

**A CONSTITUIÇÃO E OS TRATADOS – A INTEGRAÇÃO
CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS HUMANOS**

Maria Garcia*

1 Tratados internacionais

Os tratados internacionais, atos jurídicos pelos quais Estados e organizações internacionais criam, modificam ou extinguem relações jurídicas internacionais, assumem aspectos diversos, nas suas especificidades, podendo representar acordos ou convenções internacionais sobre negociações de caráter comercial, cultural e toda sorte de interesses desse nível ou, então, constituírem-se em tratados normativos, ou tratados-leis, isto é, normas de ordem geral estabelecidas para os Estados, firmando princípios e regras de convivência internacional.

Importante anotar que seus efeitos vinculantes entre os Estados signatários poderão transformar-se eventualmente em norma costumeira e obrigar outros Estados.

João Grandino Rodas (1991, p. 10) destaca o conceito de Reuter: "uma manifestação de vontades concordantes, imputável a dois ou mais sujeitos de direito internacional e destinada a produzir efeitos jurídicos, segundo as regras do direito internacional". Para Celso Albuquerque Mello (1992, p. 157) são os tratados a fonte mais importante do Direito Internacional devido não somente à sua multiplicidade, mas também porque geralmente as matérias mais importantes são por eles reguladas e a mais democrática, porquanto há participação direta dos Estados na sua elaboração (Bedjaoui). E anota a definição da Convenção de Viena (1969) sobre direito dos tratados:

Tratado significa um acordo internacional, concluído entre Estados, em forma escrita e regulado pelo Direito Internacional, consubstanciado em um único instrumento ou em dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja a sua designação específica.

.....
* Professora de Direito Constitucional e Direito Internacional Público da PUC/SP. Procuradora do Estado aposentada e ex-assessora Jurídica da USP. Membro do IBDC e do IASP.

Cuidam-se, em especial, neste estudo, dos efeitos e implicações dos tratados sobre direitos humanos em face da Constituição.

2 A denúncia dos tratados ou convenções

O assunto comporta dois enfoques básicos e uma questão final, envolvendo a denúncia dos tratados e suas conseqüências, na especial hipótese dos direitos humanos.

O primeiro aspecto a considerar incide nos tratados como fonte do Direito Internacional Público. É o que refere Albuquerque Mello (1992, p. 157), sublinhando que o fundamento dos tratados internacionais encontra-se na norma *pacta sunt servanda*, conforme, aliás, assinala Kelsen (1974, p. 431-432):

O Direito Internacional consta de normas que originariamente foram criadas através de actos de Estados – quer dizer, dos órgãos para o efeito competentes segundo as ordens jurídicas dos Estados singulares – para regulamentação de relações interestaduais, actos esses que operaram tal efeito pela via do costume. São estas as normas do Direito internacional geral – geral porque impõe deveres e atribui direitos a todos os Estados. Entre elas, tem particular importância a norma que usualmente é designada pela fórmula *pacta sunt servanda*. Ela autoriza os sujeitos da comunidade jurídica internacional a regular, através de tratados, a sua conduta recíproca, quer dizer, a conduta dos seus órgãos e súbditos em relação aos órgãos e súbditos dos outros. O processo consiste em que, através do expresse acordo de vontades dos órgãos de dois ou mais Estados para tanto competentes, são criadas normas pelas quais são impostos deveres e conferidos direitos aos Estados contratantes.

Assinala-se desde logo que as relações internacionais dos Estados incidem sobre seus cidadãos das mais variadas formas. Kelsen mesmo adverte, ao introduzir o tema: “Mais tarde se mostrará que o Direito internacional, na medida em que regula a conduta de Estados, também norma uma conduta humana”.

3 A denúncia dos tratados e o Congresso Nacional

Já em outro contexto expusemos a problemática do processo de denúncia dos tratados (1997, p. 92), especificamente com referência à necessária participação do Poder Legislativo, vez que, para seu ingresso no ordenamento jurídico, essa manifestação se encontra determinada pela Constituição, art. 84, VIII (“[...] referendo do Congresso Nacional”), e art. 49, I (“[...] resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”).

Concluimos, então, que se assim determina a Constituição, para a celebração do ato, no seu desfazimento deverão intervir as mesmas partes, de modo algum justificando-se possa a denúncia ser efetuada unilateralmente, apenas pelo Poder Executivo.

Ademais de ocorrer, nesse aspecto, violação ao princípio constitucional da independência e harmonia dos Poderes e do princípio da representatividade – pelo qual se perfecciona uma das formas democráticas de participação do povo na atuação estatal – na hipótese específica de que o tratado ou convenção, então integrados no ordenamento jurídico, tragam no seu bojo direitos humanos fundamentais – a denúncia desse ato deverá envolver, necessariamente, a análise e deliberação – eventualmente, negativa à denúncia, pelos seus representantes no Congresso Nacional.

4 O término dos tratados

Conforme assinala Albuquerque Mello (p. 202 *et seq.* e nota 79B) poderá ocorrer por vários motivos: execução integral, consentimento mútuo, termo, condição resolutória, renúncia do beneficiário, caducidade, guerra, fato de terceiro, impossibilidade de execução, ruptura de relações, inexecução por uma das partes e *denúncia unilateral*:

o ato pelo qual uma das partes contratantes comunica à outra ou outras partes a sua intenção de dar por findo esse tratado ou de se retirar do mesmo (Accioly). A regra geral é que os tratados somente podem ser denunciados quando é prevista expressamente esta possibilidade.

Anota também que a denúncia de um tratado não necessita no Brasil de aprovação do Legislativo, referindo, ademais, que na França a Constituição de 1946 obrigava que nos tratados aprovados pelo Legislativo era necessária autorização deste para a denúncia (dispensada nos tratados de comércio); contudo, a Constituição de 1958 não tem dispositivo semelhante.

Nos EUA o Congresso pode terminar o tratado no plano internacional votando lei contrária a ele. As resoluções do Congresso solicitando o fim dos tratados têm sido consideradas como não-obrigatórias. Na prática, o presidente tem revogado os tratados no plano interno e internacional sem qualquer autorização legislativa.

Tal prática – conforme exposto – demonstra-se claramente agressora dos ditames constitucionais e, como tal, deve ser reconhecida e rejeitada.¹

¹ A Constituição Argentina de 1994 determina (art. 75, inc. 22) que os tratados e convenções sobre direitos humanos "solo 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" (grifamos). Portanto: mediante aprovação prévia pelo Congresso Nacional. O mesmo ocorrerá com referência aos tratados de integração (art. 75, inc. 24).

5 A Constituição argentina de 1994

A propósito, encontra-se na Constituição argentina a disposição expressa do art. 75, inc. 22, relativo às atribuições do Congresso:

Aprobar o desechar tratados concluídos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sed. *Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes* (grifamos). La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales Y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo 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 la Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

Maria Elisa Carrió (1995, p. 67-69) explica a sistemática constitucional argentina nesse ponto específico:

Debajo de la Constitución se le adicionan tratados en general que son superiores a las leyes e inferiores a la Constitución.

La cláusula establece que los tratados que allí se enumeran tienen jerarquía constitucional, no derogan ningún artículo de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías allí establecidos.

[...]

Por la tanto, el orden de prelación del orden jurídico establecido por primera vez en la Argentina queda conformado del siguiente modo: primero, Constitución y tratados con jerarquía constitucional *que no están incorporados a ella* sino que sólo tienen su misma jerarquía; luego los tratados en general y las normas comunitarias que se dictan como consecuencia de tratados de integración, y por último, la ley (grifamos).

6 A questão, na Constituição brasileira

A Constituição de 1988 encontra-se firmada em orientação diversa: o § 2.º do art. 5.º abre amplas possibilidades relativamente aos tratados sobre direitos

humanos ao dispor: “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”.

Conforme decorre da sua dicção fica expresso que direitos e garantias decorrentes de tratados integram o elenco estabelecido na Constituição.

Isso, sem necessidade de prever, conforme ocorre na Constituição argentina de 1994, a “hierarquia constitucional” desses tratados (que, não obstante, permanecem abaixo da Constituição).

A disposição do § 2.º, art. 5.º tem longa tradição em nosso Direito Constitucional:

Conforme estudo anterior (1994, p. 187 et seq.) tem origem na Emenda IX à Constituição Norte-Americana de 1878, pela qual:

The enumeration in the Constitution of certain rights shall not be construed to deny or disparage others retained by the people – ou seja, A enumeração, na Constituição, de certos direitos, não será interpretada de modo a excluir ou prejudicar outros direitos retidos pelo povo.

A Constituição republicana de 1891 que teve por paradigma aquela Constituição, dispunha no seu art. 78: “A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna” (conforme se observa, desaparece nesta redação a referência a “certos direitos [...] retidos pelo povo”, do texto norte-americano de 1878).

As Constituições posteriores a 1891 consagram a mesma disposição nuclear, nos termos seguintes, sucessivamente:

Constituição de 1934, art. 114: “A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclue outros, resultantes do regime e dos princípios que ela adota”.

Constituição de 1937, art. 123:

A especificação das garantias e direitos acima enumerados não **exclue** outras garantias e direitos, resultantes da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição. O uso desses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição.

Na Constituição de 1946, o art. 144 prescrevia: “A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”.

Constituição de 1967, art. 150, § 35: “A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”.

Daí, à EC 1, de 1969, art. 153, § 36: “A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”, em cujo comentário José Celso Mello Filho sublinha a sua finalidade de “inibir” ações, atentados ou abusos do Estado contra as liberdades públicas.

O texto de 1891, art. 78, traz como palavra-chave: *especificação* (dos direitos e garantias), termo que se repete nas Constituições de 1934, 1937 e 1967/1969, mas desaparece no texto atual, substituído por (direitos e garantias) *expressos*.

Especificação, ato ou efeito de especificar, classificar, pormenorizar, na terminologia jurídica, do latim *specificare* – demonstração, individualização das coisas por suas espécies – passou a significar a própria *transformação*, ou seja, a *operação* por meio da qual foi confeccionada, ou fabricada, ou produzida, a nova espécie. A *especificação* é uma *criação*.

Expresso grafa o texto atual (claro, explícito, concludente, derivado do latim *expressus*, de *exprimere*, enunciar claramente, declarar formalmente) – na terminologia jurídica – “o que vem *declarado, exposto formalmente*, de modo a não deixar a menor dúvida”, equivale ao *explícito*, pois que também deve ser claro e inconfundível e opõe-se, assim, ao *tácito*, ao *presumido* ou ao *implícito*.

A Constituição, portanto, refere direitos e garantias declarados, enunciados explicitamente nos seus dispositivos, no caso, o art. 5.º da CF.

Outra observação a ser feita refere-se à alternância dos termos “direitos” e “garantias” nos textos constitucionais.

Também a Constituição de 1891, no art. 78, é a única mais precisa ao referir: “outras garantias e direitos *não enumerados, mas resultantes* [...]”, ao passo que os demais textos repetem a mesma fórmula: “*outros decorrentes* do regime e dos princípios [...]”.

Anote-se, igualmente, que apenas as Constituições de 1891 (art. 78) e de 1937 (art. 123) referem “forma de governo”, enquanto as demais, tanto quanto a atual, aludem ao *regime* adotado pela Constituição.

O problema a enfrentar incide particularmente na questão da *denúncia* do tratado ou convenção que tenha integrado alguma vez o ordenamento jurídico: o que ocorre com os direitos e garantias veiculados por esse tratado? Com a denúncia são excluídos da ordem constitucional?

A Constituição não deixa claros à dúvida: sendo direitos e/ou garantias vindos com o tratado ou convenção e incluídos no elenco constitucional de direitos e garantias por força do § 2.º, art. 5.º devem permanecer na ordem constitucional.

Nessa conformidade, mesmo denunciado o tratado, esses direitos e/ou garantias, integrados no patrimônio de seus destinatários (como integrados se encontravam os direitos e garantias expressos na Constituição no advento do tratado), encontram-se disponíveis para seu exercício pelos seus titulares.

É uma decorrência incontornável do ditame constitucional.

O exame da denúncia dos tratados pelo Poder Legislativo – necessário, como exposto – viria trazer a apreciação circunstancial da sua justificativa e oportunidade. Ainda aqui, no entanto, descaberia ao Congresso Nacional adentrar o mérito, para excluir qualquer direito ou garantia integrados à Constituição pelo tratado ou convenção, conforme a dicção do § 2.º, art. 5.º – e, portanto, patrimônio intocável, por essa forma, dos seus titulares.

Referências

- CARRIÓ, Maria Elisa. Alcance de los tratados en la hermenéutica constitucional (co-autoria). *Interpretando la Constitución*. Buenos Aires: Ed. Ciudad Argentina, 1995. p. 67-69.
- KELSEN. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Ed. A. Amado, 1974. p. 431-432.
- MELLO, Celso Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 157
- RODAS, João Grandino. *Tratados internacionais*. São Paulo: Ed. RT, 1991. p. 10.
- Tratados internacionais. Denúncia. Necessidade da participação do Poder Legislativo. O princípio constitucional da tripartição dos Poderes. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: Ed. RT, n. 21/92, 1997.
- O art. 5.º, § 2.º da Constituição brasileira. *Desobediência Civil, direito fundamental*. São Paulo: Ed. RT, 1994. p. 187 *et seq.*

