



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO**

ANA LUÍSA DO COUTO ANDRADE

**DA EXISTÊNCIA DE CLÁUSULAS PÉTREAS FORA DA CONSTITUIÇÃO:
Uma análise da relação normativa entre os tratados internacionais de direitos humanos
e as normas constitucionais, sob a perspectiva do art. 5º, §§ 2º e 3º.**

**CAMPINA GRANDE – PARAÍBA
2011**

ANA LUÍSA DO COUTO ANDRADE

**DA EXISTÊNCIA DE CLÁUSULAS PÉTREAS FORA DA CONSTITUIÇÃO:
Uma análise da relação normativa entre os tratados internacionais de direitos humanos
e as normas constitucionais, sob a perspectiva do art. 5º, §§ 2º e 3º.**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, pelo Curso de Direito da Universidade Estadual da Paraíba - UEPB – Campus I – Campina Grande - PB.

Orientador: prof. Dr. Hugo César Araújo de Gusmão (Doutor em Direito Constitucional pela UGR)

**CAMPINA GRANDE – PARAÍBA
2011**

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL – UEPB

A553d

Andrade, Ana Luísa do Couto.

Da existência de cláusulas pétreas fora da constituição [manuscrito]: Uma análise da relação normativa entre os tratados internacionais de direitos humanos e as normas constitucionais, sob a perspectiva do art. 5º, §§ 2º e 3º / Ana Luísa do Couto Andrade.– 2011.

31 f.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2011.

“Orientação: Prof. Dr. Hugo César Araújo de Gusmão, Departamento de Direito Público”.

1. Direitos humanos. 2. Tratados internacionais. 3. Bloco de constitucionalidade. I. Título.

21. ed. CDD 341.481

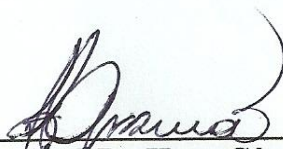
ANA LUÍSA DO COUTO ANDRADE

**DA EXISTÊNCIA DE CLÁUSULAS PÉTREAS FORA DA CONSTITUIÇÃO:
Uma análise da relação normativa entre os tratados internacionais de direitos humanos
e as normas constitucionais, sob a perspectiva do art. 5º, §§ 2º e 3º.**

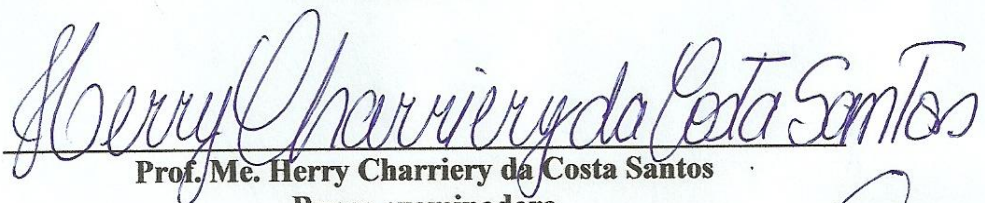
Trabalho de conclusão de curso apresentado
como requisito parcial para obtenção do título
de Bacharel em Direito, pelo Curso de Direito
da Universidade Estadual da Paraíba - UEPB –
Campus I – Campina Grande - PB.

Aprovado em: 28 / 11 / 2011

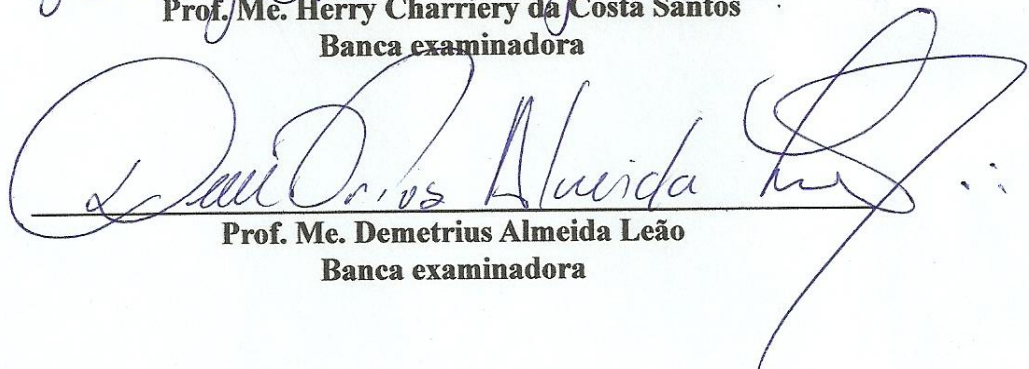
Nota: 10,0 (dez)



Prof. Dr. Hugo César Araújo de Gusmão
Orientador



Prof. Me. Herry Charriery da Costa Santos
Banca examinadora



Prof. Me. Demetrius Almeida Leão
Banca examinadora

**DA EXISTÊNCIA DE CLÁUSULAS PÉTREAS FORA DA CONSTITUIÇÃO:
Uma análise da relação normativa entre os tratados internacionais de direitos humanos
e as normas constitucionais, sob a perspectiva do art. 5º, §§ 2º e 3º.**

ANDRADE, Ana Luísa do Couto

RESUMO

Os direitos humanos tornaram-se, desde o fim da Segunda Grande Guerra e, mais intensamente, a partir da década de 90, com o processo de formação de blocos econômicos, um tema de preocupação global, não se limitando a uma questão relativa ao domínio reservado das jurisdições nacionais. Diante do contexto de globalização dos direitos humanos, o Brasil inseriu em sua Carta Constitucional cláusulas de abertura do ordenamento jurídico à dimensão internacional. Em vista disso, o presente trabalho tem por objetivo analisar a relação normativa entre os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos e as demais normas constitucionais, sob a perspectiva do art. 5º, §§ 2º e 3º, cláusulas de abertura do ordenamento. Com base na evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, foram analisadas as teses que tratam sobre a posição hierárquica dos acordos internacionais, quais sejam a da legalidade ordinária, a da supralegalidade e a do bloco de constitucionalidade. O estudo elaborado neste trabalho demonstrou que, dentre as três, a tese que melhor se coaduna com a tendência mundial de máxima integração entre os Estados é a do bloco de constitucionalidade. A adoção da referida tese, notadamente, repercute na forma de interpretar a ordem jurídica interna, ensejando, inclusive, a existência de cláusulas pétreas fora da Constituição.

Palavras-Chaves: Tratados internacionais de Direitos Humanos. Cláusulas de abertura. Bloco de constitucionalidade.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	05
2. PODER CONSTITUINTE: TEORIA E FORMAS DE MANIFESTAÇÃO.....	06
3. MECANISMOS DE REFORMA.....	08
4. §3º DO ART. 5º DA CF/88: PREVISÃO DE UM PROCEDIMENTO DE REFORMA.....	13
5. DIREITOS HUMANOS E MUTAÇÃO NA CF/88.....	14
6. ORIGEM DA TEORIA DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE.....	21
7. APLICAÇÃO DA TEORIA DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL.....	22
8. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	26
REFERÊNCIAS.....	29

1 INTRODUÇÃO

Os direitos humanos tornaram-se, desde o fim da Segunda Grande Guerra e, mais intensamente, a partir da década de 90, com o processo de formação de blocos econômicos, um tema de preocupação global, não se limitando a uma questão relativa ao domínio reservado das jurisdições nacionais.

O fenômeno da globalização ultrapassou a esfera econômica e alcançou esses direitos, que passaram a ser ponto de convergência dos países democráticos, que visam garantir os direitos fundamentais do homem em dimensão internacional.

É inserido nesse contexto de máxima integração entre Estados e de efetivação dos direitos humanos que os países celebram tratados e dotam os textos constitucionais de mecanismos que possibilitam o ingresso de normas internacionais no ordenamento jurídico interno.

O Brasil, seguindo essa tendência mundial, estabeleceu no art. 5º, §2º da Constituição Federal de 1988 a possibilidade de recepção de normas internacionais, estatuidando que os direitos e as garantias nela expressos não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Em momento posterior, com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, foi introduzido no texto constitucional o §3º do art. 5º, que prevê a inserção no ordenamento jurídico pátrio dos tratados de direitos humanos com a qualidade de norma constitucional.

Diante da existência desses dois dispositivos, surgiu a problemática em torno da posição hierárquica que assumem os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil e introduzidos no nosso ordenamento após a promulgação da Constituição de 1988 e antes da EC nº. 45/2004, ou seja, sem observar o procedimento especial do §3º, necessário para conferir status constitucional às normas que decorrem dos tratados.

O presente trabalho, considerando o problema acima identificado, tem por objetivo geral analisar a relação normativa entre os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos e as demais normas constitucionais, sob a perspectiva do art. 5º, §§ 2º e 3º, cláusulas de abertura da ordem interna ao âmbito internacional.

Especificamente se pretende estudar a teoria do Poder Constituinte e suas formas de manifestação, o processo de internacionalização dos direitos humanos, a evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal no tocante à relação hierárquico-normativa entre os tratados internacionais e as normas de direito interno e, por fim, as teses suscitadas

pelo STF para disciplinar a hierarquia dos acordos internacionais, quais sejam a da legalidade ordinária, a da supralegalidade e a do bloco de constitucionalidade.

Para imprimir concretude aos objetivos delineados, será utilizado o método de abordagem dialético, confrontando-se as teses que tratam sobre a hierarquia dos tratados internacionais.

Em relação ao procedimento, será utilizado o método analítico-descritivo e o método correlacional. Por meio do primeiro será realizado um estudo sobre a tendência mundial de internacionalização dos direitos humanos e a postura do STF em suas decisões, ante o contexto de globalização desses direitos e a existência de cláusulas de abertura do ordenamento à esfera internacional.

Utilizando o método correlacional será desenvolvida uma análise dos tratados internacionais de direitos humanos firmados pelo Brasil e as normas de direito interno, enfocando a relação hierárquico-normativa entre ambos.

Notadamente, com amparo nos §§ 2º e 3º da CF/88, consagrar-se-á uma das teses esposadas pela STF ao longo da evolução jurisprudencial dessa Corte, definindo a hierarquia dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro.

2 PODER CONSTITUINTE: TEORIA E FORMAS DE MANIFESTAÇÃO

A noção de Poder Constituinte está profundamente arraigada à Idade Moderna, isto porque os três elementos que suscitam a sua existência - Estado, Soberania e Constituição - só se encontraram presentes simultaneamente naquele momento histórico.

Por inspiração do racionalismo iluminista, surge no século XVIII a teoria do Poder Constituinte, que trouxe consigo a distinção entre poder constituinte e poderes constituídos.

Nesse passo se destacou o abade francês Sieyès, que em sua obra “A Constituinte Burguesa – que é o terceiro estado?” preconizou a teoria do Poder Constituinte, o caracterizando e atribuindo a sua titularidade à nação.

A nação existe antes de tudo, ela é a origem de tudo. Sua vontade é sempre legal, é a própria lei. Antes dela e acima dela só existe o direito natural. Se quisermos ter uma idéia exata da série das leis positivas que só podem emanar de sua vontade, vemos, em primeira linha, as leis constitucionais que se dividem em duas partes: umas regulam a organização e as funções do corpo legislativo; as outras determinam a organização e as funções dos diferentes corpos ativos. Essas leis são chamadas fundamentais não no sentido de que possam tornar-se independentes da vontade nacional, mas porque os corpos que existem e agem por elas não podem tocá-las. Em cada

parte, a Constituição não é obra do poder constituído, mas do poder constituinte. Nenhuma espécie de poder delegado pode mudar nada nas condições de sua delegação. É nesse sentido que as leis constitucionais são fundamentais. As primeiras, as que estabelecem a legislatura, são fundadas pela vontade nacional antes de qualquer constituição: formam seu primeiro grau. As segundas devem ser estabelecidas por uma vontade representativa especial. (SIEYÈS, 1986: 117-118)

Do ponto de vista pragmático, a Teoria do Poder Constituinte pode ser percebida na distinção hierárquica entre as normas de um ordenamento jurídico, existindo as normas fundamentais, provenientes do exercício de um poder constituinte, e as leis ordinárias, de atribuição dos poderes constituídos.

Poder Constituinte é o poder capaz de organizar e estruturar uma nova ordem jurídica, rompendo com a ordem positiva então vigente e fundando o Estado sobre novas bases, eminentemente democráticas, traçadas em uma Constituição.

Os sistemas que adotam a forma escrita de Constituição e criam mecanismos de rigidez estabelecem uma Constituição formal. Ao passo que ela é elevada ao patamar de norma suprema e sua estabilidade é garantida, engendra-se um procedimento para perpetuar a vontade do Poder Constituinte, não por meio de uma ruptura, mas através de uma abertura que assegure a adaptação da Constituição à realidade social cambiante (GUSMÃO, 2008).

É inserido no contexto de criação/adaptação da Constituição, que o Poder Constituinte se subdivide em Originário e Derivado, ou ainda, com base na Teoria Moderna do Poder Constituinte, surge a diferença entre poder constituinte e poderes constituídos. Sieyès (1986) identifica essa distinção explicando que uma representação extraordinária não se parece em nada com a legislatura ordinária. São poderes diferentes. Esta só pode se mover nas formas e condições que lhe são impostas, já a outra não está submetida a nenhuma forma em especial, se reúne e delibera como faria a própria nação se, mesmo composta por um pequeno número de indivíduos, quisesse dar uma constituição a seu governo.

O Poder Constituinte, diante da dicotomia criação/modificação da Constituição, se manifesta uma única vez, de forma originária, criando uma nova ordem jurídica e, dentro dessa nova ordem instaurada, estabelece outra forma de manifestação, desta feita, derivada e que se reitera com o objetivo de adequar a Constituição às eventuais mudanças sociais.

Entende-se por Poder Constituinte Originário aquele de cujo exercício se origina a Constituição, que por sua vez instaura uma nova ordem jurídico-política, suplantando a ordem precedente.

É difícil visualizar o momento exato de surgimento e atuação do Poder Constituinte Originário, uma vez que não existe precisão quando se fala em termo inicial de uma ruptura,

ademais, sua manifestação varia de acordo com o momento político e a realidade histórica de cada Estado. Sabe-se, contudo, que seu surgimento e atuação advêm de inúmeros atos que precedem a própria formalização da Constituição.

Com base na sua forma peculiar de manifestação, o Poder Constituinte Originário é traçado como inicial, autônomo, ilimitado, incondicionado e extrajurídico. É inicial, pois instaura uma nova ordem, rompendo com a ordem jurídica anterior; autônomo, porque a estruturação da nova constituição é de iniciativa do povo, que exerce o Poder Constituinte Originário; ilimitado, visto que não precisa respeitar os limites estabelecidos por direito anterior; incondicionado, pois não se submete a qualquer forma prefixada de manifestação; e, por fim, extrajurídico, de certo que é essencialmente político e a nova ordem jurídica se inicia com a sua atuação, e não antes dela.

Apesar de a Constituição gozar de supremacia, ela não é imutável, devendo melhor adequar-se aos anseios da sociedade. Todavia, essa adequação deve ser realizada com prudência, sob pena de desnaturar a essência da ordem jurídica vigente, ofendendo a vontade constituinte originária.

Nessa ótica, Canotilho (1991) confessa a dificuldade de proteger a supremacia da Constituição, afirmando que garantir a sua força não é tarefa fácil, contudo, se o direito constitucional é direito positivo e se a Constituição vale como lei, então as suas regras e princípios devem obter normatividade regulando jurídica e efetivamente as relações da vida, dirigindo as condutas e dando segurança às expectativas de comportamento.

Pelo reconhecimento da mutabilidade da Constituição, surge o Poder Constituinte Derivado, que observando os limites estabelecidos pelo Poder Constituinte Originário, atua no processo de modificação da carta constitucional.

O Poder Constituinte Derivado é, ao contrário do Originário, limitado, condicionado e jurídico, posto que sua manifestação se sujeita às limitações delineadas na Carta Magna. Conforme já assinalado, ele é instituído com o objetivo de reformar a Constituição, de modo que ela acompanhe as mudanças que ocorrem na sociedade ao longo do tempo, mantendo-se sempre atual e aplicável.

Pode-se dizer que as duas formas de manifestação do Poder Constituinte estão estritamente conectadas, de maneira que o Poder Constituinte Derivado dá continuidade ao Originário, pugnando pela durabilidade do texto constitucional à medida que o atualiza.

3 MECANISMOS DE REFORMA

Reformar a Constituição não significa destruí-la, mas, simplesmente, adaptá-la à realidade, sem a perda de sua identidade como estrutura conformadora do Estado. A necessidade de adequar a realidade política à realidade jurídica se apresenta como uma exigência do próprio sistema constitucional. Não reformar a Constituição, quando isto for imperativo, é estabelecer um distanciamento perigoso entre a norma constitucional e a vida política (VEGA, 2007).

O Poder Constituinte Originário, atento à necessidade de adequar o texto constitucional às mudanças sociais que porventura sobreviessem, estabeleceu o procedimento de reforma à Constituição, explicitando os limites de atuação do Poder Constituinte Derivado.

Esses limites foram estabelecidos com a finalidade do poder reformador agir de modo restrito, sem contrariar as disposições do Constituinte Originário nem tampouco usurpar a sua atuação, sob pena de sua obra ser viciada, ficando sujeita ao sistema de controle de constitucionalidade.

Os limites impostos ao Poder Constituinte Derivado traçados na Constituição brasileira de 1988 são de caráter formal, circunstancial e material (SILVA, 2007). Os primeiros, também chamados de limites processuais ou procedimentais, são os que regulam o procedimento especial para a realização de reformas.

Pelos limites circunstanciais, entende-se que em determinadas situações, como aquelas previstas no art. 60, §1º - a intervenção federal, o estado de defesa e o estado de sítio -, o Estado se encontra demasiadamente instável, razão pela qual é vedada a alteração do texto constitucional.

Quanto às limitações materiais, o Constituinte Originário estabeleceu um rol de matérias intangíveis, constante no art. 60, §4º, ou seja, as chamadas cláusulas pétreas, que por sua vez não podem ser objeto de qualquer modificação, sendo elas: a forma Federativa do Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação entre os poderes e os direitos e garantias individuais.

A doutrina fala, ainda, sobre limites implícitos, que se referem às restrições não escritas nas constituições. O objetivo deles é proibir que os próprios dispositivos que regulamentam as reformas constitucionais sejam alterados. Uadi (2009) elenca quatro espécies, a saber: limites implícitos aos direitos e garantias fundamentais, à titularidade do Poder Constituinte Originário, à titularidade do Poder Constituinte Derivado e ao processo legislativo especial de reforma.

O instrumento de reforma propriamente dito é a emenda constitucional, que pode, observados os limites de atuação do poder reformador, acrescentar, modificar e suprimir normas estabelecidas pelo Poder Constituinte Originário.

O art. 60 da Constituição Federal descreve o mecanismo de reforma, que se concretiza com a promulgação das emendas. A competência para propor a iniciativa de emenda é estabelecida nos três primeiros incisos do *caput* do referido artigo, o procedimento de votação e aprovação está disposto no §2º e, por fim, o tratamento de sua promulgação está constante no §3º.

No tocante à sua propositura, a emenda pode ser de iniciativa de 1/3, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, do Presidente da República e de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

Quanto à votação e aprovação, a proposta de emenda será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos os turnos, 3/5 dos votos dos respectivos membros.

Após aprovada, a sua promulgação será realizada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem, que se refere à quantidade de vezes que a Constituição foi alterada desde a sua promulgação.

Ainda em relação ao referido procedimento, o §5º do art. 60 impõe uma restrição, dispondo que a matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova apresentação na mesma sessão legislativa.

Cumpra aclarar que as limitações formais, anteriormente mencionadas, correspondem a esse trâmite para promulgação das emendas, sendo definidas com o objetivo de compelir o poder de reforma a proceder nos exatos termos estabelecidos pelo Constituinte Originário.

As constituições que prevêm um mecanismo específico para sua modificação, ou seja, distinto do legislativo ordinário, a exemplo da nossa, que possui o procedimento de emenda, são ditas como rígidas.

A rigidez não se detém apenas ao aspecto formal, que define um procedimento de reforma específico para as leis constitucionais, mas, possui uma razão sólida de existência. Esta razão se respalda na sua conexão com mais dois elementos: supremacia da Constituição e Poder Constituinte.

Sem a idéia de superioridade de uma norma que se impõe às demais não seria necessário existir uma garantia formal, como a rigidez, para preservar a norma suprema de

eventuais violações, restando claro que a supremacia normativa da Constituição é fundamento da sua rigidez.

Já a supremacia pressupõe um Poder Constituinte Originário, único poder capaz de atribuir a Constituição tal qualidade, justamente por ser inicial e incondicionado, fruto de uma legítima atuação do povo. A rigidez e a própria supremacia são, assim, elementos que expressam toda a força normativa do Poder Constituinte.

O procedimento específico/difícil de reforma das constituições e o controle de constitucionalidade constituem a garantia da rigidez constitucional, não lhe servindo, contudo, como fundamento. Nesse contexto, Joaquín Varela afirma que:

“El procedimiento de revisión constitucional se establece, por lo tanto, para garantizar el orden constitucional, em el sentido de que consiente la adaptación de dicho orden a las variables exigências sociales sin que por ello se ponga em cuestión la rigidez constitucional, es decir, la “estabilidad” de las reglas confiadas a la escritura y garantizadas por la escritura. Conviene reiterar: La revisión com procedimiento especial no es el fundamento, sino garantía de la rigidez constitucional. [...] Al igual que la revisión constitucional, también el control jurisdiccional constituye, por lo tanto, una garantía de la Constitución y no el fundamento de su rigidez.” (VARELA, 1995: 125)

Além do instrumento de reforma propriamente dito, que são as emendas constitucionais, no caso brasileiro, o Poder Constituinte Originário instituiu o chamado Poder de Revisão, que, na realidade, não se trata de um poder, uma vez que o processo de revisão está limitado por uma força maior que é o Constituinte Originário, este sim um verdadeiro poder (LENZA, 2009).

O art. 3º do ADCT designou uma revisão no texto constitucional, que só poderia ocorrer após cinco anos contados a partir da promulgação da Constituição, por voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral, com a finalidade de atualizar o texto constitucional às realidades que a sociedade julgasse necessárias.

Esse Poder de Revisão, por ter um caráter jurídico, não poderia atuar indistintamente, mas, teria sua atuação condicionada às mesmas limitações materiais impostas ao poder de reforma, ou seja, as cláusulas de intangibilidade do art. 60, §4º da Constituição.

A competência revisional do art. 3º do ADCT proporcionou a elaboração de seis emendas constitucionais de revisão, publicadas no ano de 1994, e que não trouxeram mudanças expressivas. Acredita grande parte da doutrina, que por ser a norma instituidora da revisão de eficácia exaurida e aplicabilidade esgotada, não resta possível uma nova manifestação do Poder de Revisão.

Existe, ainda, outra forma de modificar a Constituição, que se realiza através do fenômeno da mutação constitucional. Este fenômeno resulta da ação de um poder que alguns autores denominam de Constituinte Difuso, considerado um poder de fato e que decorre de fatores sociais, políticos e econômicos.

“Por vezes, em virtude de uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma, ou ainda por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade, a constituição muda, sem que as suas palavras hajam sofrido modificação alguma. O texto é o mesmo, mas o sentido que lhe é atribuído é outro. Como a norma não se confunde com o texto, repara-se, aí, uma mudança da norma, mantido o texto. Quando isso ocorre no âmbito constitucional, fala-se em mutação constitucional.” (MENDES, COELHO E BRANCO, 2007: 220)

As mutações, oriundas de um processo informal e espontâneo de alteração da Constituição, promovem mudanças na interpretação da norma sem modificar o texto. Tem-se, contudo, que essa modificação semântica nunca poderá macular a ideologia em que se funda a Constituição.

Com relação ao aspecto das mutações serem um fenômeno limitado juridicamente, Hesse entende que elas devem submeter-se à força normativa da Constituição, expondo sua tese da seguinte forma:

“[...] mutación constitucional y sus limites solo se alcanza a entender con claridad cuando la modificación del contenido de la norma es comprometida como cambio ‘em el interior’ de la norma constitucional misma, no como consecuencia de desarrollos producidos fuera de la normatividad estatal tampoco se puede explicar satisfatoriamente cuando se parte de una relación de coordinación correlativa entre normalidad y normatividad.” (HESSE, 1983: 106-107)

Cabe salientar que não é unânime o entendimento da mutação como fenômeno limitado: para Hsu Dau-Lin (1998) o que existe é a ilimitada plenitude da mutação em sentido material, não existindo limite ao caráter dinâmico e elástico deste fenômeno, embora incida sobre contextos políticos como a forma de Estado, ou derive de situações extremas como a revolução.

A praxe constitucional mostra a impossibilidade de se traçar com precisão os limites das mutações constitucionais. Uadi (2009) aponta que o limite que poderia existir, mas de natureza subjetiva, seria a própria consciência do intérprete em não extrapolar a forma plasmada na letra dos preceptivos supremos do Estado, evitando interpretações deformadoras dos princípios fundamentais do Documento Maior.

Da análise dos procedimentos de reforma, vê-se disponível, atualmente, na Constituição brasileira somente dois procedimentos, um formal, definido no seu próprio texto, especificamente no art. 60 e no §3º do art. 5º, e outro, informal, fruto do entendimento de que

nem todos os fenômenos sociais podem acompanhar o mecanismo formal, o que justificaria a necessidade das mutações constitucionais.

4 §3º DO ART. 5º DA CF/88: PREVISÃO DE UM PROCEDIMENTO DE REFORMA

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, surgiu no ordenamento jurídico brasileiro outro mecanismo de reforma, paralelo aos demais procedimentos já consignados na Constituição quando da sua promulgação.

Na realidade, a EC nº 45 tinha como objetivo solucionar a crise do sistema judiciário, que se mostrava complexo e obsoleto, imprestável a realizar princípios consagrados no próprio texto constitucional, como o acesso à justiça e a celeridade processual.

Com efeito, alastrando seu alcance, a referida emenda não só promoveu mudanças na estrutura do Poder Judiciário, como introduziu o §3º ao art. 5º da CF/88, cuja repercussão do seu conteúdo não manteve nenhuma relação com a matéria de reestruturação do Judiciário brasileiro.

O §3º do art. 5º foi introduzido na Constituição com a finalidade de encerrar as discussões acerca da posição hierárquica que assumem os tratados internacionais que versam sobre Direitos Humanos, dos quais o Brasil é signatário.

O §2º do mesmo art. 5º da CF/88 ao estabelecer que os direitos e garantias expressos na 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, ensejou uma celeuma jurídica no tocante a posição hierárquica dos tratados no ordenamento brasileiro.

Visando por fim a esse debate, o §3º estatuiu que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que fossem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, seriam equivalentes às emendas constitucionais.

Explicitando o processo de internalização de um ato internacional (ARAÚJO, 2008), anota-se que, compete privativamente ao Presidente da República celebrar os tratados, convenções e atos internacionais, remetendo-os, posteriormente, ao Congresso Nacional, que irá deliberar sobre a sua aprovação.

Em se tratando de acordos internacionais sobre direitos humanos deverão ser observados o quórum de três quintos dos votos dos membros do Congresso, a bicameralidade e os dois turnos de votação, para que os mesmos recebam o status de norma constitucional.

Tendo sido o tratado aprovado através de Decreto Legislativo, retorna ao Executivo para a ratificação de sua assinatura. A ratificação é ato privativo e discricionário do Presidente da República, que por meio dela demonstra a vontade de pactuar e cumprir o referido tratado.

O propósito de pactuar é transmitido às contrapartes estrangeiras, através do depósito do instrumento de ratificação, no intuito de formalizar o início da exigibilidade do pactuado. O depósito de um número mínimo de instrumentos de ratificação determinará a entrada em vigor internacional do tratado.

No âmbito interno, de acordo com a praxe nacional, o início da vigência do tratado se dá quando o Presidente da República firma um decreto de promulgação. A data de publicação do decreto indica, então, a data do início de vigência do tratado no território nacional.

Não obstante o §3º do art. 5º determinar a equivalência dos tratados às emendas constitucionais, quando submetidos ao procedimento de internalização acima descrito, a celeuma jurídica outrora existente não ficou encerrada, posto que o novo preceito nada dispôs sobre a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos que foram ratificados e introduzidos no ordenamento jurídico em momento anterior à promulgação da EC n° 45 e após a Constituição de 1988, sem observar o procedimento especificado no §3º.

Ao final, o novo dispositivo acabou por estabelecer outro mecanismo de reforma, de sorte que se os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos equivalem às emendas ou normas constitucionais, reformam normas anteriormente instituídas, sejam elas constitucionais ou leis ordinárias.

O legislador preocupado em pacificar os debates que surgiram da leitura do §2º, ao passo de prestigiar os direitos humanos, que passam por um processo mundial de reconhecimento, valorização e consagração, instituiu, além de novo procedimento de reforma, uma cláusula de abertura constitucional à dimensão internacional, o §3º, que não resolveu a questão da hierarquia e acabou por fomentar discussões acerca da titularidade do Poder Constituinte e da soberania do Estado, que não serão aqui detalhadas por não constituírem nosso objeto de estudo.

Por fim, cabe enfatizar que os tratados internacionais de direitos humanos introduzidos no sistema constitucional brasileiro com o status de norma constitucional - seguindo o procedimento de emendas - se inserem no rol dos direitos e garantias fundamentais, constituindo, portanto, cláusulas pétreas.

5 DIREITOS HUMANOS E MUTAÇÃO NA CF/88

Os horrores vivenciados durante a Segunda Guerra Mundial proporcionaram um momento histórico que reclamava uma reconstrução da dignidade humana perdida entre campos de concentração e frentes de batalha.

Foi no cenário do pós-guerra e com a criação da Organização das Nações Unidas que a comunidade internacional jurou nunca mais permitir atrocidades como as cometidas na guerra, defendendo o mundo de outros acontecimentos semelhantes.

Em 10 de dezembro de 1948 foi apresentada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, produto do trabalho de líderes mundiais que decidiram complementar a Carta da ONU, inaugurando um guia para garantir os direitos de todas as pessoas, em todos os lugares, sempre. Foram escritos 30 artigos, precedidos de um preâmbulo, que tinham por objetivo assegurar o direito à vida – e a qualidade dela –, à liberdade – seja de expressão, opinião ou de ir e vir – e à educação.

A Declaração Universal de Direitos Humanos desempenhou um importante papel no desenvolvimento do consenso ético universal que deveria abarcar a humanidade. Com ela inaugurou-se uma fase de produção legislativa mundialmente marcada pela progressiva incorporação dos direitos ali expressos.

A partir da inserção desses novos direitos, cria-se uma estrutura sólida e protetiva que visa favorecer os grupos sociais historicamente excluídos e discriminados. A internalização desses novos direitos, em diversos ordenamentos jurídicos, é um fato que aconteceu em cada Estado de acordo com o momento histórico vivenciado e com o despertar da consciência coletiva para esta necessidade (PIOVESAN, 2010).

Nesse contexto, a Constituição de 1988, atenta aos anseios da sociedade que reclamava o fim de um regime autoritário e marcando o processo de redemocratização do país, apresentou-se como defensora dos direitos humanos, procurando afastar as brechas deixadas pelas constituições precedentes, que ensejavam a arbitrariedade do poder político e o desrespeito aos direitos fundamentais.

A nova carta política fundamentou a idéia de que as categorias de direitos humanos integram-se em um todo harmônico, mediante influências recíprocas, mesmo porque os direitos individuais consubstanciados no seu art. 5º estão contaminados de dimensão social, o que denota o real uso e respeito dos direitos humanos não apenas na esfera personalíssima, mas difundido nos meios político e social (SILVA, 2007).

Restando consolidado o processo de assimilação dos direitos humanos nos diversos ordenamentos jurídicos e em patamar constitucional, a fase atual de proteção desses direitos

vai além da sua observância na jurisdição de cada Estado e retoma, de maneira mais acentuada, a sua observância na esfera mundial.

Aflorou-se, a partir do cenário pós-guerra e com a consolidação dos direitos humanos no âmbito interno de cada Estado, um processo de internacionalização desses direitos, com a criação de uma sistemática mundial de proteção, mediante a qual se tornou possível a responsabilização do Estado no plano externo, quando, internamente, os órgãos competentes não apresentassem respostas satisfatórias na proteção dos seres humanos.

É nesse sentido que os Estados celebram tratados, inclusive versando sobre direitos humanos, e se obrigam internacionalmente a cumpri-los, oferecendo prestações satisfatórias aos indivíduos, a fim garantir a efetivação desses direitos.

Seguindo a tendência mundial de globalização dos direitos humanos, a Constituição previu em seu art. 5º, §2º que os direitos e as garantias nela expressos não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. E, mais, introduziu, através da EC nº 45, o §3º ao art. 5º, possibilitando a internalização dos tratados internacionais de direitos humanos com o status de norma constitucional.

O art. 5º, §2º ensejou uma celeuma jurídica relacionada à posição hierárquica que assumem os tratados internacionais ratificados pelo Brasil e introduzidos no nosso ordenamento. O §3º do mesmo artigo surgiu com intuito de sanar essa questão, contudo, conforme evidenciado anteriormente, a problemática perdurou, existindo dúvida acerca da posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos que foram internalizados após a promulgação da Constituição de 1988 e antes da EC nº. 45, sem observar, portanto, o procedimento descrito no §3º, necessário para conferir o status de norma constitucional ao tratado.

A problemática jurídica acima identificada aponta para a existência do que chamamos de lacuna na lei. Para Jellinek (1991), um dos expositores da teoria das mutações constitucionais, existe uma relação entre as lacunas e as mutações. Hsu Dau-lin (1998) compactua do mesmo entendimento de Jellinek, acrescentando que uma lacuna na lei não significa uma lacuna no direito, este não tem lacunas, só as leis as têm, o que demonstra que uma lacuna na lei pode ser perfeitamente sanada.

No caso brasileiro, a relação entre lacuna e mutação foi bem evidenciada, pois a falta de previsão normativa que definisse precisamente a hierarquia dos tratados internacionais no ordenamento produziu uma mutação constitucional, conduzindo a uma sucessão de entendimentos esposados pelo STF ao longo do tempo.

Ficou a cargo do Supremo Tribunal Federal a atribuição de modelar o sentido/interpretação do art. 5º,§2º, ante a necessidade de preencher a lacuna existente, uniformizando o entendimento acerca da posição hierárquica dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, introduzidos no ordenamento pátrio após a Constituição de 1988 e antes da EC nº 45.

Analisando a jurisprudência brasileira, observou-se que a matéria da hierarquia normativa dos tratados foi trazida a debate em 01 de junho de 1977, com o julgamento do RE nº 80004/SE, que discutia a validade e aplicação de lei ordinária ulterior, o Decreto-Lei 427/69, conflitante com dispositivo de tratado firmado no âmbito internacional, a Convenção de Genebra (Lei Uniforme).

O entendimento predominante até a apreciação do referido recurso era o de conferir primazia aos tratados internacionais em detrimento da lei interna, não sendo possível invocar a legislação do país, negando aplicabilidade ao tratado, para eximir-se de obrigação firmada na esfera internacional.

O relator do recurso, o ministro Xavier Albuquerque, filiou-se ao entendimento predominante e aduziu em seu voto que uma norma internacional possui forma própria de revogação, a denúncia, motivo pelo qual não pode ser revogada por lei interna, devendo seu conteúdo ser observado enquanto vigente.

Não obstante o teor do voto do ministro relator, os demais ministros adotaram orientação divergente, considerando que os tratados internacionais não teriam primazia sobre o direito interno. Consagraram, assim, a paridade normativa dos tratados internacionais com as leis ordinárias, aplicando-se, em caso de conflito entre ambos, a regra geral de solução de conflitos de leis, *lex posteriori derogat legi priori*, prevalecendo, para o julgamento do RE nº 80004, as disposições da norma interna ulterior, e não, da Lei Uniforme.

O julgamento do RE nº 80004 foi relevante para época, porquanto inaugurou uma nova linha de entendimento aplicável a matéria de hierarquia dos tratados – a paridade normativa entre tratados internacionais e leis ordinárias – podendo ser considerado um *leading case* da jurisprudência brasileira, tornando-se diretriz para as decisões posteriores.

O plenário do STF, em 1995, com o julgamento do HC nº 72-131/RJ, voltou a discutir sobre o tema dos tratados. Vale salientar, que esta foi a primeira discussão desenvolvida sob a égide da nova ordem constitucional inaugurada com a Carta Política de 1988, que continha o art. 5º,§2º, cujo conteúdo sinalizava para inclusão, em patamar constitucional, de direitos e garantias contidos em tratados internacionais em que o Brasil fosse parte.

O HC nº 72-131 versava sobre a questão da prisão civil de devedor fiduciante. No presente caso, a prisão civil não foi afastada, entendendo-se que o contrato de financiamento mediante alienação fiduciária equivale ao contrato de depósito, o que ensejava, em caso de descumprimento, a prisão do devedor (depositário infiel), aplicando-se a exceção prevista no final do art. 5º, LXVII, da CF.

Nota-se que, mesmo diante da abertura constitucional à ordem internacional, concedida pelo art. 5º, §2º, não foi conferida nenhuma relevância ao Pacto de São José da Costa Rica, em vigor no país a partir de 1992, que autorizava a prisão civil exclusivamente na hipótese de inadimplemento de obrigação alimentar. Pelo contrário, foi esposado entendimento no sentido de que o pacto internacional, por ser norma geral, não revoga legislação ordinária de caráter especial, como o Decreto-Lei 911/69, que equiparava o devedor fiduciante ao depositário infiel, permitindo a sua prisão.

Sendo assim, manteve-se a tese de que o tratado internacional passa a integrar a ordem jurídica em patamar equivalente ao da legislação ordinária, restando impossível um dispositivo ordinário especial revogar a norma interna de caráter geral e, assim, restringir o alcance de exceções previstas constitucionalmente, como é o caso da prisão civil do depositário infiel.

Em 1997, com o julgamento da ADIN 1480-3/DF surgiu novamente a questão da posição hierárquica dos atos internacionais, mas, nesta oportunidade, foi discutido se a paridade normativa dos tratados alcançava as leis complementares, não se limitando as leis ordinárias.

Apenas o ministro Carlos Velloso entendeu que a paridade normativa dos tratados se estenderia às leis complementares, por considerar que os atos internacionais firmados se equiparariam à lei como gênero, e não, às espécies de lei, ordinária ou complementar.

A maioria dos ministros filiou-se à corrente de que não se pode dar vigência a tratados sobre matéria posta sob reserva constitucional de lei complementar, porque os acordos e convenções internacionais incorporam-se ao direito interno apenas como lei ordinária. Logo, se a constituição exige lei complementar para dar concreção a determinado assunto, nenhuma outra forma normativa poderá substituí-la, pois a forma de produzir a regra é subordinante para a validade e eficácia da matéria a ela reservada.

Após décadas de predominância do entendimento de que os tratados internacionais não possuem qualquer prioridade sobre o direito positivo interno, o tema dos tratados foi trazido à baila outra vez, no julgamento do RE 466.343-1/SP, em 03 de dezembro de 2008.

Desta feita, o STF assumiu uma nova postura diante da matéria, modificando toda jurisprudência construída até o momento.

Consagrou-se entendimento que há muito deveria prevalecer, o da não insubordinação dos tratados internacionais de direitos humanos às normas de direito interno.

Desde a inauguração da nova ordem constitucional, que trazia em seu bojo maior abertura ao direito internacional, sinalizava-se para conferir aos tratados certo privilégio. Esse fato ficou bem mais evidente após a promulgação da EC n° 45, que acrescentou o §3° ao art. 5°, prevendo status constitucional para os acordos internacionais introduzidos segundo um *iter* procedimental específico, acenando para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos acordos e convenções internacionais já ratificados pelo Brasil.

Gilmar Mendes, em seu voto, ponderou que em um contexto de internacionalização, no qual se observa maior abertura do Estado Constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção aos Direitos Humanos, a jurisprudência desenvolvida pelo STF mostrava-se defasada, merecendo ser revista.

O ministro atentou para o fato de que vivemos em um Estado Constitucional Cooperativo, identificado pelo Professor Peter Häberle como aquele que não mais se apresenta como Estado voltado para si mesmo, mas que se disponibiliza como referência para outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade, onde ganha relevo o papel dos direitos humanos.

O que existe na realidade é uma tendência de enfraquecimento dos limites entre interno e externo, gerando uma concepção que faz predominar o direito comunitário sobre o direito interno, quando isto se mostrar imperativo.

O caso tratado no RE 466.343-1, e que ensejou a mudança de postura do STF, foi o mesmo discutido no HC n° 72-131, ou seja, a prisão civil do devedor fiduciante. A problemática focava-se na antinomia existente entre as disposições do Pacto de São José da Costa Rica, que limitava a aplicação da prisão civil à hipótese de inadimplemento de obrigação alimentar, e do Decreto-Lei n° 911/69, que ampliava a aplicação da prisão, abarcando também o devedor fiduciante, equiparado ao depositário infiel.

Consolidou-se, com o julgamento RE 466.343-1, a impossibilidade de se aplicar a medida de prisão ao devedor nos casos de alienação fiduciária em garantia, uma vez que este não se equipara ao depositário infiel, afastando-se a exceção prevista no art. 5°, LXVII.

No entanto, o ponto de maior relevância do julgado foi a afirmação de que o caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, como é o caso do Pacto de São José da Costa Rica, teria o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda

e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ele conflitante, motivo pelo qual a norma de direito interno que autorizava a prisão poderia ter sua aplicabilidade afastada.

A tese levantada para amparar essa afirmação foi a tese da supralegalidade dos diplomas normativos internacionais, defendida por Gilmar Mendes e a maioria dos ministros do STF. A tese preceitua a inaplicabilidade da lei infraconstitucional, ante a paralisação de sua eficácia em virtude da disposição internacional.

Os tratados internacionais de direitos humanos passariam a ter, portanto, primazia em relação às normas infraconstitucionais, subordinando-se somente aos preceitos constitucionais.

Nesse diapasão, a previsão constitucional da prisão civil não foi revogada, mas deixou de ser aplicada em decorrência do efeito paralisante do tratado em relação à norma infraconstitucional – o Decreto-Lei nº 911/69 – que disciplinava a matéria.

É bem verdade que a tese da supralegalidade confere ao tratado internacional uma posição privilegiada no ordenamento jurídico, porém, esta não foi a única tese sugerida para demonstrar o caráter especial dos tratados. Celso de Mello em seu voto apresentou a teoria do bloco de constitucionalidade, atribuindo aos atos internacionais uma constitucionalidade material.

O confronto dessas duas teses pôde ser melhor visualizado no julgamento do RE 349.703-1/RS, que também abordou o tema da prisão civil por dívida. A maioria dos ministros do STF rechaçou a prisão, manifestando divergência apenas quanto à tese acolhida, a da supralegalidade ou do bloco de constitucionalidade.

Neste julgado, o ministro Ilmar Galvão salientou que o art. 4º da CF consagrou a prevalência dos Direitos Humanos entre os princípios que orientam as relações internacionais, ademais, enfatizou que o §2º do art. 5º é norma de caráter aberto, dando margem ao ingresso, no rol de direitos fundamentais, a outros direitos e garantias provenientes dos tratados de proteção dos direitos humanos, de certo que esses outros direitos adicionam-se à Constituição, integrando o chamado bloco de constitucionalidade.

Celso de Mello seguiu o voto de Ilmar Galvão, enfocando também que os tratados internacionais de direitos humanos assumem qualificação constitucional, compondo sob tal perspectiva a noção de bloco de constitucionalidade, pois segundo o §2º do art. 5º, os tratados de direitos humanos independentemente do quórum de aprovação são materialmente constitucionais.

Para ele, conferir status supralegal, ou seja, atribuir posição intermediária entre a Constituição e as normas infraconstitucionais aos tratados, nos termos defendidos por Gilmar

Mendes e os demais ministros, seria subestimar a própria relevância dos direitos humanos, destoando da tendência universal de consagrá-los.

Diante de toda essa análise da jurisprudência do STF, observa-se que, apesar do entrave entre essas duas teses, o §2º, do art. 5º, da CF, por meio do fenômeno da mutação constitucional, assumiu novo sentido, se aproximando da tendência mundial de internacionalização dos direitos fundamentais, restando sepultada a tese da legalidade ordinária.

Vale ressaltar que embora o STF tenha concedido caráter especial aos tratados internacionais no ordenamento jurídico interno, o tema não está pacificado nessa Suprema Corte, porquanto existem duas linhas divergentes que tratam da posição hierárquico-normativa dos tratados internacionais de direitos humanos. A corrente majoritária adota a tese da suprallegalidade, no entanto, em julgamentos recentes, como do HC 96.772-8/SP, o Pretório Excelso parece caminhar para mais uma mudança de posição, ganhando maior simpatia a teoria do bloco de constitucionalidade.

6 ORIGEM DA TEORIA DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE

A noção de bloco de constitucionalidade surgiu inicialmente no Direito Administrativo Francês, quando, em 16 de julho de 1971, o Conselho Constitucional da França fixou a densidade jurídica do preâmbulo da Constituição de 1958, cujo teor trazia a observância à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e ao preâmbulo da Constituição de 1946, que mencionava os princípios reconhecidos pelas leis da República francesa.

Integrava-se ao chamado de bloco de legalidade francês não só a Constituição de 1958, mas a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, o preâmbulo da Constituição de 1946 e os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República.

A Constituição francesa e as demais categorias de normas que compunham a noção de bloco eram parâmetro do controle de constitucionalidade dos atos normativos e da Administração Pública, o que denotava a relevância das espécies normativas consideradas materialmente constitucionais.

A noção de bloco de legalidade suscitada no Direito Francês já exprimia a idéia de um todo indeclinável e sólido, sendo possível desde então entender o bloco de constitucionalidade como um conjunto constitucional normativo suficientemente harmonioso, que nada deixa a desejar às constituições.

Com a União Europeia e a criação de um direito comunitário nos países dela participantes, a noção de bloco de constitucionalidade ganhou uma dimensão mais ampla.

O objetivo inicial de criação da Comunidade Europeia era eminentemente econômico, contudo, no curso do processo de integração e com a expansão do ordenamento comunitário, surgiu a questão de proteção dos direitos fundamentais, ganhando o ordenamento comunitário e, por conseguinte, o bloco de constitucionalidade uma dimensão supranacional.

Compõem o atual bloco de constitucionalidade Europeu os seguintes elementos: o direito escrito, personificado no Tratado da Comunidade Econômica Europeia; os princípios gerais do Direito, como os da proporcionalidade, boa-fé, *non bis in idem* e da segurança jurídica; as disposições constitucionais comuns aos Estados-membros e o Direito Internacional dos Direitos do Homem.

Todas essas espécies normativas integrantes do bloco de constitucionalidade podem ser invocadas durante o julgamento de um determinado caso concreto. De fato, essa é uma tendência já observada nos tribunais da Europa, principalmente, no Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que procura manter um patamar mínimo de proteção dos direitos fundamentais.

Na construção do conceito de bloco de constitucionalidade leva-se em consideração que a Constituição não é somente o seu texto. Saul Tourinho Leal (2010) lembra que o texto positivado, solene e escrito da Constituição traz consigo, embutido na sua redação, vários princípios correlatos os quais, embora não encontrem expressa menção na Carta Política, inserem-se em seu conteúdo.

Integram, portanto, o chamado bloco de constitucionalidade as normas e princípios que apesar de não estarem escritos na Constituição, estão em perfeita consonância com o espírito deste documento.

7 APLICAÇÃO DA TEORIA DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

O RE 466.343-1 - SP, conforme já assinalado, discutia a aplicabilidade da prisão civil do depositário infiel em face do Pacto de São José da Costa Rica, que vedava expressamente este tipo de prisão, dispondo em seu art. 7º que ninguém deveria ser detido por dívidas, exceto na hipótese de inadimplemento de obrigação alimentar quando expedido mandando judicial autorizando essa medida.

O referido julgado marcou a mudança de postura do STF, ficando ultrapassada a tese da legalidade ordinária dos tratados internacionais de direitos humanos adotada até o momento. Diante do exemplo claro de mutação constitucional, ocasião em que o §2º do art. 5º assumiu nova interpretação, o ministro Gilmar Mendes bem ressaltou que uma mutação não implica o reconhecimento de um erro interpretativo do texto constitucional, do contrário, reafirma a necessidade contínua de adaptação dos sentidos possíveis do texto da Constituição aos câmbios observados na sociedade.

No RE 466.343-1, o ministro Celso de Mello também discorreu em seu voto sobre a necessidade de mudança de postura do STF frente ao tema dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, suscitando a imperiosidade de se reconhecer a existência do bloco de constitucionalidade.

Ele salientou que o eixo de atuação do direito internacional público contemporâneo passou a concentrar-se, também, na dimensão subjetiva da pessoa humana, cuja dignidade veio a ser reconhecida, em sucessivas declarações e pactos internacionais, como valor fundante do ordenamento jurídico sobre o qual repousa o edifício institucional dos Estados nacionais. Sendo assim, restaria impossível não acolher a orientação que atribui natureza constitucional às convenções internacionais de direitos humanos, compondo, sob tal perspectiva, a noção conceitual de bloco de constitucionalidade.

Sobre o conceito de bloco de constitucionalidade vale a lição de Celso Lafer, citado por Celso de Mello em seu voto:

Explico-me, observando que entendo, por força do § 2º do art. 5º, que as normas destes tratados são materialmente constitucionais. Integram, como diria Bidart Campos, o bloco de constitucionalidade, ou seja, um conjunto normativo que contém disposições, princípios e valores que, no caso, e em consonância com a Constituição de 1988, são materialmente constitucionais, ainda que estejam fora do texto da Constituição documental. O bloco de constitucionalidade é, assim, a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados. O bloco de constitucionalidade imprime vigor à força normativa da Constituição e é por isso parâmetro hermenêutico, de hierarquia superior, de integração, complementação e ampliação do universo dos direitos constitucionais previstos, além de critério de preenchimento de eventuais lacunas. Por essa razão, considero que os tratados internacionais de direitos humanos recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro a partir da vigência da Constituição de 1988 e a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 45 não são meras leis ordinárias, pois têm a hierarquia que advém de sua inserção no bloco de constitucionalidade.

Em sua exposição, o ministro Celso de Mello, ainda citou outros doutrinadores que compactuam da teoria do bloco de constitucionalidade, merecendo destaque o entendimento perfilhado por Flávia Piovesan, que assim dispõe:

Reitere-se que, por força do art. 5º, § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do 'quorum' de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. O 'quorum' qualificado está tão somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a 'constitucionalização formal' dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno. Como já defendido por este trabalho, na hermenêutica emancipatória dos direitos há que imperar uma lógica material e não formal, orientada por valores, a celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade humana. [...] Não seria razoável sustentar que os tratados de direitos humanos já ratificados fossem recepcionados como lei federal, enquanto os demais adquirissem hierarquia constitucional exclusivamente em virtude de seu 'quorum' de aprovação. Acredita-se que o novo dispositivo do art. 5º, § 3º, vem a reconhecer, de modo explícito, a natureza materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos, reforçando, desse modo, a existência de um regime jurídico misto, que distingue os tratados de direitos humanos dos tratados tradicionais de cunho comercial.

Apesar de todos os argumentos lançados por Celso de Mello em defesa da constitucionalidade material dos tratados internacionais de direitos humanos, a maioria dos ministros filiou-se à tese da supralegalidade. Para eles, a dificuldade de ser aceita a teoria do bloco de constitucionalidade reside no fato de que atribuir às regras de direito internacional status constitucional representaria uma potencialidade de abalar a rigidez e comprometer a supremacia da Constituição.

Celso de Mello rebate esse argumento enfatizando que é inegável que a supremacia da Constituição se mantém sobre todos os tratados internacionais celebrados pelo Estado brasileiro, inclusive aqueles que versam sobre direitos humanos, desde que, neste último caso, as convenções internacionais que o Brasil tenha celebrado importem em modificação gravosa ou restrição a prerrogativas essenciais ou a liberdades fundamentais reconhecidas e asseguradas pelo próprio texto constitucional.

Acrescenta o ministro, que a Constituição qualifica-se como o estatuto fundamental da República. Nessa condição, todas as leis e tratados celebrados pelo Brasil estão subordinados à autoridade normativa desse instrumento básico. Nenhum valor jurídico terá o tratado internacional, que, incorporado ao sistema de direito positivo interno, transgredir o texto da Carta Política, suprimindo valores fundamentais.

Observa-se, portanto, que admitir que os tratados internacionais de direitos humanos sejam materialmente constitucionais de nada afeta a supremacia da Constituição, de sorte que se o tratado reduz ou suprime os direitos e garantias individuais terá sua aplicabilidade impedida, mesmo porque suas normas serão violadoras de disposições fundamentais, contrariando a própria lógica universal de proteção aos direitos humanos.

Com o julgamento do HC 96.772-8/SP, em 2009, o STF sinalizou para uma nova mudança de orientação. O entendimento consolidado com o julgado apontou para a adoção da teoria do bloco de constitucionalidade.

O HC 96.772-8 também versava sobre o tema da prisão civil, e seguindo a orientação de julgados anteriores (HC 87.585 - TO e HC 92.566 - SP), firmou o entendimento de que magistrados e tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar o princípio hermenêutico básico, consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana.

O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico de aplicação da norma mais favorável, seja aquela prevista no acordo internacional ou aquela positivada no direito interno do Estado, tem por fim extrair a máxima eficácia das declarações internacionais, viabilizando o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, especialmente, os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana.

Percebe-se que não mais subsiste no Brasil a prisão civil por dívida (Súmula Vinculante nº 25 do STF), prevalecendo, desde 2009, de forma solidificada, a postura que acolhe a primazia da norma mais favorável à pessoa humana, no intuito de dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica.

Com a consagração desse entendimento, o Poder Judiciário adotou um princípio já proclamado internacionalmente, ou seja, aquele previsto no art. 29 do Pacto de São da Costa Rica, que justamente, confere primazia à disposição mais favorável ao indivíduo.

Ao mencionar que os direitos e as garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, se infere da exegese do §2º, do art. 5º a possibilidade de se acrescentar princípios à Constituição, inclinando-se para aceitação da teoria do bloco de constitucionalidade. Nesse mesmo sentido dispõe Flávia Piovesan:

[...] ao prescrever que os “os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais”, *a contrario sensu*, a Carta de 1988 está a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Este processo de inclusão implica na incorporação pelo texto constitucional destes direitos. (PIOVESAN, 2010: 98)

Com a teoria do bloco de constitucionalidade se atribui às normas internacionais um caráter materialmente constitucional. Para a doutrina, classificar um dispositivo como materialmente constitucional, muito embora o formalmente constitucional lhe seja

pressuposto, indica que ele trata de matéria relevante, que coincide com a essência da Constituição.

É bem verdade que as normas que integram o bloco de constitucionalidade não são formalmente constitucionais, pois não foram introduzidas no ordenamento jurídico nos moldes do §3º, do art. 5º, todavia, o fato de versarem sobre direitos humanos, as faz materialmente constitucionais. Esses direitos coincidem com a essência da Constituição, afinal, toda carta política tem o objetivo precípua de assegurar os direitos e garantias do ser humano.

Nos dias atuais, de máxima integração entres os Estados e de globalização dos direitos humanos, é inevitável privilegiar a norma mais favorável ao indivíduo, mesmo quando isso implica a aplicação de uma norma internacional em detrimento de uma norma interna.

De todo modo, ainda que a Constituição não contenha uma cláusula de abertura que autorize o uso da norma internacional, é certo que ela garante a máxima e efetiva proteção dos direitos humanos, estando a teoria do bloco de constitucionalidade em perfeita consonância com o seu espírito.

Ademais, a nossa carta política contém essa cláusula de abertura, o §2º do art. 5º, que teve seu sentido aclarado com a introdução do §3º do art. 5º - também cláusula de abertura -, que apesar de não ter encerrado de imediato as discussões acerca da posição hierárquico-normativa dos tratados internacionais, serviu de inspiração para interpretarmos o §2º, ensejando o reconhecimento da existência do bloco de constitucionalidade.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fenômeno da mutação constitucional é expressão de um poder de reforma, mas um poder de fato, que surge espontaneamente na vida constitucional dos Estados.

A mutação se realiza por um procedimento informal, cujas bases não estão lançadas na carta política, mas remonta à atividade interpretativa. É um fenômeno que não altera o texto constitucional na letra e na forma, modificando-o no significado, no alcance e no sentido.

Fica a cargo do aplicador do direito o exercício da atividade de interpretação, devendo realizá-la em concordância com os princípios fundamentais que embasam a Constituição.

Atribuiu-se ao STF a tarefa de modelar/interpretar o §2º do art. 5º, definindo o seu real significado, assim, essa Corte foi imprimindo sentido à norma de acordo com o contexto histórico de cada época.

A evolução jurisprudencial do STF no tocante ao tema da posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos demonstrou a mudança de postura desse Pretório Excelso, que rompeu com conceitos conservadores e, atualmente, caminha para a adoção de uma teoria mais moderna, qual seja a do bloco de constitucionalidade.

A mudança de orientação do Supremo foi influenciada pela globalização dos direitos humanos, que passaram a ser tratados em escala mundial, e não como uma questão de competência exclusiva da soberania dos Estados.

A visão relativizada do conceito de soberania, haja vista a máxima integração entre os Estados, contribuiu para que a Corte Constitucional brasileira sepultasse a tese da legalidade ordinária e conferisse posição privilegiada no ordenamento jurídico às normas internacionais de direitos humanos.

No Brasil, essa mudança de orientação foi paulatina, mesmo diante da implantação de uma nova ordem jurídica, com o advento da Constituição de 1988, que prevê em seu art. 4º a cooperação internacional e a prevalência dos direitos humanos como princípios orientadores do Estado e, em seu art. 5º, §2º, a assimilação de princípios erguidos internacionalmente, o país recusava-se a prestigiar os acordos firmados na esfera internacional em face das normas de direito interno.

Somente em 2008, no julgamento do RE 466.343-1, consolidou-se o entendimento de privilegiar os tratados internacionais de direitos humanos. Na ocasião surgiram duas teses que tratam da relação hierárquico-normativa dos tratados, a da supralegalidade e a do bloco de constitucionalidade.

Apesar da maioria dos ministros aderir à tese da supralegalidade, vimos em julgados mais recentes, como o HC 96.772-8, que o entendimento de conferir primazia à norma mais favorável ao ser humano, seja ela proveniente de direito interno ou de acordo internacional, leva a adoção da teoria do bloco de constitucionalidade, atribuindo-se aos acordos internacionais que versam sobre direitos humanos constitucionalidade material.

Reconhecer a teoria do bloco de constitucionalidade significa admitir que os princípios e normas que emanam de acordos internacionais possam ser acrescidos à nossa Constituição, nos exatos termos do §2º do art. 5º, que, a toda evidência, é cláusula de abertura do ordenamento à dimensão internacional.

Considerando que esses acréscimos se traduzem em direitos humanos, é forçoso consentir que se inserem no rol de direitos e garantias fundamentais, ou seja, no eixo temático do art. 60, §4º, IV, compondo as chamadas cláusulas pétreas, núcleo de matérias insuscetíveis de modificação.

As cláusulas pétreas são limites materiais expressos que têm por finalidade impedir reformas contrárias ao conteúdo elencado no art. 60, §4º, da CF, sendo elas: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação de Poderes e os direitos e garantias fundamentais.

Essas matérias correspondem àquelas imprescindíveis à configuração do Estado, ou seja, perfazem o núcleo da criação do Poder Constituinte Originário. Por se confundirem com o próprio espírito do ordenamento possuem o atributo da imutabilidade, evitando que a essencialidade do Estado se desnature por investidas políticas oportunistas.

Os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil e introduzidos em nosso ordenamento após a promulgação da Constituição de 1988 e antes da EC nº 45/2004, que prevê um procedimento específico para a assimilação desses tratados com o status de norma constitucional, o §3º do art. 5º, são na realidade cláusulas pétreas fora da Constituição, de sorte que são materialmente constitucionais, mas não estão inseridos formalmente em seu texto.

O §§2º e 3º do art. 5º são dispositivos de grande repercussão no ordenamento jurídico, pois fundamentando a existência do bloco de constitucionalidade e de cláusulas pétreas fora da Constituição conduz o Brasil a seguir à tendência mundial de integração, lançando as bases para o país se firmar como um Estado Constitucional Cooperativo.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Nádya de. **Direito Internacional Privado – Teoria e Prática brasileira**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 5 de outubro 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 11 julho de 2011.

_____. STF (Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.480-3/DF. Requerente: Confederação Nacional do Transporte e Confederação Nacional da Indústria. Relator: Ministro Celso de Melo, Brasília, 04 de setembro de 1997. Publicação: DJ 18-05-2001 EMENT VOL-2031-2. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083>>

_____. STF (Pleno). Habeas Corpus 72131/RJ. Paciente: Lairton Almagro Vitoriano da Cunha. Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, 23 de novembro de 1995. Publicação: DJ 01-08-2003 PP-00103 EMENT VOL-02117-40 PP-08650. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2884009/habeas-corpus-hc-72131-rj-stf>>

_____. STF (Pleno). Habeas Corpus 96.772-8/SP. Paciente: João Marcos Bachega. Relator: Celso de Melo, Brasília, 09 de junho de 2009. Publicação: DJe-157 DIVULG 20-08-2009 PUBLIC 21-08-2009 EMENT VOL-02370-04 PP-00811 RT v. 98, n. 889, 2009, p. 173-183. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14712898/habeas-corpus-hc-96772-sp-stf>

_____. STF (Pleno). Recurso Extraordinário 80004/SE. Recorrente: Belmiro da Silveira Goes. Recorrido: Sebastião Leão Trindade. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque, Brasília, 01 de junho de 1977. Publicação: DJ 29-12-1977 PP-09433 DJ 19-05-1978 PP-03468 EMENT VOL-01083-02 PP-00915 RTJ VOL-00083-03 PP-00809. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/703884/recurso-extraordinario-re-80004-se-stf>>

_____. STF (Pleno). Recurso Extraordinário 466.342/SP. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 03 de dezembro de 2008. Publicação: DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06PP-01106 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14716540/recurso-extraordinario-re-466343-sp-stf>>

_____. STF (Pleno). Recurso Extraordinário 349.703-1/RS. Recorrente: Banco Itaú S/A. Recorrido: Armando Luiz Sagabinazzi. Relator: Ministro Carlos Britto, Brasília, 03 de dezembro de 2008. Publicação: DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-04 PP-00675. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14716550/recurso-extraordinario-re-349703-rs-stf>>

BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito Constitucional ao alcance de todos**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Os fundamentos da Constituição**. 1ª Ed. Coimbra: Coimbra, 1991.

DAU-LIN, Hs'u. **Mutación de La Constitución**, Trad.Christian Förster, Pablo Lucas Verdú, Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

GUSMÃO, Hugo César Araújo de. **Uma reflexão sobre o exercício do Poder de Reforma da Constituição de 1988 à luz da análise do fenômeno de mutação constitucional**. In: Revista Jurídica *Verba Volant, Scripta Manent*. ANO IV: 106-124, 2008.

HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Trad. Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

JELLINEK, G. **Reforma y Mutación de la constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

LEAL, Saul Tourinho. **Controle de Constitucionalidade Moderno**. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

SIEYÈS. Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa – que é o terceiro estado?** Rio de Janeiro: Liber Jures, 1986.

PACE, Alessandro; VARELA, Joaquín. **La rigidez de las constituciones escritas**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

PIOVESSAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. 11º Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29º Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

VEGA, Pedro de. **La Reforma Constitucional y La Problemática Del Poder Constituyente**. Madrid: Tecnos, 2007.