeno da *desconstitucionalização* é polêmico. Entendem alguns⁵ que a partir da noção de que, numa Constituição, existem normas formalmente constitucionais e normas materialmente constitucionais seria possível admitir-se o fenômeno da *desconstitucionalização implícita* das normas apenas formalmente constitucionais, que passariam, então, a ter o caráter de leis ordinárias; outra parte da doutrina admite a incidência do fenômeno com relação a normas que não constituam o núcleo central de uma Constituição⁶. Em nosso sentir, a *desconstitucionalização*, por uma questão de lógica jurídica, somente pode ser admitida se expressamente consignada no texto constitucional. No caso de normas, ainda que formalmente constitucionais, persistirem por adoção expressa no novo texto constitucional, estaríamos diante de mera reprodução de normas constitucionais anteriores, mesmo que a reprodução da norma de adoção tão somente repetisse seu conteúdo, por exemplo, nas

⁵ FERREIRA FILHO. **Poder constituinte**. 3. ed. rev. e amp. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 89-93.

⁶ *Idem*. Ver também: FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Poder constituinte do estado-membro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 114-115.

122 disposições transitórias. De outro lado, a *desconstitucionalização* de norma constitucional e sua admissão como norma ordinária, passível de ser alterada por lei ordinária, também deve ser expressa, considerando-se as inevitáveis conseqüências desse fenômeno no plano do direito intertemporal;

2.4 – A nova Constituição admite, expressamente, uma transitória permanência em vigor de normas da Constituição anterior. Isto ocorre nos casos em que, pela relevância da matéria tratada e pelos efeitos das normas anteriores, por fundamentos vários, dentre os quais pelo fato de resultar ser impossível, imediatamente após a promulgação da Constituição, a substituição de um órgão ou de um sistema de normas, dentre outras hipóteses. Em regra, tal permanência temporária, que é sempre expressa, é assegurada nas disposições constitucionais transitórias que diferem, por certo tempo, a aplicação de normas permanentes⁷ da nova Constituição⁸.

Cabe enfatizar que todos os mecanismos ou “fenômenos” relativos à permanência ou subsistência de normas constitucionais integrantes de uma Constituição substituída por outra, acima indicados e outros que possam ser identificados, têm em comum, de um lado, o fato de serem expressa e textualmente admitidos pela nova Constituição, e de outro a consideração de que as normas constitucionais anteriores passam a ter novo fundamento de validade, qual seja, a nova Constituição e incidem a partir dela.

3 A permanência em vigor do direito infraconstitucional anterior, fundado na Constituição suprimida

Também por decorrência lógica do caráter inicial e fundante da Constituição, a perda da eficácia da Constituição anterior e a conseqüente perda de validade da base do ordenamento jurídico nela fundado deveriam acarretar, de imediato, a perda de validade dessa ordem jurídica infraconstitucional anterior⁹.

Não é, todavia, o que ocorre na dinâmica e na prática constitucionais.

Também aqui, por vários motivos e fundamentos e mediante vários mecanismos, a legislação infraconstitucional pode permanecer vigente, ainda que tenha nascido

⁷ Cf. FERRAZ, Anna Candida da Cunha. A transição constitucional e o ato das disposições constitucionais transitórias da constituição de 5-10-1988. In: BITTAR, Eduardo C. B. (org). **História do direito brasileiro: leituras da ordem jurídica nacional**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 331.

⁸ Veja-se, para exemplo, o artigo 34 do ADCT da Constituição de 1988.

⁹ FERREIRA FILHO. **Poder constituinte**. 3. ed. rev. e amp. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 94 e segs.

fundada na Constituição anterior. Isto pode ocorrer, exemplificativamente, de um lado, pela impossibilidade prática de imediata substituição de todo o ordenamento jurídico infraconstitucional; de outro, pelo fato de que nem toda legislação infraconstitucional existente é necessariamente incompatível com a nova Constituição: se assim é, por que substituí-la?

Vejamos alguns casos exemplificativos:

3.1 – A nova Constituição “constitucionaliza” normas da legislação ordinária, elevando-as à categoria de normas constitucionais. O fenômeno é expressamente formalizado no texto constitucional¹⁰ e produz os efeitos de novas normas constitucionais, acima relatados.

3.2 – Não raro, a nova Constituição estabelece, de modo expresse, a permanência em vigor da legislação infraconstitucional não conflitante com a nova Constituição. Cuida-se, na espécie, de *recepção expressa*, que tanto pode ser *geral* como *específica*¹¹, *direta* ou *indireta*. Nesses casos, dois requisitos envolvem a recepção: embora prevista no texto constitucional, ou seja, embora a legislação ordinária tenha sido mantida por dispositivo com sede constitucional, a legislação permanece com o caráter de lei ordinária que detinha e por isso mesmo pode ser revogada por legislação ordinária subsequente; de outra sorte, a própria Constituição admite apenas (salvo raras exceções de duração transitória) a recepção de normas compatíveis com seu texto. Destarte, o fato de ser inserida no texto constitucional não modifica o *status* ou a *hierarquia* da legislação recepcionada.

A história constitucional brasileira oferece exemplos a esse respeito.

Caso de *recepção genérica* se encontra na Carta Constitucional de 1937, em seu artigo 183, e de *recepção específica* na Constituição de 1988, no art. 34, §5º do ADCT:

Artigo 183. Continuam em vigor, enquanto não revogadas, as leis que, explícita ou implicitamente, não contrariem as disposições desta Constituição.

Artigo 34 [...]

¹⁰ Cf. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Introdução à teoria constitucional. 2. ed. rev. Coimbra: Coimbra, 1983, t. 2, p. 244-245.

¹¹ Carl Schmitt vai além. Resumindo seu pensamento afirma o autor que uma nova Constituição não significa um novo Estado. O Estado, unidade política, continua o mesmo e o Poder Constituinte que elabora a nova Constituição é o Poder Constituinte do mesmo Estado. Há uma quebra, uma ruptura na ordem jurídica, mas não na continuidade do Estado. Daí deduzir que, do ponto de vista estatal, as leis e decretos anteriores continuam em vigor, sem necessidade de ato especial de recepção, desde que não se contraponham à nova ordenação jurídica. Cf. In: FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Poder constituinte do estado-membro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 113.

§5º Vigente o novo sistema tributário nacional, fica assegurada a aplicação da legislação anterior, no que não seja incompatível com ele e com a legislação referida nos §§ 3º e 4º.¹²

3.3 – O fenômeno mais comum de recepção de leis ordinárias, citado pela doutrina e admitido nos tribunais, é, todavia, o da *recepção implícita*, não diretamente mencionada na Constituição, vale dizer, a recepção admitida mesmo no silêncio da nova Constituição.

Jorge Miranda¹³ nomeia o fenômeno como “novação” de normas:

I - Uma Constituição nova não faz nunca tábua rasa do Direito ordinário anterior. Nem sequer isso acontece na seqüência de revoluções muito extensas e profundas, de revoluções “ilimitadas”, porque constituir ou reconstituir tudo desde a base seria um esforço demasiado pesado ou impossível em curto tempo e, entretanto, seria gravemente afectada a segurança jurídica. Há sempre factores de continuidade – ligados à identidade do Estado – que sobrepõem os de descontinuidade.

O que a superveniência de uma Constituição provoca é a novação do Direito ordinário anterior. Como todas e cada uma das normas, legislativas, regulamentares e outras, retiram a sua validade, direta ou indirectamente da Constituição, a mudança de Constituição acarreta mudança de fundamento de validade: as normas, ainda que formalmente intocadas, são novadas, no seu título ou na sua força jurídica, pela Constituição; e sistematicamente deixam de ser as mesmas.

[...] A subsistência de quaisquer normas ordinárias anteriores à nova Constituição depende de um único requisito: que não sejam desconformes com ela. Se forem desconformes, só poderão, eventualmente, sobreviver se elevadas elas próprias então à categoria de normas constitucionais, quer dizer, se constitucionalizadas.

Por isso, o único juízo a estabelecer é o juízo de conformidade (ou de compatibilidade) material com a nova Constituição, a Constituição *actual*. Não é qualquer outro: nem qualquer juízo sobre a formação dessas normas de acordo com as novas normas de competência e de forma (as quais só valem para o futuro), nem, muito menos, qualquer juízo sobre o seu conteúdo ou sobre sua formação de acordo com as antigas normas constitucionais.

¹² Ver outros exemplos em: FERRAZ, Anna Candida da Cunha. A transição constitucional e o ato das disposições constitucionais transitórias da constituição de 5-10-1988. In: BITTAR, C. B. (org.). **História do direito brasileiro**: leituras da ordem jurídica nacional. São Paulo: Atlas, 2003, p. 337 e segs. Também em: FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Poder constituinte do estado-membro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 122.

¹³ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Introdução à teoria da constituição. 2. ed. rev. Coimbra: Coimbra, 1983, t. 2, p. 244 e segs.

Kelsen¹⁴ admite o fenômeno da recepção como fenômeno juridicamente válido. Na lição do mestre, a recepção é também “uma produção de Direito”. Diz ele:

Com efeito, o mediato fundamento de validade das normas jurídicas recebidas sob a nova Constituição, revolucionariamente estabelecida, já não pode ser a antiga Constituição, que foi anulada, mas só pode ser a nova. O conteúdo dessas normas permanece o mesmo, mas o seu fundamento de validade, e não apenas este, mas, também o fundamento de toda a ordem jurídica mudou.

A recepção tem como requisito essencial a compatibilidade do direito ordinário ou infraconstitucional anterior à nova Constituição. Trata-se, portanto, de recepcionar o conteúdo da norma anterior não incompatível ou contrária à Constituição. Não importa, para a recepção, o *status* formal da legislação anterior, se conforme ou não com as novas normas formais e procedimentais postas pela Constituição para disciplinar o conteúdo vertido na legislação ordinária vigente ao momento da promulgação da Constituição. Importa, apenas, que o conteúdo regulado pela legislação ordinária anterior esteja conforme as novas normas constitucionais. Daí, porque, esta legislação permanecerá em vigor até que lei ordinária nova, já agora seguindo o procedimento e adotando o *status* definido pela Constituição venha a substituí-la. A recepção, portanto, se aloja no plano infraconstitucional do ordenamento jurídico, em razão do qual produz os efeitos condizentes.

II A Emenda Constitucional na Constituição de 1988 e seus efeitos sobre a Constituição e o direito ordinário anterior

A Emenda Constitucional, na Constituição de 1988, é fruto da ação de um Poder Constituinte Derivado, sujeito a limites expressos formais (circunstanciais e procedimentais – art. 60, I a III e §§ 1º a 3º) e submetida a limitações expressas materiais conforme estabelecido nas cláusulas contidas no §4º do mesmo artigo, as chamadas cláusulas intocáveis pelo poder subordinado de modificação constitucional. Convém acentuar, ainda, que pela origem, pela natureza derivada e pela função as emendas constitucionais são submetidas também a outras limitações, que embora mais difíceis de serem identificadas nem por isso merecem ser desprezadas.¹⁵

¹⁴ Apud FERRAZ, Anna Candida da Cunha, **Poder constituinte do estado-membro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 120.

¹⁵ Ver: FERRAZ, Anna Candida da Cunha. A transição constitucional e o ato das disposições constitucionais transitórias na constituição de 5.10.1988. In: BITTAR, Eduardo C. B. **História do direito brasileiro**, 2003, p. 327-330; 332-33. Observe-se que, neste texto, entendemos que a “reformabilidade das Disposições Transitórias, afora os *limites expressos e implícitos* que colhem o Poder Derivado, tal como apontados pela doutrina, este Poder enfrenta ainda outro limite: o da compatibilidade da “modificação” das disposições transitórias com a “finalidade do regramento nelas contido”. Daí a inconstitucionalidade da atuação do Constituinte Derivado quando suprime, altera

Ressalvadas tais limitações, e admitindo-se que a Emenda Constitucional não contraria a Lei Fundamental Originária nesses pontos ou, eventualmente, não conflita com limites implícitos que parcela da doutrina entende como existentes, a Emenda Constitucional, por sua função e finalidade, resulta na elaboração de normas constitucionais que passam a integrar a Constituição, situando-se, por força de sua origem e forma, no plano hierárquico das normas constitucionais originárias, como normas constitucionais com conteúdo *ex novo*, seja porque alteraram normas constitucionais anteriores, seja porquanto introduziram novo regramento constitucional ao texto da Constituição originária.

Os efeitos de emenda constitucional assim produzida são, por força do *locus* constitucional que abriga a norma constitucional reformadora, os mesmos de uma norma constitucional originária, e, como esta, inclusive, produzem efeitos prospectivos e para o futuro, vale dizer incidem a partir de sua promulgação na forma ditada pelo §3º, do artigo 60, e têm eficácia jurídico-normativa a partir de então.

Destarte, as observações feitas a propósito dos efeitos de uma nova Constituição (aqui uma nova norma constitucional) com relação à Constituição anterior (à norma constitucional anteriormente vigente) e os efeitos produzidos com relação ao direito ordinário anterior serão os mesmos, com as peculiaridades citadas.

Em suma, e para o que interessa ressaltar, norma constitucional derivada pode *constitucionalizar* normas ordinárias anteriores, *desconstitucionalizar* normas constitucionais anteriores, repristinar normas constitucionais anteriores, desde que a admissão de tais efeitos ou fenômenos constitucionais sejam expressamente previstos no texto da Emenda Constitucional e não sejam, nunca é demais repetir, incompatíveis com o espírito e a letra da Constituição Originária nos pontos em que esta limita a atuação do constituinte derivado; de outro lado, a Emenda Constitucional pode produzir o fenômeno *da recepção genérica ou parcial* da legislação ordinária anterior desde que observado, sempre, o requisito de compatibilidade de conteúdo da legislação ordinária com o da nova norma constitucional, no caso de *recepção implícita*, e observados os requisitos de conteúdo e *recepção expressa*, nos casos em que o texto constitucional entenda necessário explicitar a legislação ordinária anterior a ser recepcionada¹⁶.

ou inclui no Texto do ADCT normas que não se compatibilizem com tal finalidade. A inconstitucionalidade de normas constitucionais derivadas foi objeto de questionamento na ADIN 939-7 – DF, por caracterizar “desvio de finalidade”. Neste sentido o pronunciamento de Ferreira Filho: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à constituição brasileira de 1988**. v. 1 - arts. 1º a 43. São Paulo: Saraiva, p. 100, *apud*, p. 333.

¹⁶ Ver art. 2º. da EC 32/2001, que tratou da nova disciplina constitucional da medida provisória. Sobre o tema, ver, também: FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Medidas provisórias e segurança jurídica: a inconstitucionalidade do art. 2º da EC nº. 32/2001. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 34, n. 54, p. 7-27, jan./mar. 2006.

III Os efeitos da Emenda Constitucional n.º. 45/2004, resultantes da introdução do §3º no artigo 5º, com relação aos tratados e às convenções internacionais de direitos humanos

Ora, mais parece não precisaria ser dito com relação aos efeitos produzidos pela EC n.º. 45/2004, resultantes da inclusão do §3º do artigo 5º, com relação aos tratados e às convenções internacionais de direitos humanos, anteriores à referida Emenda Constitucional.

Não obstante, alguns pontos merecem ser acentuados.

Em primeiro lugar cabe ressaltar que se o Poder Reformador introduziu a inovação constante do §3º em discussão é de se tirar como ilação necessária o fato de que, antes da EC n.º. 45/2004, não tinham os Tratados e Convenções de Direitos Humanos *status de equivalência às emendas constitucionais*. Por óbvio, partilhava referido Poder da tese dominante no País sobre a natureza infraconstitucional desses documentos internacionais, a despeito das interpretações doutrinárias sobre a extensão e a abrangência dos §1º e 2º do artigo 5º da Constituição¹⁷. Trata-se, portanto, inegavelmente de norma *inovadora* do sistema constitucional brasileiro e como tal deve ser interpretada.

De outro lado, a incidência da Emenda Constitucional, já se disse, é prospectiva, o que significa dizer que ela não retroage ao momento da promulgação da Constituição originária ou da norma já reformada sobre a qual eventualmente incida; produz efeitos a partir de sua promulgação e para o futuro; retroatividade, somente se expressa e, repita-se respeitados os limites e as limitações postos pela Lei Fundamental originária.

Assim, a EC n.º. 45/2004, ao alterar o artigo 5º da Constituição de 1988, nele introduzindo novo parágrafo, estabeleceu, de *modo expresso*, (entenda-se, *a partir de sua promulgação*) que “os tratados e convenções internacionais de 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”. Sem sombra de dúvida, a EC n.º. 45/2004 disciplinou a matéria para o futuro, determinando a aplicação de um procedimento especial, semelhante ao procedimento

¹⁷ O §1º do artigo 5º dispõe que: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” e o §2º estabelece: “Os direitos e garantias expressas 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”. Fundados nestes dois dispositivos constitucionais, doutrinadores adotavam a posição de que, por força deles, os tratados de direitos fundamentais tinham força superior às leis (supralegalidade) e iguais ou superiores à própria Constituição (para algumas correntes).

128 de aprovação de emendas constitucionais, para que os tratados e as convenções internacionais *de derechos humanos* tivessem *equivalência* às normas constitucionais.

Não há, no texto da EC nº. 45/2004, qualquer referência aos tratados e convenções de Direitos Humanos (ou não) já aprovados e integrados ao ordenamento brasileiro em todos os tempos, quer antes, quer depois da Constituição de 1988, ou durante a vigência da Constituição de 1988 até sua modificação formal pela EC nº. 45/2004. Privou-se o constituinte derivado de solucionar esta questão, adotando o silêncio a respeito desta matéria.

Não que a questão já não tivesse surgido no cenário inclusive internacional. Basta lembrar que na Argentina, onde a Corte Suprema também adotava, como no Brasil, a jurisprudência no sentido de os Tratados que integravam o ordenamento do País tinham a natureza de legislação ordinária¹⁸, a reforma constitucional de 1994, dando nova redação ao artigo 75 (competências do Congresso), outorgou de modo expresse, *hierarquia constitucional* aos tratados de direitos humanos *enumerados* no texto e *determinou que os demais tratados e convenções sobre derechos humanos*, quando aprovados pelo Congresso, *requerirão* o voto das duas terças partes da totalidade dos membros de cada Câmara para gozar a hierarquia constitucional. É o seguinte o texto do item 22 de referido artigo:

22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, *tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.* Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional,

¹⁸ Para exame, ver, dentre outros: VEGA, Juan Carlos; GRAHAM, Marisa Adriana. **Jerarquía constitucional de los tratados internacionales.** Fundamentos. Tratados de derechos humanos. Operatividad, Tratados de integración. Acciones positivas. Derecho a la vida. Derecho de réplica. Buenos Aires: ASTREA, 1996, p. 28. Ver também: SAGUÉS, Nestor Pedro. **Elementos de derecho constitucional.** 2. ed. atual. e amp. Buenos Aires: ASTREA, 1997, t. 1; 2.

previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional. (n.g.)

Ora, no Brasil, a definição da natureza dos tratados e convenções de direitos humanos como legislação ordinária, assim entendida pela mais alta Corte do País, em que pesem as humanitárias discussões em torno da interpretação dos §§ 1º, 2º (da Constituição originária) e §3º (introduzido pela EC n.º. 45/2004) do artigo 5º da CF, há de seguir a interpretação constitucional apontada pela doutrina e pela jurisprudência dominantes até então, já que nada foi estabelecido em contrário no texto constitucional inovador.

No caso, convém registrar, não se cogita sequer de recepção, já que as cláusulas constantes dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, anteriores à EC n.º. 45/2004, já integram o ordenamento jurídico pátrio, nele adentrando pela forma do referendado pelo Congresso Nacional por decreto legislativo e da publicação do documento por Decreto do Presidente da República. De outra sorte, a inovação constitucional contida no §3º do artigo 5º não cogitou de disciplinar *matéria nova*, mas de atribuir novo formato ou nova categoria, mediante procedimento específico, atribuindo-lhe agora de *status* de *equivalência constitucional*, aos tratados e convenções de direitos humanos aos quais se remete, com precisa abrangência para o futuro.

Em conseqüência, a atribuição de qualificativos como: “valor constitucional”, “hierarquia constitucional” ou “equivalência constitucional” aos tratados e convenções internacionais de direitos humanos anteriores à EC n.º. 45/2004 é inviável, tanto sob o aspecto da teoria constitucional, como do ponto de vista lógico-jurídico e do processo legislativo constitucional.

Se a doutrina constitucional não considera possível que uma nova Constituição Originária transforme, *implicitamente*, a natureza ou a hierarquia de leis ordinárias, *constitucionalizando-as*, como se viu acima, é *a fortiori* juridicamente inviável que o faça a norma constitucional derivada. De outra sorte, tal resultado não pode, por óbvio, ser alcançado através de interpretação constitucional ampliativa do texto expresso da norma constitucional, originária ou reformada. Destarte, é impossível dar uma amplitude assim elástica aos §§ do artigo 5º e especialmente ao seu §3º, para daí se entender que a nova norma constitucional *retroage implicitamente* para alcançar tratados e convenções sobre Direitos Humanos anteriores à EC n.º. 45/2004, *constitucionalizando-os*.

Forçoso é admitir-se que o texto constitucional acrescentado pela via de mutação constitucional formal (§3º) acabou por instituir no Brasil quatro categorias de tratados: (1) os tratados e convenções que não tratam de direitos humanos e que permanecem, no sistema, como normas da legislação ordinária; (2) os tratados e convenções internacionais de direitos humanos aprovados pelo procedimento especial previsto no §3º, com equivalência à norma constitucional; (3) os tratados e convenções internacionais de direitos humanos anteriores à EC nº. 45/2004, que também não se elevam à categoria de equivalência de norma constitucional; e (4) os tratados e convenções internacionais de direitos humanos que, posteriores à EC nº. 45/2004, não forem submetidos ao procedimento especial de que trata o §3º e que permanecem, então, com a natureza ou hierarquia de legislação ordinária.¹⁹

Assim, ante a letra expressa do novo texto constitucional pátrio, sua indeterminação quanto a pontos relevantes para a interpretação da norma construída, e considerando-se que inexistente qualquer mecanismo adotado em direito nacional ou comparado que possibilite a recepção implícita de norma de hierarquia ordinária como se fora norma de hierarquia constitucional, forçoso é reconhecer-se que os tratados e convenções sobre direitos humanos, anteriores à EC nº. 45/2004 e que eram considerados como dotados de hierarquia de normas ordinárias e que continham conteúdo compatível com a Constituição de 1988, mesmo após a reforma de 2004, continuam como normas dotadas da natureza de leis ordinárias.

Finalmente, é de se lembrar que o Poder Reformador está sujeito a limitações materiais (art. 60, §4º). Assim, deve, por primeiro, respeitar o disposto no artigo 5º, *caput*, que consagra os direitos fundamentais básicos da pessoa humana: direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Destes, para o que interessa particularmente a estas breves reflexões sobre o tema em causa, convém destacar o *direito à segurança*, consagrado de modo genérico e abrangente no *caput* do artigo 5º acima referido e desdobrado, no texto constitucional, em vários significados, de modo exposto e implícito: direito à segurança jurídica (art. 5º, inciso XXXVI), direito à segurança penal (art. 5º, XXXIX), direito à segurança tributária (art. 150, I, II, III), direito à segurança social (art. 6º), dentre outros.

¹⁹ Não se pode extrair, com absoluta segurança, que a norma constante do §3º é impositiva no sentido de *obrigar* (não se sabe quem, o Presidente ou o Congresso) a submeter *todos* os tratados e convenções internacionais de direitos humanos ao procedimento especial previsto no §3º. A inserção (pelo Decreto Legislativo 485, de 20/12/2006, proposta encaminhada pelo Executivo) no ordenamento brasileiro da “Convenção sobre a proteção e promoção da diversidade das expressões culturais”, celebrada em Paris, em 20 de outubro de 2005, antes referida, serve de exemplo à observação, matéria ainda sujeita a exame do Supremo Tribunal Federal que, certamente, a esse respeito, terá de dizer a última palavra.

Não pode, portanto, uma Emenda Constitucional retroagir para alcançar fatos ou situações pretéritas, ferindo o direito fundamental à segurança em qualquer dos seus significados, porquanto isto importaria em criar um caos jurídico insuportável ante uma Constituição suprema e rígida.

Interpretação constitucional em sentido diverso, levada a efeito por qualquer meio, instrumento ou órgão, e, particularmente, se levada a efeito pelo Supremo Tribunal Federal significará, certamente, introduzir, pela via do processo informal de mutação inconstitucional, alteração no sentido e na letra do texto da Constituição brasileira que deve permanecer rígido e ser preservado, até por respeito ao direito de segurança, em suas várias modalidades, já que se trata de um dos mais caros dentre os direitos fundamentais, e, como todos, expressamente intocável por reforma constitucional.

Conclusões

Ante as breves considerações expostas, forçoso é concluir que o §3º do artigo 5º da Constituição de 1988, introduzido pela Emenda Constitucional n.º. 45/2004, não retroage, em seus efeitos, para alcançar os Tratados e Convenções de Direitos Humanos que já integravam o ordenamento jurídico brasileiro, para o fim de lhes atribuir o *status* de *equivalência* às normas constitucionais aprovadas na forma do disposto no próprio §3º. Permanecem tais documentos internacionais com o *status* de leis ordinárias, que detinham antes da EC n.º. 45/2004, demandando, por necessário, providências *de constitutione ferenda* dos poderes competentes para alterar tal situação, indesejável sob todos os pontos de vista.

Referências

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Direitos humanos**. Reforma define status jurídico de tratados internacionais. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/32582,1,>>.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. A transição constitucional e o ato das disposições constitucionais transitórias da Constituição de 5-10-1988. In: BITTAR, Eduardo C. B. (org.). **História do direito brasileiro**. Leituras da ordem jurídica nacional. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. Medidas Provisórias e segurança jurídica: a inconstitucionalidade do art. 2º da EC 32/2001. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 34, n. 54, jan./mar. 2006.

_____. **Poder constituinte do estado-membro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

- 132 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva. V.1 arts. 1º a 43.
- _____. **Poder constituinte**. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 1999.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura da constituição**. 2. ed. Tradução portuguesa. Coimbra: Armênio Amado, 1962. v. 2.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e sua incorporação**. Disponível em: <<http://www.mt.trfl.gov.br/judice/jud13/ratados.htm>>.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. rev. Coimbra: Coimbra, 1983. t. 2. (Introdução à Teoria Constitucional).
- SAGÜES, Nestor Pedro. **Elementos de derecho constitucional**. 2. ed. atual. ampl. Buenos Aires: ASTREA, 1997. t. 1-2.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A reforma do judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos**: observações sobre o §3º do art. 5º da Constituição. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista.artigos>.
- VEGA, Juan Carlos; GRAHAM, Marisa Adriana. **Jerarquia constitucional de los tratados internacionales**. Buenos Aires: ASTREA, 1996. (Fundamentos. Tratados de derechos humanos. Operatividad, Tratados de integración. Acciones positivas. Derecho a la vida. Derecho de réplica).