

O DESMONTE SILENCIOSO DO MODELO ABERTO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS



SÍLVIA MARIA DA SILVEIRA LOUREIRO

Mestre em Direito pela Universidade de Brasília; Especialista em Direito Processual pelo Instituto Superior de Administração e Economia da Amazônia/Fundação Getúlio Vargas; Professora da Universidade do Estado do Amazonas e Advogada.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1.988, elaborada no contexto de uma nova tentativa de reconstrução do Estado Democrático de Direito no Brasil, trouxe mudanças que, sob diversos aspectos, a diferenciam de todos os textos magnos anteriores, a começar pela própria estrutura da Assembléia Nacional Constituinte e pela ausência de um texto oficial preexistente para orientar as votações.

Composta por seis instâncias graduais de triagem, a Assembléia Nacional Constituinte adotou um método de decantação das propostas parlamentares e populares recebidas, dos anteprojetos e dos projetos criados nas sucessivas etapas de tramitação dos trabalhos nas subcomissões, comissões temáticas, comissão de sistematização, comissão de redação, além de discussão e votação em dois turnos pelo plenário.

Assim, animada pelo espírito inovador de grande parte dos Deputados Constituintes, a Carta Política de 1.988 foi promulgada consagrando, logo no inciso III do artigo 1º, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil e, no inciso II do artigo 4º, a prevalência dos direitos humanos como princípio norteador de suas relações internacionais.

No Título II seguinte, conforme sua própria denominação prenuncia, a Carta Federal de 1.988 concentra as diversas categorias de *direitos e garantias fundamentais*, priorizando-os na sistemática do texto constitucional em relação às normas sobre organização do Estado e dos três Poderes, defesa do Estado e das instituições democráticas, tributação e orçamento, ordem econômica, financeira e social.

Nesse mesmo diapasão, é digno de nota que, divergindo dos textos constitucionais precedentes, os Deputados Constituintes aboliram a superada fórmula de *declarações de direitos* para nomear o referido Título

II, aderindo assim ao entendimento moderno de que não basta o mero enunciado de um rol de direitos constitucionalmente consagrados, mas é necessário, através das garantias constitucionais, assegurar o efetivo gozo e exercício destes direitos.

Outro aspecto de forma a ser observado é que, se antes os títulos e capítulos destinados às *declarações de direitos* eram abertos por disposições acerca dos vínculos de nacionalidade e de cidadania, o Título II da Carta vigente é encabeçado pelo capítulo que trata dos direitos e deveres do indivíduo enquanto ser humano (seja nacional, seja estrangeiro) e enquanto membro de uma coletividade.

Quanto à matéria contida nesse mesmo Título II e também dispersa ao longo do texto magno vigente, é considerável a amplificação do rol de direitos e garantias fundamentais constitucionalizados. Verifica-se que, além das liberdades individuais civis e políticas clássicas, foram alçados ao texto constitucional, como normas fundamentais, direitos sociais, econômicos, culturais e ao meio ambiente, envolvendo interesses coletivos e difusos, reconhecendo-se, inclusive, os direitos de inserção social e as garantias de defesa dos grupos de minorias vulneráveis. Do mesmo modo, foram instituídos mecanismos inéditos para a garantia dos mencionados direitos, como o mandado de injunção, o *habeas data* e o mandado de segurança coletivo, apenas para citar alguns exemplos.

Enfim, cumpre destacar para os fins deste estudo que, à redação da cláusula assecuratória de direitos e garantias fundamentais implícitos ou decorrentes do regime democrático ou dos princípios adotados pela Constituição Federal, presente no Constitucionalismo brasileiro desde a Carta Republicana de 1.891, foi acrescida a previsão da incorporação ao texto constitucional das normas de proteção aos direitos humanos constantes nos tratados internacionais em que o Estado brasileiro seja parte, *in verbis*:

“Art. 5º (*omissis*)

§2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Note-se que o referido modelo aberto de proteção dos direitos e garantias fundamentais, seguindo a tendência das constituições democráticas modernas européias e latino-americanas, foi inserido no texto da atual Carta de 1.988 a partir da proposta apresentada pelo Professor Antônio Augusto Cançado Trindade, em conferência proferida na Subcomissão de Direitos e Garantias Individuais, na audiência pública realizada no dia 29 de abril de 1.987 e, desde então, reproduzida, com pequenas alterações textuais, em todos os anteprojetos, substitutivos e projetos de Constituição apresentados durante a Constituinte de 1.987/1.988.

Nesse sentido, as normas incorporadas através dos tratados internacionais sobre direitos humanos, devidamente ratificados pelo Estado brasileiro, tornam-se normas de natureza materialmente constitucional, possuem o mesmo *status* que as demais normas constitucionais definidoras dos direitos e garantias fundamentais inseridos na Carta de 1.988 pelo Legislador Constituinte e desta paridade normativa resulta a natureza jurídica de normas constitucionais cogentes, de aplicabilidade direta e irreformáveis.

Porém, a prática constitucional trouxe novos desafios no plano da *realização constitucional*¹. No que tange particularmente ao modelo aberto de proteção dos direitos e garantias fundamentais, constata-se claramente que a jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do *Habeas Corpus* n. 72.131-1/RJ, em 23 de novembro de 1.995, resiste em admitir a aplicabilidade direta e imediata, como normas materialmente constitucionais, das normas incorporadas através da ratificação de tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. Prevalece nas teses majoritárias o entendimento no sentido da paridade normativa entre as leis ordinárias e os tratados internacionais, ainda que estes versem sobre direitos humanos, com base na suposta identidade entre os processos legislativos para a aprovação destas espécies normativas distintas.

Assim, de acordo com o entendimento consolidado, para que um tratado internacional pudesse ter força de emenda constitucional seria necessário que este fosse aprovado em dois turnos, por três quintos de votos, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ou seja, nos mesmos moldes do processo

legislativo de uma emenda à Constituição previsto no artigo 60 da Constituição Federal.

Enquanto se consolidava este entendimento na Supremo Tribunal Federal, apoiado quase unanimemente pela doutrina, o Congresso Nacional fazia tramitar, no âmbito da chamada Reforma do Poder Judiciário², uma proposta obscura que promoveria um verdadeiro desmonte do modelo aberto de proteção dos direitos e garantias fundamentais. Ao acrescentar um parágrafo 3º ao artigo 5º o Legislador ordinário, investido de mero poder reformador, molda o texto constitucional à interpretação assentada pela Corte Suprema, desvirtuando completamente o sentido e o alcance do deste normativo. Enfim, no dia 08 de dezembro de 2.004, após mais de uma década de tramitação no Congresso Nacional, foi promulgada a Emenda Constitucional n. 45 que, dentre outras alterações e acréscimos ao texto constitucional, determinou no seu artigo 1º que o artigo 5º da Constituição Federal de 1.988 passa a vigorar com a seguinte redação³:

“Art. 5º (*omissis*)

§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.”

Posta assim preliminarmente a questão, o presente estudo objetiva precisamente o exame desse novo parágrafo 3º do artigo 5º e suas repercussões no modelo aberto de proteção dos direitos e garantias fundamentais, já que a parte final do parágrafo 2º do mencionado artigo não foi revogada pela mencionada Emenda Constitucional n. 45/2004.

Para tanto, esta análise será desenvolvida em três seções principais. Primeiramente, será estudado o processo de Reforma do Poder Judiciário, buscando-se em fontes primárias as possíveis motivações para a inserção do parágrafo 3º no artigo 5º da Constituição. Em seguida, as questões suscitadas na seção anterior serão retomadas sob o enfoque dos elementos estático e dinâmico das constituições para indagar-se sobre a constitucionalidade da mudança introduzida pelo citado parágrafo 3º do artigo 5º. Finalmente, na terceira seção, será debatida a compatibilidade do processo de incorporação de tratados internacionais com as formalidades do processo de emendas a Constituição, imposta pelo parágrafo em comento.

Em análise última, propõe-se uma reflexão sobre os valores originariamente consagrados na Constituição Federal de 1.988 para proteção dos direitos e garantia fundamentais e o choque destes com os valores

prevalecentes de fato, evidenciado na nova sistemática de incorporação de tratados internacionais sobre direito humanos definida pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

1. O TRÂMITE DA PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL PARA A REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO

Em 29 de março de 1.992, o Deputado Federal Hélio Bicudo apresentou à Mesa da Câmara dos Deputados a Proposta de Emenda à Constituição – PEC n. 096/92 com o intuito de introduzir amplas modificações na estrutura do Poder Judiciário, alterando o disposto nos artigos 93, 94, 95, 101, 102, 104, 105, 107, 111, 112, 113, 115, 122, 123, 124, 125 e 128 da então recém promulgada Constituição Federal.

Após ter aprovada sua admissibilidade perante a Comissão de Constituição e Justiça e de Redação – CCJR, para a PEC em referência foi nomeado o Deputado Luiz Carlos Santos como relator. Em seguida, no dia 12 de agosto do mesmo ano, o parecer emitido pelo referido relator foi aprovado por unanimidade por aquela Comissão. Todavia, passado esse impulso inicial, a Proposta em comento sofreu, entre os anos de 1.993 e 1.995, vários arquivamentos, sendo inclusive prejudicada pelo andamento do processo de revisão constitucional, até que, finalmente, em 13 de abril de 1.995, a PEC 096/92 foi desarquivada a pedido do seu autor.

Logo em seguida, foi constituída uma Comissão Especial para sua apreciação e, já no âmbito desta Comissão, foi nomeado como relator o Deputado Jairo Carneiro, o qual, após o exame de algumas emendas recebidas, emitiu parecer favorável à proposta de emenda constitucional, apresentando um substitutivo.

Vale mencionar que a esta Proposta de Emenda Constitucional foi pensada, nesta etapa, a proposta de criação do sistema de controle externo do Poder Judiciário (PEC n. 112/95) que, por si só, já desencadeou enorme polêmica no meio jurídico brasileiro.

Decorridos três anos sem avanços significativos na apreciação da matéria, e após novo arquivamento, o processo de emenda constitucional volta a tramitar, sendo pensadas aos autos outras propostas relacionadas diretamente com o tema da reforma do Poder Judiciário, a saber: PECs n. 127/95, sobre o aumento para setenta e cinco anos da idade da aposentadoria compulsória; n. 215/95, sobre regras especiais para a aposentadoria de mulheres membros da magistratura; n. 368/96, sobre o deslocamento para a competência da Justiça Federal para o julgamento de

crimes contra os direitos humanos e n. 500/97, sobre a instituição de efeito vinculante das decisões judiciais.

Nesta fase, foi nomeado como relator o Deputado Aloysio Nunes Pereira e, por conseguinte, foi aberto prazo para a apresentação de outras emendas e findo este prazo, com a apresentação de mais quarenta e cinco emendas, o relator apresentou substitutivo, aprovando a PEC 096/92 e as demais propostas apenas e, parcialmente, a emendas apresentadas.

Em 11 de agosto de 1.999, a Proposta em curso foi novamente redistribuída, desta feita, à Deputada Zulaiê Cobra Ribeiro, optando a Comissão Especial por designar também sub relatorias para as seguintes áreas setoriais: estrutura e competência do Supremo Tribunal Federal e da Justiça Federal; fiscalização e controle do Poder Judiciário; súmulas vinculantes; acesso à justiça e direito à sentença, e, finalmente, direitos, garantias e disciplina dos magistrados, Tribunais e juízes especiais.

Ocorre, porém, que, no bojo desta vastíssima reforma do Poder Judiciário, surge, no substitutivo apresentado pela Relatora Zulaiê Cobra Ribeiro, o seguinte dispositivo, a ser acrescentado ao artigo 5º da Carta vigente:

“§3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais, **condicionada à aplicação pela outra parte.**” (destacou-se).

Do exame dos autos da proposta de emenda em estudo, infere-se que o dispositivo acima transcrito foi incluído no substitutivo da Relatora, muito provavelmente, por meio de sugestão encaminhada àquela relatoria, reforçado tal entendimento pelas seguintes evidências:

- a) Em primeiro lugar, a proposta de emenda constitucional original não previa a alteração ou inclusão de nenhum dos dispositivos do artigo 5º, restringindo-se aos artigos referentes ao Poder Judiciário;
- b) Em segundo lugar, na consulta realizada aos volumes de emendas apresentadas perante a Comissão Especial não foi encontrada qualquer emenda parlamentar no sentido de promover modificações na redação do artigo 5º, ainda que tivesse sido rejeitada, total ou parcialmente;
- c) Ademais, o primeiro substitutivo apresentado com base nas emendas acima referidas – PEC n. 096/92-A – manteve a mesma matéria de mérito da proposta de emenda constitucional originária;

- d) Enfim, quando o projeto foi redistribuído para a relatoria da Deputada Zulaiê Cobra Ribeiro, não havia mais prazo para apresentação de emendas parlamentares, no entanto, consoante com o que consta do relatório, “a Comissão abriu prazo para discussão e recebimento de sugestões, com vistas à elaboração do parecer”.

É válido esclarecer que a consulta às emendas parlamentares oferecidas no âmbito da Comissão Especial para o exame da proposta de Reforma do Poder Judiciário foi feita diretamente nos volumes encadernados desta parte inicial do processo, no Setor de Arquivo da Câmara dos Deputados, uma vez que as referidas emendas não foram publicadas no Diário da Câmara dos Deputados.

Constatada a inclusão do dispositivo em foco apenas no substitutivo apresentado pela Relatora, julgou-se desnecessário prosseguir no exame das emendas parlamentares oferecidas em Plenário, disponíveis na Mesa da Câmara dos Deputados.

Finalmente, cumpre registrar a obscuridade que envolve o normativo em apreço. Encoberto por uma massa de discussões sobre temas completamente discrepantes, não há registro de nem uma linha sequer de debate a respeito deste parágrafo 3º que veio dar uma nova feição ao modelo aberto de proteção dos direitos e garantias fundamentais. Trata-se, portanto, de um dispositivo praticamente clandestino no texto da Reforma do Poder Judiciário, pois no mencionado relatório não há qualquer registro a respeito da inclusão desse novo parágrafo 3º ao artigo 5º, seja quanto à procedência desta proposta, seja quanto a sua justificativa e discussão do seu texto.

Diante deste fato, após cautelosa reflexão e com fundamento nos dados coletados, transparece que o mencionado dispositivo inserido pelo substitutivo da Relatora, tal como outros constantes do mesmo substitutivo e expressamente justificados no respectivo relatório, decorre da influência do entendimento jurisprudencial consolidado nas teses majoritárias do Supremo Tribunal Federal.

Sendo assim, o Supremo Tribunal Federal, desde o julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004, em 1.977⁴, afirma a paridade normativa entre as leis ordinárias e os tratados internacionais. Este Recurso Extraordinário versava sobre a controvérsia entre a Lei Uniforme de Genebra sobre Letra de Câmbio e Nota Promissória, ratificada pelo Brasil e o posteriormente editado Decreto Lei n. 427/69, que instituiu a obrigatoriedade de registro de nota promissória em repartição pública, sob pena de nulidade, condição esta que não estava previsto como requisito de validade daquela cambial na lei genebrina. Prevalendo o direito interno brasileiro, este acórdão alterou totalmente a jurisprudência anterior da Corte

Suprema, ainda que esta reconhecesse as conseqüências internacionais do descumprimento das obrigações assumidas através de um tratado.

Esse mesmo entendimento voltou a ser reproduzido no julgamento do *Habeas Corpus* n. 72.131, em 23 de novembro de 1.995⁵, quando o Plenário do Supremo Tribunal Federal reafirma a paridade normativa entre leis ordinárias e tratados internacionais ainda que estes versem sobre normas de proteção internacional dos direitos humanos, como *in casu*, a aparente contradição entre o inciso LXVII do artigo 5º da Constituição Federal e o parágrafo 7º do artigo 7º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos na questão da prisão civil do depositário infiel em contratos de alienação fiduciária em garantia.

Finalmente publicado em 1º de agosto de 2.003, a íntegra do acórdão acima referido permite analisar que, desde então, na parte final do voto do Ministro Moreira Alves suscitava-se a idéia da necessidade de um processo formal de emenda à constituição para que um tratado internacional viesse a ter força normativa constitucional, esvaziando, através deste e de outros argumentos, o sentido da parte final do parágrafo 2º do artigo 5º, conforme se passa a transcrever:

“Por fim, nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária a Convenção de San José da Costa Rica, por estabelecer, no §7º do seu artigo 7º. Que ‘Ninguém ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar’. **Com efeito, é pacífico na jurisprudência desta Corte que os tratados internacionais ingressam em nosso ordenamento jurídico tão somente com força de lei ordinária** (o que ficou mais evidente em face de o **artigo 105, III** da Constituição que capitula, como caso de recurso especial a ser julgado pelo Superior Tribunal de Justiça como ocorre com relação à lei infraconstitucional, a negativa de vigência de tratado ou a contrariedade a ele), **não se lhes aplicando quando tendo eles integrado nossa ordem jurídica posteriormente à Constituição de 1.988, o disposto no artigo 5º, §2º, pela singela razão de que não se admite emenda constitucional realizada por maio de ratificação de tratado.** Sendo, pois, mero dispositivo legal ordinário esse §7º do artigo 7º da referida Convenção não pode restringir o alcance das exceções previstas no artigo 5º, LVII⁶ da nossa atual Constituição (e note-se que essas exceções se sobrepõem ao direito fundamental do devedor em não suscetível de prisão civil o que implica

em **verdadeiro direito fundamental dos credores** de dívida alimentar e de **depósito convencional** ou necessário), até para o efeito de revogar por interpretação inconstitucional de seu silêncio no sentido de não admitir o que a Constituição brasileira admite expressamente, as normas sobre a prisão civil do depositário infiel, e isso sem ainda se levar em consideração que, **sendo o artigo 7º, §7º, dessa Convenção norma de caráter geral**, não revoga ele o disposto, em legislação especial, como é a relativa à alienação fiduciária em garantia, no tocante à sua disciplina do devedor como depositário necessário, suscetível de prisão civil se se tornar depositário infiel. E a tudo o já dito se pode, também, acrescentar que este §7º deve ser interpretado com a prudente ressalva constante do **§2º do mesmo artigo 7º** dessa Convenção que estabelece, sem distinção prisão penal de prisão administrativa ou de prisão civil que “ninguém pode ser privado de sua liberdade física SALVO PELAS CAUSAS E NAS CODIÇÕES PREVIAMENTE FIXADAS PELAS CONSTITUIÇÕES POLÍTICAS DOS ESTADOS-PARTES OU PELAS LEIS DE ACORDO COM ELAS PROMULGADAS.” (destacou-se)

Após a fixação deste entendimento em Plenário, nos acórdãos proferidos pela Primeira Turma, sob a relatoria do Ministro Moreira Alves, particularmente nos Recursos Extraordinários n. 253.071-9/GO e n. 307.571-3/MG, repete-se, com clareza, a idéia do dispositivo a ser introduzido pelo pacote de reformas do Poder Judiciário, através do parágrafo 3º do artigo 5º, com a certeza de sua aprovação.

Válido é transcrever parte da Ementa dos mencionados Recursos Extraordinários, extraída de trechos do voto do citado Ministro Relator, idêntica em ambos os julgados:

“É de observar-se, por fim, que o §2º do artigo 5º da Constituição não se aplica aos tratados internacionais sobre direitos e garantias fundamentais que ingressaram em nosso ordenamento jurídico após a promulgação da Constituição de 1.988, e **isso porque ainda não se admite tratado internacional com força de emenda constitucional**”. (destacou-se).

Ora, diante desses argumentos, revela-se o distanciamento entre os valores defendidos pelo intérprete máximo da Constituição e pelo Legislador Constituinte ao se dar prevalência ao *direito fundamental dos credores de depósito convencional* em detrimento do direito fundamental de liberdade dos devedores destas obrigações de natureza civil. Originariamente, a Carta de 1.988 estabeleceu regimes jurídicos diferentes para os tratados internacionais clássicos ou tradicionais que versem sobre relações

ente Estatais e/ou organizações internacionais e para os tratados internacionais sobre proteção dos direitos humanos. Este último tem sede constitucional própria, na parte final do parágrafo 2º do artigo 5º, dado às características especiais destes instrumentos internacionais de proteção e às conseqüências jurídicas resultantes do ato de ratificação pelo Brasil.

Dessa forma, como é possível conceber uma norma constitucional da envergadura da cláusula final do parágrafo 2º do artigo 5º ser tratada nos moldes das disposições constitucionais transitórias inserida apenas para regulamentar situações constitucionais pretéritas, ainda mais quando é sabido que os principais instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, foram ratificados pelo Brasil após a promulgação da Constituição Federal de 1.988⁷.

A levar a sério tal argumento, poder-se-ia afirmar então que os poucos tratados ratificados pelo Brasil antes de 1.988, como por exemplo, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (ratificada em 27/03/1.968), a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (ratificada em 1º/02/1.984) e a Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulheres (ratificada em 13/08/1.963) incorporam normas internacionais de proteção dos direitos humanos com o mesmo *status* de normas constitucionais fundamentais.

Ademais, se a Constituição Federal não menciona a necessidade de um processo de emenda para a incorporação de tratados internacionais sobre direitos humanos com *status* de normas constitucionais, seja nas competências dos Poderes Executivo e Legislativo, seja no próprio artigo 60 que trata deste tipo de processo legislativo, nada autorizaria exigí-lo, sobretudo diante da disposição final do parágrafo 2º do artigo 5º.

Inobstante, contudo, em 18 de novembro de 1.999, a Comissão Especial da Câmara dos Deputados aprovou o substitutivo, alterado por destaques, da Deputada Zulaiê Cobra Ribeiro.

Note-se que a redação final do primeiro turno de votação na Câmara Federal, dada a PEC n. 096/92-B, modificou o parágrafo 3º a ser adicionado no artigo 5º apenas no sentido de retirar-lhe a aberrante parte final do dispositivo, a qual, conforme transcrito e destacado acima, condicionava a aplicação dos tratados internacionais sobre direitos humanos, multilaterais em regra, à reciprocidade. Ora, este instituto é peculiar aos tratados internacionais clássicos que regulam os interesses inter-estatais. Nos tratados internacionais sobre direitos humanos, por sua vez, predomina a idéia de *ordre public*, com obrigações *erga omnes*⁸.

Saliente-se, ademais, que da redação do vencido em primeiro turno (PEC n. 096/92-C), passando pela redação para o segundo turno de votação (PEC n. 096/92-D) e após a redação final dada pela votação em segundo turno (PEC n. 096/92-E), até sua remessa ao Senado Federal, em 30 de junho de 2.000 (renumerada como PEC n. 29/00), o texto do parágrafo 3º em destaque não sofreu nenhuma outra alteração, nem tampouco foi registrada qualquer discussão a respeito.

No Senado Federal, a proposta de emenda constitucional sob enfoque foi relatada pelo Senador Bernardo Cabral, na Comissão de Constituição e Justiça, o qual manteve no texto aprovado, em 28/11/2.001, a redação do parágrafo 3º do artigo 5º sem alterações e sem comentários.

Dá em diante o quadro é o mesmo, da preparação para o primeiro turno de discussão e votação no Plenário desta Casa até o texto básico da Reforma do Poder Judiciário, constante da Emenda n. 240-CCJ, que foi aprovado em 07/07/2.004, na forma de substitutivo apresentado pelo novo Relator, Senador José Jorge, o parágrafo 3º do artigo 5º proposto constava como item passível de ir à promulgação, após a aprovação em segundo turno, mantida a mesma redação, o que de fato ocorreu em 08/12/2.004.

Portanto, ainda que fossem relevados todos os aspectos de mérito da inserção do parágrafo em questão, não se promoveu, no contexto desta Reforma, uma única sessão de discussão séria e atenta a respeito do sistema constitucional de integração entre as normas provenientes dos tratados internacionais de direitos humanos e a Constituição Federal de 1.988. O Congresso Nacional, envolvido no debate da verdadeira matéria de fundo da proposta de Reforma do Poder Judiciário, perde, mais uma vez, a oportunidade para o aperfeiçoamento da mecânica de integração entre os planos nacional e internacional na questão dos direitos humanos. Lamentavelmente, aproveitou-se a oportunidade, sim, para promoção de um verdadeiro desmonte silencioso do modelo aberto de proteção dos direitos e garantias fundamentais.

2. OS ELEMENTOS ESTÁTICO E DINÂMICO NAS CONSTITUIÇÕES

Ao iniciar-se esta segunda seção é necessário ter-se em conta que, nas palavras de Uadi bulos:

“(…) a vida constitucional dos Estados desenvolve-se perante dois elementos, aparentemente contraditórios: o estático e o dinâmico. O elemento estático consigna uma exigência indispensável à segurança jurídica, e

evitando, ao menos em tese, a instabilidade institucional, procura salvaguardar os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana; o elemento dinâmico propicia a adequação das constituições às exigências do progresso, da evolução e do bem-estar social.”⁹

Consoante consignado na seção precedente, a idéia de condicionar à aprovação por três quintos de votos em dois turnos de discussão e votação nas duas Casas do Congresso Nacional para obter-se reconhecimento do *status* de normas materialmente constitucionais daquelas normas incorporadas por intermédio da ratificação de tratados internacionais sobre direitos humanos foi lançada através de interpretação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

Nesta primeira etapa da presente seção busca-se compreender, por conseguinte, os limites desta forma de mutação constitucional, manifestada através do elemento dinâmico das Constituições.

O elemento dinâmico presente nas Cartas rígidas, como a Constituição Federal de 1.988, pode ser entendido, segundo Uadi Bulos, como elemento propiciador do:

“(…) redimensionamento da realidade normativa, onde as constituições, sem revisões ou emendas, assumem significados novos, expressando uma temporalidade própria, caracterizada por um renovar-se, um refazer-se de soluções, que, muitas vezes, não promanam de reformas constitucionais.”¹⁰

Ainda de acordo com o mencionado autor, o elemento dinâmico, manifestado por meio de uma espécie de *poder constituinte difuso*, consiste,

“(…) num componente necessário para as *mudanças informais* das constituições, as quais, diferentemente do processo formal de alteração, não se revestem em moldes, limites expressos ou requisitos específicos, arrolados pelo legislador constituinte”.¹¹

Esse fenômeno decorrente de um meio difuso e informal de modificação dos textos constitucionais, sem que se altere uma palavra sequer no texto original, denomina-se mutação constitucional e pode ser desencadeado, ao longo do tempo, por intermédio da interpretação dos Tribunais, da construção jurisprudencial, dos usos e costumes, bem como da interferência de grupos de pressão, dentre diversos outros vetores.

Dentre as inúmeras modalidades de mutação constitucional, destaca-se para os fins do presente estudo a mutação constitucional *inconstitucional*

decorrente da interpretação da Carta Política pelos Tribunais por impulso de grupos de pressão.

Ainda uma vez, citando Uali Bulos,

“Diferenciados em cada sociedade, mas sempre atuantes, os grupos de pressão não são fenômenos estranhos à ordem constitucional.

Quando se aliam em defesa de determinadas posições, exercem forte influência sobre os poderes públicos, dentre os quais, vale destacar, o órgão jurisdicional, a quem compete dizer do direito, naqueles conflitos de interesse qualificados por uma pretensão resistida.

Ao exercer a jurisdição constitucional, portanto, o Judiciário interpreta a Constituição e, nesse mister, existe a possibilidade de atribuir à letra da *Lex Legum* novos sentidos, conteúdos ainda não ressaltados, mudando a substância dos comandos prescritos pelo legislador, sem afetar-lhe a forma.”¹²

Como se trata de um processo informal, difícil é encontrar os limites para a atuação deste poder constituinte difuso que provoca as mutações constitucionais. Mas,

“(…) se o ato interpretativo desvirtuar a letra das normas que embasam a Constituição, quebrando a juridicidade dos princípios informadores da ordem constituída, estamos diante de mutações inconstitucionais.

As mutações inconstitucionais destroem a vida dos preceptivos constitucionais idealizados por obra de um poder incondicionado cujo reflexo incide sobre todo o ordenamento jurídico. Os efeitos provocados por estas deformações variam em grau e em profundidade e podem contrariar a Carta Suprema em maior ou em menor extensão, sem mudar a letra de suas normas.”¹³

Portanto, diante dos fundamentos expostos no voto e nas ementas dos acórdãos anteriormente transcritos, não resta dúvidas quanto à inconstitucionalidade da interpretação conferida à parte final do parágrafo 2º do artigo 5º Da Constituição Federal pelo Supremo Tribunal Federal.

Examinando-se, em seguida, o elemento estático, nota-se que, consoante a doutrina constitucionalista, as constituições, de acordo com o critério da estabilidade, podem ser consideradas flexíveis, semi-rígidas e rígidas. As primeiras, constituições flexíveis, são aquelas que podem ser livremente modificadas pelo legislador, de acordo com o procedimento de elaboração de leis ordinárias. As constituições semi-rígidas, tal como a Constituição imperial brasileira de 1.824, é aquela

que contém preceitos constitucionais inalteráveis e o restante do texto modificável livremente. Rígidas, por sua vez, são as constituições que são modificáveis somente através de processos formalmente previstos pelo legislador originário, mais complexos que aqueles determinados para a elaboração das leis ordinárias.

Seguindo a tradição das constituições republicanas brasileiras, a Constituição Federal de 1.988 adotou a técnica da rigidez constitucional, como garantia da estabilidade do seu texto, alcançando até mesmo, em relação a determinadas matérias, a super rigidez, por meio do estabelecimento de cláusulas imodificáveis.

O principal corolário da técnica da rigidez constitucional é a determinação da supremacia formal do texto da Constituição em face das demais espécies normativas do ordenamento jurídico e desta posição hierárquica suprema defluem outros aspectos basilares, a saber:

O primeiro, é a distinção entre o poder constituinte originário e os poderes constituídos; o segundo, é a indelegabilidade das competências constitucionalmente estabelecidas; outro é a possibilidade de arguição da inconstitucionalidade de leis e outros atos normativos e, por fim, o estabelecimento de procedimentos especiais complexos para a reforma do texto constitucional.

Em consonância com as demais cartas políticas brasileiras, a Carta de 1.988 faz distinção entre duas modalidades de manifestação do poder reformador: a primeira é através do processo de Revisão Constitucional, previsto no artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e a segunda é por meio do processo legislativo de emenda à Constituição, estabelecido no artigo 60 do texto constitucional¹⁴.

A distinção entre ambos é assim definida por Edvaldo Brito:

“Esta distinção, a técnica constitucional faz, tanto pela importância dos dispositivos visados pela reforma (*emenda* os menos importantes, *revisão*, os mais), como, pela extensão (*emenda* abrange um campo menor, localizado; *revisão*, um maior).”¹⁵

Ambas modalidades desse poder de reforma, porém, são a expressão do poder constituinte derivado, sujeitas, portanto, às limitações impostas pelo Legislador Constituinte originário.

Quanto à previsão de revisão constitucional (artigo 3º do A.D.C.T.), esta sujeitou-se aos mesmos óbices de natureza material e circunstancial das emendas à Constituição, a seguir examinados, todavia, seu procedimento é mais simplificado, ou seja, para a aprovação das Emendas Constitucionais de Revisão

era necessária apenas a maioria absoluta dos votos dos membros do Congresso Nacional, reunidos em sessão unicameral. Parte da doutrina observa que o prazo de cinco anos, a partir da data da promulgação da Constituição, necessário para se efetivar o processo de revisão constitucional seria uma limitação de ordem temporal. No entanto, como se trata de norma transitória, sua aplicação exauriu sua vigência, não havendo mais possibilidade de ser reformar a Constituição por este processo, subsistindo apenas o processo legislativo de emenda, dentro dos limites formais, temporais, circunstanciais e materiais impostos, implícita ou explicitamente pelo constituinte originário.

No caso das emendas constitucionais, a doutrina aponta, no Texto de 1.988, limitações de natureza formal, circunstancial e material.

As primeiras, limitações formais, estão relacionadas com o processo estabelecido pela Constituição para a apresentação, votação e aprovação de dos projetos de emendas constitucionais (artigo 60, *caput* e parágrafos 2º, 3º e 5º). As limitações circunstanciais referem-se à vedação de se emendar a Constituição na vigência de intervenção federal, estado de defesa ou de sítio, como forma de proteger a integridade constitucional em momentos de instabilidade institucional (artigo 60, parágrafo 1º). Por fim, as limitações materiais, que estabelecem um núcleo constitucional imutável, estão expressamente previstas no parágrafo 4º do artigo 60, *in verbis*:

Art. 60. (*omissis*)

(*omissis*)

§4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda **tendente a abolir**:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.”
(destacou-se)¹⁶

É possível identificar, ainda, conforme a lição de José Afonso da Silva, limitações materiais implícitas ao poder de emenda à Constituição, a saber:

“Quanto às *limitações materiais implícitas ou inerentes*, a doutrina brasileira as vinha admitindo, em termos que foram bem expostos por Nelson de Sousa Sampaio. Há, no entanto, uma tendência a ampliar as hipóteses de limitações materiais expressas que, por certo, tem a consequência de não mais reconhecer-se a possibilidade de limitações materiais implícitas. É caso, por exemplo, da Constituição portuguesa

que arrolou como limites materiais de sua revisão enorme relação de matérias (art. 188). Assim também, quando a Constituição Federal enumera matérias de direitos fundamentais como insuscetíveis de emendas, há de se tomar essa postura como inadmitindo hipóteses de limitação implícita. Todavia, das quatro categorias de normas constitucionais que, segundo Nelson de Sousa Sampaio, estariam implicitamente fora do alcance do poder de reforma, as três seguintes ainda nos parece que o estão, por razões lógicas, como sejam: se pudessem ser mudadas pelo poder de emenda ordinário de nada adiantaria estabelecer vedações circunstanciais ou materiais a esse poder. São elas:

(1) ‘as concernentes ao titular do poder constituinte’, pois uma reforma constitucional não pode mudar o titular do poder que cria o próprio poder reformador;

(2) ‘as referentes ao titular do poder reformador’, pois seria deplacável que o legislador ordinário estabelecesse novo titular de um poder derivado só da vontade do constituinte originário;

(3) ‘as relativas ao processo da própria emenda’, distinguindo-se quanto à natureza da reforma, para admiti-la quando se tratar de tornar mais difícil seu processo, não aceitando quando vise a atenuá-lo.”¹⁷

Em suma, conforme anteriormente afirmado, a técnica da rigidez constitucional é apenas um artifício técnico-formal introduzido para que seja conferida maior estabilidade ao texto constitucional. Assim sendo, nas Cartas rígidas, o elemento estático proporciona às normas constitucionais sua imutabilidade, seja ela absoluta, através do estabelecimento de cláusulas constitucionais super rígidas, inalteráveis (inscritas no parágrafo 4º do artigo 60 acima transcrito), seja ela relativa, através de processos de mutação com limitações, formalmente estabelecidos pelo próprio constituinte originário. Esta imutabilidade relativa, por conseguinte, proporciona modificações através da atuação de um poder constituinte de segundo grau nos processos complexos de reforma da Constituição.

Isso posto, é de duvidosa constitucionalidade a Emenda Constitucional n. 45/2004, no que tange, particularmente, à inclusão do parágrafo 3º no artigo 5º da Carta Federal de 1.988, modificando totalmente a mecânica de incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos ao ordenamento jurídico brasileiro através do modelo aberto de proteção dos direitos e garantias fundamentais.

Por um lado, com a inserção deste novo parágrafo, *tende-se a abolir* o regime jurídico constitucional especial dos tratados internacionais sobre direitos humanos. Diz-se *tende-se a abolir* porque a cláusula final do parágrafo 2º do artigo 5º não foi revogada pela Emenda Constitucional n. 45, porém, a partir de sua entrada em vigor os tratados internacionais que vierem a ser ratificados em matéria de direitos humanos, passam a ter *status* de leis ordinárias, conforme já consignava a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Assim, para adquirir aquela paridade normativa prevista originariamente pelo Constituinte de 1.987/1.988 os tratados internacionais em questão terão que ser submetidos ao Congresso Nacional nos moldes das propostas de emenda à Constituição, o que sem dúvida é um procedimento mais complexo.

Por outro lado, o que dizer a respeito dos tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil entre 05/10/1.988 e 08/12/2.004? A prevalecer a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com a inclusão do mencionado parágrafo 3º no artigo 5º da Carta de 1.988, fica desautorizado qualquer entendimento no sentido de conferir-lhes *status* de normas materialmente constitucionais fundamentais, pois estes tratados foram aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em apenas um turno de discussão e votação, com *quorum* simples. Logo, são equivalentes, segundo este entendimento, a leis ordinárias.

Foi *abolida*, portanto, do texto constitucional vigente a categoria dos direitos e garantias fundamentais incorporadas por meio da ratificação de tratados internacionais já devidamente aprovados pelo Brasil, até que estes mesmo tratados sejam reenviados para o Congresso Nacional para aprovação ou não - o que é mais preocupante - nos moldes do novo parágrafo 3º do artigo 5º.

A seguir, são relacionados, exemplificativamente, alguns dos mencionados tratados ratificados após a entrada em vigor da Carta de 1.988:

- ⇒ Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura – 25/07/1989;
- ⇒ Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos, Cruéis, Desumanos ou Degradantes – 28/09/1989;
- ⇒ Convenção sobre Direitos da Criança – 24/09/1990;
- ⇒ Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos – 24/01/1992;
- ⇒ Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – 24/01/1992;
- ⇒ Convenção Americana de Direitos Humanos – 25/09/1992;

- ⇒ Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – 27/11/1995;
- ⇒ Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte – 13/08/1996;
- ⇒ Protocolo à Convenção Americana referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – 21/08/1996;

Certamente, trata-se de um retrocesso odioso, discrepante dos textos de todas as Constituições modernas verdadeiramente assecuratória da proteção dos direitos e garantias fundamentais. Apenas para citar um exemplo próximo da realidade brasileira, observe-se o que dita o parágrafo 2º, do inciso 22 do artigo 75 da Constituição Argentina em sua nova redação:

“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 e Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; La Convención Interamericana 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 Cruelles, 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, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.”

Embora estabeleça um rol fechado de tratados internacionais protegidos pela paridade hierárquica com normas constitucionais fundamentais, a Constituição Argentina limitou o poder de denúncia de ditos tratados, retirando-o da esfera de discricionariedade do Poder Executivo. No Brasil, originariamente, era louvável a abertura que se dava a esta cláusula de integração entre os planos nacional e internacional. Porém, com a reforma em comento, além de se impor óbices procedimentais à sua aprovação equivalentes à emendas, o Congresso Nacional perde, cegamente, mais uma oportunidade de limitar o poder discricionário de denuncia do Presidente da República.

3. A INCOMPATIBILIDADE DO PROCESSO DE INCORPORAÇÃO DE TRATADOS INTERNACIONAIS COM O PROCESSO DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO

Esta seção, visa debater, enfim, a aplicação do novo parágrafo 3º do artigo 5º, questionando-se a compatibilidade entre o processo de incorporação de tratados internacionais e o processo de emenda à Constituição.

Em face deste apego exacerbado a um procedimento formal para incorporação de direitos e garantias fundamentais provenientes de tratados internacionais, um raciocínio, a contrario sensu pode concluir que ao reformular a mecânica do modelo aberto previsto na parte final do parágrafo 2º do artigo 5º, a inclusão de um parágrafo 3º ao mesmo artigo, nos termos acima assinalados, vem a afirmar, por via transversa, que o entendimento consoante com o verdadeiro espírito da Carta de 1.988 é aquele que defende a aplicabilidade direta e imediata das normas constantes nos referidos tratados como normas materialmente constitucionais, bastando para tanto que o Brasil seja parte.

Em outras palavras, simplesmente, se as formalidades impostas pelo novo parágrafo 3º do artigo 5º fossem válidas e legítimas para a incorporação dos tratados internacionais sobre direitos humanos, estas teriam sido previstas originariamente pelo Legislador Constituinte, seja no próprio texto do parágrafo 2º do artigo 5º, seja na competência constitucional estabelecida para o Poder Legislativo para ratificar tratados, prevista em um inciso específico do artigo 49, ou seja, ainda, no processo legislativo de emenda à Constituição previsto no artigo 60..

Note-se, ademais, que em nenhum momento o legislador constituinte cogitou em exigir para a aplicabilidade dos tratados internacionais clássicos na ordem jurídica brasileira, a edição de leis ordinárias. Muito menos exigiu o legislador constituinte originário, para a categoria específica dos tratados internacionais sobre direitos humanos, um processo semelhante ao de emenda à Constituição para sua aplicabilidade como norma de *status* constitucional fundamental.

Ao contrário, o Legislador Constituinte dispôs, conforme já salientado na seção precedente, no caso dos tratados internacionais sobre direitos humanos, um regime jurídico especial para sua incorporação, previsto nos parágrafos 1º e 2º do artigo 5º da Carta vigente, não

cabendo ao Legislador Constituinte Derivado impor-lhe restrições, sendo esta uma das razões pelas quais sustentou-se a inconstitucionalidade do mencionado normativo constante do artigo 1º da Emenda Constitucional n. 45/2004

Diante da realidade dos fatos, porém, resta saber como será viabilizada a aplicação deste novo dispositivo. Afigura-se-nos que duas são as possibilidades:

Em primeiro lugar, tendo em vista a interpretação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal que menciona claramente o processo de emenda à Constituição, poderia ser formulada a hipótese de que um tratado internacional deveria primeiramente ser aprovado pelo Congresso Nacional e ratificados pelo Presidente da República, para em seguida serem levados novamente à apreciação do Congresso Nacional sob a forma de proposta de emenda à Constituição.

Figure-se, por exemplo, que, após longos anos de negociação de uma convenção internacional sobre direitos humanos, o Poder Executivo decida assiná-la. Assumido este compromisso na ordem internacional, o texto da convenção seria enviado ao Congresso Nacional, onde tramitaria por mais alguns longos anos, até que, finalmente, fosse aprovado. Em seguida, novamente o Poder Executivo reafirmaria o compromisso internacional, desta feita com o aval do Poder Legislativo, ratificando definitivamente a convenção hipotética.

Não seria razoável, por um lado, após esta tramitação exigir que o texto de um tratado de natureza humanitária, já apreciado pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo, fosse submetido a mais dois turnos de votação em cada Casa Legislativa, com nova votação, sendo aprovado apenas se obtivesse o quorum qualificado mínimo de três quintos dos votos dos parlamentares.

A prevalecer este entendimento, somente através desse duplo procedimento formal e complexo de três turnos de discussão e votação, com quorum qualificado nos dois últimos seria possível conferir *status* de norma constitucional a direitos e garantias fundamentais provenientes de tratados internacionais sobre direitos humanos, em total desacordo não apenas com o parágrafo 2º.

É possível neste caso cogitar também que embora ratificados pelo Brasil, os tratados dessa categoria específica podem vir a não ser incorporados à Constituição por haverem sido rejeitados durante o processo de emenda¹⁸, guardando apenas a posição hierárquica de leis ordinárias, de acordo com a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e sujeitando-se, por conseguinte, ao arbítrio e instabilidade do legislador comum.

Em segundo lugar, se apenas formalidades do procedimento de emenda constitucional impostas pelo

referido parágrafo 3º, ou seja, dois turnos de discussão e votação, com *quorum* de três quintos em cada Casa, fossem diretamente aplicadas no curso do processo de incorporação dos tratados internacionais, no caso, sobre direitos humanos, seria preciso compatibilizar as regras de tramitação dos procedimentos no âmbito do Congresso Nacional.

Assim, após a assinatura do tratado, com ou sem reservas, seu texto seria enviado ao Congresso Nacional, iniciando-se o trâmite com a leitura da mensagem presidencial na Câmara dos Deputados onde será discutido e votado o respectivo projeto de decreto legislativo em dois turnos. Em caso de aprovação do projeto por três quintos dos respectivos membros da Câmara dos Deputados, o referido projeto seguiria para análise no Senado Federal, igualmente em dois turnos de discussão e votação por três quintos de seus membros para ser aprovado e a seguir promulgado.

Pode ser necessária a apreciação por uma Comissão Especial, além das comissões internas envolvidas na apreciação dos tratados internacionais e salvo melhor juízo, o conteúdo do decreto legislativo será no sentido de aprovar o texto do tratado e conferir às determinadas cláusulas específicas a envergadura de norma constitucional fundamental.

Em análise última, a primeira hipótese apresentada parece adequada àqueles tratados ratificados entre 05/10/1.988 e 08/12/2.004, enquanto que a segunda, é viável para os tratados ratificados a partir da vigência da Emenda Constitucional n. 45/2004.

CONCLUSÃO

O presente estudo objetivou o exame do novo parágrafo 3º do artigo 5º. Acrescentado pelo artigo 1º da Emenda Constitucional n. 45 de 08 de dezembro de 2.004 e suas repercussões no modelo aberto de proteção dos direitos e garantias fundamentais, previsto na parte final do parágrafo 2º do mencionado artigo, não revogada pela mencionada Emenda Constitucional.

Para tanto, esta análise desenvolveu-se em três seções principais. Na primeira, foi estudado o processo de Reforma do Poder Judiciário, buscando-se em fontes primárias as possíveis motivações para a inserção do parágrafo 3º no artigo 5º da Constituição. Assim, com base nos autos do processo de reforma e no acórdão que firmou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

no caso do conflito aparente entre o inciso LXVII do art. 5º da Constituição Federal e o parágrafo 7º do artigo 7º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (HC n. 72.131-1) pôde-se afirmar que o obscuro parágrafo em questão foi inserido para adequar os valores fundamentais inscritos no texto constitucional àqueles defendidos na jurisprudência da Corte Suprema.

Em seguida, as questões suscitadas na seção anterior foram retomadas sob o enfoque dos elementos estático e dinâmico das constituições, concluindo-se pela duvidosa constitucionalidade da mudança introduzida pelo citado parágrafo 3º do artigo 5º, tanto por ser inspirada em uma mutação inconstitucional introduzida pela jurisprudência da Corte Suprema, quanto por promover um verdadeiro desmonte do modelo aberto de proteção dos direitos e garantias fundamentais, inserido pelo Legislador Constituinte de 1.987/1.988.

Finalmente, na terceira seção, foi debatida a compatibilização do processo de incorporação de tratados internacionais com as formalidades do processo de emendas a Constituição, imposta pelo parágrafo em comento, devendo ser feita a distinção entre os tratados já ratificados, os quais deverão ser novamente submetido à aprovação do Congresso Nacional para ser equiparado às emendas constitucionais e os tratados que a partir da vigência da Emenda Constitucional n. 45/2.004 que deverão passar por um processo complexo de aprovação em dois turnos de discussão e votação com *quorum* qualificado de três quintos em cada uma das Casas Legislativas, simultaneamente ao processo de aprovação do texto do tratado..

Em análise última, foi ainda mais fragilizado, e desta feita com a chancela irresponsável do Poder Legislativo, o sistema brasileiro de proteção internacional dos direitos humanos, pois, no Brasil, ressonando as palavras do Professor Cançado Trindade, é mais fácil muda-se a letra da Constituição, no que tange até mesmo a dispositivos sobre garantias fundamentais, que mudar-se a mentalidade dos seus aplicadores¹⁹.

Por todo o exposto, somente a revogação, por outra emenda constitucional, ou a responsabilização internacional do Estado brasileiro pelo descumprimento de sua obrigação geral de proteção dos direitos humanos, poderiam vir a restaurar o modelo aberto de proteção dos direitos e garantias fundamentais, nos moldes do texto originário da Constituição Federal de 1.988.,

OBRAS CONSULTADAS

- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Anteprojeto Constitucional* (elaborado pela Comissão de Estudos Constitucionais). Brasília, 1.887.
- BRITO, Edvaldo. *Limites da Revisão Constitucional*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1.993.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. S. Paulo: Saraiva, 1.997.
- CAMPANHOLE, Adriano. CAMPANHOLE, Helton Lobo. *Constituições do Brasil*. S. Paulo: Atlas, 1.999.
- CANÇADO TRINDADE, A. A., (Org.). *A Integração das Normas de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro*. S. José da Costa Rica/Brasília: IIDF/ Cruz Vermelha/PNUR/Comissão da União Européia, 1.996.
- _____. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil*. 2ª ed. Brasília: Edições Humanidades/UnB, 2.000.
- _____. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. S. Paulo: Saraiva, 1.991.
- _____. Memorial em prol de uma Nova Mentalidade quanto à Proteção dos Direitos Humanos. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Brasília, n. 113/118, pp. 57-94, jan/dez. 1998.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1.991.
- INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS. *Guía sobre Aplicación del Derecho Internacional en la Jurisdicción Interna*. S. José da Costa Rica: IIDH, 1.996.
- MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional: uma visão crítica*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2.000.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. t. IV. 2ª ed. Coimbra: Coimbra ed., 1.993.
- ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (coord.). *Perspectivas do Direito Público: estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes*. Belo Horizonte: Del Rey, 1. 995.
- SEMINÁRIO INCORPORAÇÃO DE TRATADOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO DIREITO BRASILEIRO, 1.999, São Paulo. *Revista Especial do Tribunal Regional Federal* (3ª. Região). São Paulo: IMESP.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. S. Paulo: Malheiros, 1.998.
- VEGA, Juan Carlos. GRAHAM, Marisa Adriana (Org.). *Jerarquía Constitucional de los Tratados Internacionales*. Buenos Aires: Astrea, 1996.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua Reserva de Justiça: Um Ensaio sobre os Limites Materiais ao Poder de Reforma*. S. Paulo: Malheiros, 1.999.
- _____. *Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política*. S. Paulo: Malheiros, 2.002.

NOTAS

1. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1.999, p. 1.164.
2. PEC 96/92 na Câmara dos Deputados, renumerada como PEC n. 29/00 no Senado Federal.
3. Deve ser mencionado ainda que o artigo 5º passa a vigorar também com um novo inciso LXXVII, que consagra o direito fundamental à duração razoável do processo, um parágrafo 4º. Que afirma a submissão do Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, bem como o artigo 109 ao qual foram acrescentados um inciso V-A e um parágrafo 5º. Sobre a federalização das causas sobre direitos humanos.
4. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 80.004SE. Rel. Min. Xavier de Albuquerque. Pleno. D.J. 29.12.1977.
5. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 72.131-1/RJ. Rel. Min. Marco Aurélio Mello, Rel. para o Acórdão Min. Moreira Alves.. D.J. 01.08.2003
6. LXVII(N.A.).
7. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi ratificada em 25/09/1.992 e o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, em 24/01/1.992.
8. Cfr. CANÇADO TRINDADE, A. A. *A Proteção Internacional ...* ob. cit., pp. 10-12.
9. BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. S. Paulo: Saraiva, 1.997, p. 73.
10. BULOS, Uadi Lammêgo. ob. cit., p. 53 e p. 69.
11. BULOS, Uadi Lammêgo. ob. cit., pp. 53/54.
12. BULOS, Uadi Lammêgo. ob. cit., pp. 68/69.
13. BULOS, Uadi Lammêgo. ob. cit., p. 135.
14. Em que pese a discussão terminológica a respeito, optou-se por utilizar o termo reforma como gênero, englobando como espécies a revisão e a emenda constitucionais.
15. BRITO, Edvaldo. *Limites da Revisão Constitucional*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1.993, p. 110.
16. A doutrina e a jurisprudência têm ampliado o conteúdo deste inciso interpretando como limitação material toda proposta de emenda que tenda a abolir não apenas os direitos e garantias individuais, mas sim todo e qualquer direito ou garantia fundamental.
17. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. S. Paulo: Malheiros, 1.998, pp. 69/70.
18. “Art. 60, §5º. A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.
19. Cfr. CANÇADO TRINDADE, A. A. Memorial em prol de uma Nova Mentalidade quanto à Proteção dos Direitos Humanos. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Brasília, n. 113/118, pp. 57-94, jan/dez. 1998.

