



Brasília | ano 51 | nº 201
janeiro/março – 2014

Entre a forma e a matéria

A distinção entre tratados internacionais de direitos humanos materialmente e formalmente constitucionais

BRENO BAÍA MAGALHÃES
DANILO THALES MARTINS SOZINHO
GLEICIANE BARROSO CARVALHO

Sumário

1. Introdução. 2. Tratados internacionais de direitos humanos: normas constitucionais materiais e formais. 3. Concepção material e formal da Constituição: o que nossos autores querem dizer com tal distinção? 4. Direitos fundamentais em sentido material e formal: entre o catálogo exauriente e o projeto igualitário. 5. Conclusão.

1. Introdução

Breno Baía Magalhães é mestre e doutorando em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA); professor da Faculdade de Belém (FABEL); bolsista da CAPES.

Daniilo Thales Martins Sozinho é graduando em Direito da Faculdade de Belém (FABEL).

Gleiciane Barroso Carvalho é graduanda em Direito da Faculdade de Belém (FABEL).

A Emenda Constitucional nº 45/04 introduziu severas mudanças no regramento constitucional brasileiro atinente aos direitos humanos. A criação do incidente de deslocamento de competência (IDC), a constitucionalização do Tribunal Penal Internacional (TPI) e a equiparação dos tratados internacionais de direitos humanos às emendas constitucionais apresentaram novos paradigmas para a interpretação das relações entre as normas internacionais e nacionais.

A mudança de paradigmas suscitou importantes questionamentos entre os teóricos do direito constitucional, tais como: quais seriam os limites do IDC? O referido instituto violaria a garantia constitucional do juiz natural? A entrega do nacional ao TPI deve seguir os mesmos trâmites da extradição? A pena de prisão perpétua prevista no Estatuto de Roma (art.77, 1, *b*) se aplica aos brasileiros natos ou naturalizados?

Sem embargo da importância das demais questões, para fins da presente pesquisa, focaremos em um específico problema interpretativo

trazido pelo § 3º do art. 5º da CF/88¹: o que significa a distinção entre direitos fundamentais materiais e formais preconizada pelos autores brasileiros que defendem a natureza constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente à inclusão do § 3º do art. 5º da CF/88?

Após a decisão do STF no RE 466.343/SP, a discussão acerca do *status* dos tratados internacionais de direitos humanos recobrou fôlego, na medida em que a supralegalidade dos tratados que não atenderam às especificações procedimentais do § 3º do art. 5º da CF/88 superou antiga jurisprudência do STF que simplesmente igualava os tratados internacionais às leis ordinárias (BRASIL, 2003).

A inserção de tal parágrafo despertou a necessidade de revisão da jurisprudência do tribunal, uma vez que o Brasil já havia incorporado as principais tratativas internacionais acerca dos direitos humanos e mantê-las equiparadas às leis ordinárias seria um contrassenso, porquanto a própria Constituição, nos §§ 2º e 3º do art. 5º, previa cláusulas que diferenciavam esses tratados dos demais e das leis ordinárias. Não por outra razão, o tribunal se dividiu, no RE 466.343/SP, em duas correntes acerca de qual seria o *status* das normas internacionais em que estão após a EC 45/04: uma corrente sustentava a supralegalidade e outra, a constitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos.

A maioria do tribunal votou pelo caráter supralegal dos tratados internacionais, seguindo voto do Min. Gilmar Mendes. Portanto, sendo supralegais, por óbvio, não poderiam ser considerados como normas constitucionais.

¹“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.”

Todavia, os votos vencidos, capitaneados pelo Min. Celso de Mello, consideraram que tais tratados dispunham de *status* constitucional, em decorrência da cláusula de recepção prevista no § 2º do art. 5º².

É importante ressaltar que a orientação acerca da constitucionalidade dos tratados é minoritária apenas no plenário do STF³, pois significativa parcela dos constitucionalistas (PIOVESAN, 2010; GUERRA, 2008; SARLET, 2005) e dos autores do direito internacional (MAZZUOLI, 2011; GUERRA, 2008; TRINDADE, 2000) consideram que os tratados internacionais de direitos humanos são normas constitucionais, em razão do § 2º do art. 5º. De acordo com tais autores e com o Ministro Celso de Mello, o referido parágrafo teria o condão de recepcionar os direitos humanos contidos nos tratados internacionais como direitos fundamentais em sentido material, ainda que não formalmente constitucionais, qualificação que apenas seria alcançada com sua equiparação às emendas constitucionais, por meio do procedimento previsto no § 3º do art. 5º. Ou seja, o procedimento do § 3º do art. 5º apenas acresceria a formalidade constitucional a um direito materialmente constitucional (por causa do § 2º do art. 5º).

A cisão dos direitos fundamentais em materialmente e formalmente constitucionais surge com o intuito de solucionar uma possível contradição decorrente da alteração constitucional trazida pelo § 3º do art. 5º da CF/88, qual seja: tendo em vista que o Brasil

²“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.”

³Quixadá (2009) sugere que, em um futuro breve, por conta das alterações da composição do STF e da força das razões utilizadas, o plenário poderá alterar sua orientação para a constitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos.

ratificou as principais normas internacionais acerca de direitos humanos de acordo com o procedimento anterior, que não exigia quórum qualificado, a exigência, após a EC 45/04, do quórum qualificado para atribuir ao referidos tratados tratamento equivalente ao das emendas constitucionais poderia justificar, como o fez o Min. Gilmar Mendes no RE 466.343/SP, o *status* não constitucional dos tratados ratificados antes da referida emenda. A Constituição teria demonstrado, agora explicitamente após a reforma, que os direitos humanos sediados em tratados internacionais apenas poderiam ser considerados como constitucionais caso tivessem observado o trâmite de alteração formal da Constituição⁴.

Não obstante sua importância para fortalecer a ideia de que os direitos humanos são direitos fundamentais, portanto, normas constitucionais (tese com que concordamos), a cisão entre direitos fundamentais formais e materiais precisa ser repensada e sua viabilidade interpretativa, questionada.

Caso a noção dicotômica prevaleça, poderíamos chegar à conclusão de que, em nossa Constituição, existem direitos fundamentais com diferentes regimes jurídicos, o que enfraqueceria a defesa constitucional daqueles direitos considerados apenas materialmente constitucionais. Portanto, a revisão interpretativa de tal cisão será proposta, tendo em vista o fortalecimento da defesa dos direitos humanos como direitos fundamentais, visto que ambos devem ser tomados como categorias indistintas, ou seja, dotadas do mesmo regramento constitucional.

⁴ André Ramos Tavares (2005, p. 42-44) apresenta interessante contra-argumento à aparente contradição: ao afirmar ser simplista a tese de que a inclusão do referido artigo foi apenas uma decisão de tornar clara a ideia da hierarquia, o autor pondera que, caso assim fosse, a alteração constitucional seria sem sentido, uma vez que o congresso sempre pôde transformar o ato que internaliza o tratado internacional em emenda à Constituição.

2. Tratados internacionais de direitos humanos: normas constitucionais materiais e formais

A distinção que pressupõe a existência de uma feição formal e uma material dos direitos fundamentais desenvolvida pelos autores que defendem a constitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos parece remontar a uma distinção mais ampla acerca das características das normas constitucionais.

Conforme o que foi afirmado pelo Min. Celso de Mello no RE 466.343/SP, o § 3º do art. 5º da CF/88 possuiria, tão somente, o condão de atribuir o *status* formal aos direitos fundamentais sediados em tratados internacionais de direitos humanos, uma vez que já gozariam de *status* material, em função da autorização constitucional contida no § 2º do art. 5º.

Partindo-se do pressuposto de que a materialidade dos direitos humanos sediados em tratados estaria garantida pela cláusula do § 2º do art. 5º, o aspecto da formalidade merece análise mais detida e, no caso, pode estar relacionado a, pelo menos, duas questões: 1) um aspecto textual ou 2) um aspecto estrutural.

Na primeira questão, o *status* formal está ligado a um elemento de positivação em seu sentido mais primordial: o tratado internacional de direitos humanos ratificado pelo Brasil não estaria positivado (posto) na Constituição; portanto, não faria parte da Carta Magna em qualquer sentido (daí a razão pela qual, equivalendo os tratados às emendas constitucionais, os primeiros passariam a estar positivados na Constituição).

A segunda questão, por seu turno, é mais complexa e beira o paradoxal, na medida em que compreende que existem normas constitucionais (materialmente constitucionais) que não fazem parte dos elementos estruturais da Constituição (formalmente constitucionais).

Resguarda-se a Lei Maior de normativas que poderiam incluir disposições orgânicas diferentes das previstas no texto originário, determinando-se que as normas materialmente constitucionais, mas não formalmente constitucionais, disponham de um regime constitucional diferenciado (regras de alteração diferenciadas, não incidência da proteção do art. 60, § 4º, impossibilidade de alteração das normas formalmente constitucionais etc.).

Portanto, não seriam consideradas normas constitucionais em seu aspecto formal aquelas que ou não estivessem escritas, ou não fizessem parte do que se poderia considerar a estrutura de uma Constituição.

De que forma os autores que defendem a constitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e a dicotomia formal/material desenvolvem seus argumentos?

De acordo com Piovesan (2010), os direitos sediados em tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais por conta da materialidade dos direitos fundamentais. Por conseguinte, os direitos que constam nesses tratados não estão na forma de normas constitucionais (ainda são tratados), mas gozam do valor jurídico de norma constitucional, ou seja, a eles são garantidas as mesmas proteções constitucionais dos demais direitos fundamentais. Para a autora, tais direitos preenchem e complementam o catálogo previsto pela CF/88 ao integrar o bloco de constitucionalidade (PIOVESAN, 2010, p. 54-55). Ademais, não existiriam problemas em identificar e definir o universo dos direitos internacionais constitucionalmente protegidos, pois os direitos fundamentais sediados em tratados são expressos, enumerados e claramente elencados, em decorrência do § 2º do art. 5º.

Piovesan (2010) sugere que os tratados incorporados anteriormente à EC 45/04 são direitos fundamentais materialmente e formal-

mente constitucionais; os que forem aprovados posteriormente, por sua vez, sempre serão materialmente constitucionais, mas, para que sejam formalmente constitucionais, devem passar pelo requisito do quórum qualificado.

Para a autora, com a inclusão parágrafo § 3º do art. 5º, surgiriam duas categorias de direitos fundamentais sediados em tratados internacionais: a) os materialmente constitucionais; e b) os material e formalmente constitucionais. Apesar de ambos serem materialmente constitucionais, os direitos dispõem de regimes constitucionais diferenciados no que diz respeito à denúncia, pois os material e formalmente constitucionais não podem ser denunciados porque estão assentados no texto da Constituição. Tal caracterização os torna importantes não apenas pela matéria que veiculam, mas pelo grau de legitimidade popular contemplado pelo dificultoso processo de aprovação (PIOVESAN, 2010, p. 79-80).

Valério Mazzuoli (2011) atesta que o § 3º do art. 5º da CF/88 atribui, tão somente, eficácia formal, e não material, aos tratados internacionais de direitos humanos, porquanto já a possuiriam em virtude do § 2º do art. 5º. O regime jurídico de tais tratados é de equivalência, mas não de identificação, com as emendas constitucionais, em função do diferenciado procedimento legislativo⁵.

O autor sugere que as diferenciadas formas de produção normativa ensejam a distinção entre *status* de norma constitucional e equivalência a emendas constitucionais. Nesse passo,

⁵ A participação do parlamento é uma só nos tratados: aprova ou não seu conteúdo. Não se confunde o referendo do art. 49, I, da CF/88 com a segunda eventual manifestação do Congresso para fins de decidir sobre qual *status* hierárquico deve ter certo tratado internacional de direitos humanos. Não se aplicam aos tratados os procedimentos estabelecidos pela Constituição para a aprovação das emendas, tampouco sobre sua iniciativa, por exemplo (MAZZUOLI, 2011, p. 42-46).

salienta que o regime material do § 2º do art. 5º não se compara ao regime formal do § 3º do art. 5º da CF/88. Mazzuoli (2011) aponta que o efeito constitucional formal é mais amplo que o regime constitucional material, uma vez que o primeiro é capaz de: a) reformar a Constituição, o que não ocorreria se os tratados internacionais de direitos humanos apenas desfrutassem do *status* de norma constitucional material; b) impedir a denúncia pelo Congresso Nacional ou pelo Presidente da República; e c) servir de paradigma do controle concentrado de convencionalidade, com o objetivo de invalidar normas infraconstitucionais contrárias aos tratados.

Conclui o autor que os tratados que não passaram pela formalidade do § 3º do art. 5º da CF/88 não integram formalmente a Constituição, mas possuem *status* de norma constitucional por integrarem materialmente a ordem jurídica estabelecida pela CF/88 e são incapazes de produzir os efeitos listados acima (MAZZUOLI, 2011, p. 52-53).

Luís Roberto Barroso (2009, p. 36-37), por exemplo, sustenta que a sistemática do § 3º do art. 5º da CF/88, além de garantir, explicitamente, o *status* constitucional aos direitos fundamentais sediados em tratados, surte três efeitos principais: a) em caso de conflito normativo que envolva tratado equivalente às emendas, prevalece o tratado, pois altera a forma da Constituição; b) podem servir de parâmetro de controle de constitucionalidade ao ampliar o bloco de constitucionalidade; e c) não podem ser objeto de denúncia pelo Presidente da República.

Celso Lafer (2005, p. 15-17) apresenta solução curiosa para a interpretação do § 3º do art. 5º. O autor sugere que ele seja considerado como uma lei interpretativa, ou seja, um parágrafo que teria sido inserido apenas com o intuito de encerrar as controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais suscitadas pelo § 2º do art. 5º. Sustenta, ademais, que, originariamente, os tratados foram recepcionados pela Constituição como normas constitucionais. No entanto, os futuros tratados a serem ratificados, para que obtenham o mesmo *status* de normas constitucionais, têm de seguir o procedimento equivalente ao das emendas constitucionais. Portanto, conclui Lafer, por força da cláusula de abertura, os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais⁶, pois integram o bloco de constitucionalidade, que é um conjunto de normas que compartilham matéria constitucional, mas que estão fora do texto da Constituição documental.

⁶Dimoulis e Martins (2009, p. 41) observam que a utilização do termo pode acarretar equívocos, uma vez que podem ser considerados como “materialmente constitucionais” quaisquer atos normativos que possuam alguma relação com os direitos fundamentais constitucionais (um decreto executivo que regulamenta certa lei relativa ao direito fundamental à saúde, por exemplo). Para os autores, o mais importante é a discussão a respeito do nível hierárquico do ato normativo em questão, não sua classificação teórica.

Ingo Sarlet (2005, p. 133-148) sustenta a existência de uma linha divisória entre os direitos situados no texto e os direitos situados nos tratados. A diferença se estabelece por causa do tratamento diferenciado que envolve as categorias, porquanto deve ser dada preferência aos direitos fundamentais expressamente positivados no texto constitucional, partindo-se, posteriormente, para os tratados de direitos humanos, ou seja, a busca no texto tem de ser privilegiada. O autor, apesar de salientar que os direitos fundamentais previstos em tratados internacionais anteriores à EC 45/04 gozam da proteção constitucional contra reformas constitucionais, defende que o § 3º do art. 5º enrobustece a legitimação democrática desses direitos, o que concorre para sua maior força normativa, eficácia e efetividade⁷.

Não obstante a tentativa, por parte de tais autores, de defender a mesma posição quanto aos tratados internacionais de direitos humanos considerados como materialmente constitucionais e os material e formalmente constitucionais, podemos elencar as seguintes características presentes nos tratados apenas materialmente constitucionais: a) podem ser denunciados (seja apenas pelo Presidente, seja pelo Congresso); b) não possuem um suficiente grau de legitimidade popular; c) não reformam a Constituição; d) não são parâmetro para o controle concentrado de constitucionalidade e de convencionalidade; e) não integram a Constituição, mas o bloco de constitucionalidade; f) sua interpretação é subsidiária; e g) não possuem legitimidade democrática enrobustecida.

Podemos inferir das diferenças expostas que a principal consequência do regime formal, no caso dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, é sua incorporação na estrutura da Constituição (hipótese 2, *supra*). Ou seja, uma vez que tais normativas internacionais tenham atendido ao procedimento previsto pelo § 3º, do art. 5º da CF/88, elas passam a gozar do mesmo regime jurídico das normas constitucionais. Por outro lado, as normas internacionais que não passaram pelo referido processo são consideradas como materialmente constitucionais, mas não formalmente constitucionais, estando, por essa razão, descobertas de importantes garantias e efeitos estabelecidos para as normas constitucionais.

⁷É válido ressaltar que a posição de Sarlet (2005, p. 83-93) parece confusa, na medida em que, páginas antes, o autor afirma que os direitos fundamentais em sentido formal são frutos de decisão expressa do legislador constitucional para inserção no catálogo e os direitos materiais são aqueles que, apesar de estarem fora do catálogo, em função de seu conteúdo e importância, são equiparados aos direitos fundamentalmente formais. Porém, conclui Sarlet, com base no § 2º do art. 5º, que podem ser extraídas duas espécies de direitos fundamentais: a) direitos formal e materialmente fundamentais; e b) direitos apenas materialmente fundamentais (sem assento no texto). Após tais conclusões, o autor põe em dúvida a posição dos direitos fundamentais materiais e a sua equiparação ao regime jurídico dos direitos fundamentais formais e materiais, algo que havia confirmado anteriormente.

Antes de adentrar mais profundamente nas discussões acerca do ponto, devemos nos perguntar o seguinte: quais as origens de uma separação entre normas material e formalmente constitucionais? Cremos que a resposta esteja ligada a uma questão mais ampla: a distinção entre concepções materiais e formais de Constituição.

Tendo em vista que os direitos fundamentais estão presentes na Constituição (são normas constitucionais), a inclusão de direitos constantes de tratados internacionais enseja uma discussão a respeito da relação entre as normas constitucionais e a própria Constituição. Dessa forma, podemos inferir que a dicotomia entre normas constitucionais formais e materiais pode ser encontrada no desenvolvimento da teoria da Constituição em sentido material⁸.

3. Concepção material e formal da Constituição: o que nossos autores querem dizer com tal distinção?

Riccardo Guastini (2001, p. 43-45), ao discorrer sobre o conceito de Constituição, elenca cinco conceituações desenvolvidas por diversos autores acerca do que se poderia considerar uma concepção material de Constituição: 1) normas que, em qualquer Estado, disponham sobre forma de Estado e de governo em função de um aspecto integrador (SMEND, 1985); 2) normas que dispõem sobre a criação de outras normas (KELSEN, 2000); 3) decisão política fundamental do titular do poder constituinte (SCHMITT, 1996); 4) disposições sobre o regime político do Estado, especialmente em vista dos fins políticos das forças dominantes que inspiram a ação estatal (Mortati); e 5) a ideia de “Constituição Viva”.

⁸ José Borges (2005, p. 286) não concorda com tal relação; para mais detalhes ver nota 20, *infra*.

Portanto, existem diversas construções teóricas, distintas entre si, acerca do significado da Constituição material. No entanto, e especialmente devido à elaboração teórica dos autores nacionais, duas concepções principais parecem se destacar: uma que denominaremos de sociológica e outra, positivista⁹.

Um grupo de concepções ressalta aspectos sociológicos (SCHMITT, 1996; SMEND, 1985; Mortati), visto que trabalha com elementos que diferenciam e separam, em algum sentido, ainda que nem todas as concepções o façam com a mesma intensidade, os momentos normativos dos fáticos, dando primazia ao aspecto político em detrimento do jurídico¹⁰: por exemplo, quando em momentos de insegurança jurídica e para garantir a higidez das decisões políticas fundamentais, torna-se constitucional uma ditadura compromissária capaz de suspender a vigência da Constituição formal em reforço à material (SCHMITT, 1996, p. 50)¹¹; por outro lado, a Constituição material estabeleceria um conjunto de normas capazes de direcionar a integração política dos cidadãos ao Estado, especialmente por meio de seus valores e por seus direitos fundamentais (nesse sentido, a Constituição formal deve estar sempre volta-

⁹ Bernardo Fernandes (2010, p. 6-13) relaciona, igualmente, Constituições em sentido material com aspectos sociológicos. Para o autor mineiro, Constituição em sentido material seria o modo de ser de um Estado. Dessa forma, todos os países possuiriam elementos materiais essenciais que apontam para uma específica formação estatal. No entanto, a partir da experiência revolucionária inglesa, a Constituição formal surge como a Constituição material normativamente institucionalizada, ou seja, o constitucionalismo moderno aloca as matérias da Constituição material nas normas da Constituição formal.

¹⁰ As perspectivas sociológicas, na linha do afirmado por Hesse (1991, p. 10), estabelecem condições para a eficácia jurídica da Constituição formal, qual seja a coincidência dos pressupostos estabelecidos pela Constituição Material. Dessa forma, o conflito com a Constituição jurídica sucumbe ante a Constituição real.

¹¹ No caso do autor, segundo a diferença entre Constituição (material) e Leis Constitucionais (formal).

da para a concretização dos seus elementos integradores contidos na Constituição material)¹² (SMEND, 1985, p. 66); ou, por fim, por meio da caracterização de uma Constituição material que seria o reflexo da organização de um grupo social o qual se singularizaria e, ao lograr sucesso político perante os demais, faria valer seu ideal político no âmbito da Constituição formal (Mortati).

Maurizio Fioravanti (2010) afirma que a ideia de uma Constituição em sentido material se associa ao intento de autores germânicos¹³ de encontrar uma dimensão normativa profunda e diferenciada que precedesse às normas estatais formalmente vigentes. Por tal razão, são posições teóricas antitéticas às formulações positivistas do direito e àquelas teorias que intencionam reduzir o direito às leis editadas pelo Estado¹⁴.

A abordagem novecentista da escola histórica do direito de Savigny sugeriu que a existência de leis formais pressupõe que, anteriormente, existiam outras formas de agregação individuais mais sólidas, que justificavam a criação e o desenvolvimento de tais leis formais. Com Savigny, a ideia seria a seguinte: apenas poderia existir um Estado se, anteriormente, existisse um povo, ou seja, se os indivíduos já estivessem ordenados dentro do que seria considerado como uma Constituição em sentido material. Ao direito constitucional positivo caberia, apenas, espelhar tal Constituição material, devendo com ela ser concorde. Nesse ponto, a ideia é a garantia do jurídico pelo positivo; portanto, assegurar

¹² A tese de que tribunais constitucionais possuem competência para declarar normas constitucionais inconstitucionais, baseados no direito supralegal positivado constitucionalmente, sustentada por Otto Bachof (1994), reconhece que a Constituição Material pode significar uma forma de racionalização política que não constitui um conjunto de normas jurídicas. Todavia, para o autor, Constituição em sentido formal significa uma lei qualificada por características correspondentes ao conceito global das disposições escritas da Constituição (particularidades do processo de formação e da dificuldade de alteração). Por outro lado, Constituição em sentido material significa o conjunto das normas jurídicas sobre a estrutura, atribuições e competências dos órgãos supremos do Estado, instituições fundamentais e sobre a posição do indivíduo perante o Estado, reproduzindo-se a conceitualização de Jellinek. O autor sustenta que lhe interessa o conceito objetivo, do ponto de vista funcional, de Constituição em sentido material, qual seja a noção de normas essenciais oriundas da tentativa jurídico-positiva de realização da tarefa posta ao povo de edificar seu ordenamento integrador, tal qual o conceito de Rudolf Smend (1985) (BACHOF, 1994, p. 38-39). Em suma, pode haver direito constitucional material fora do documento constitucional; todavia, nem todas as normas constitucionais formais são direito constitucional material com função integradora.

¹³ Costantino Mortati é italiano.

¹⁴ No início do século XX, com a Constituição de Weimar, a discussão sobre o método no direito público e sobre o conceito de Constituição se estabeleceu com base em duas tradições filosóficas: neohegeliana e neokantiana. Respectivamente, entre aqueles que consideravam a Constituição como lei da vida política global de um Estado, ou seja, ligada ao “ser” político do Estado, e os que tinham a concepção de que a Constituição seria uma regra de direito que apenas regula o comportamento estatal, estando ligada ao “dever ser” do Estado (BERCOVICI, 2004, p. 7-9). As concepções materiais de Constituição estavam ligadas à noção neohegeliana, como as concepções de Schmitt e Smend, que não atribuíam ao momento jurídico normativo o aspecto mais importante da Constituição.

a Constituição material pela positivação da Constituição formal. Com efeito, observamos a constatação de uma ordem jurídica objetiva historicamente fundada, representada como constituição material. na base do direito positivo (FIORAVANTI, 2010, p. 430).

Os positivistas do século XX, no entanto, afastaram-se da constatação de Savigny ao sustentar que a Constituição seria o conjunto dos princípios jurídicos que designam os órgãos supremos do Estado e estabelecem as pautas para a criação de normas jurídicas e a posição fundamental do indivíduo frente ao poder estatal. Exclui-se a ideia de Constituição em sentido material historicista ou sociológica: a Constituição pressupõe o Estado porque o “constitui”, e não o contrário. Não existe, antes do Estado, nenhuma Constituição em sentido formal ou material (FIORAVANTI, 2010, p. 427).

Tal compreensão diz respeito ao outro grupo de concepções de Constituição material exposto anteriormente: o positivista. De acordo com essa abordagem, que ressalta os aspectos do momento de positivação da Constituição, as preocupações em distinguir o sociológico (histórico) e o jurídico não caberiam para a determinação do que seria matéria constitucional. Daí por que serão consideradas constitucionais todas as matérias que disserem respeito à organização dos poderes e ao processo de produção normativa (KELSEN, 2000).

Inicialmente desenvolvida por Jellinek, a concepção positivista de Constituição parte de um importante pressuposto: não apenas os “povos” oriundos de uma comunidade historicamente fundada (Savigny) possuem Constituições, mas, igualmente, as comunidades de pessoas com interesses políticos distintos que intencionam buscar o equilíbrio por meio do jogo democrático.

Portanto, a solidez da Constituição não depende mais de nenhuma Constituição em

sentido material anterior à formal. O mais importante é a forma, uma vez que o equilíbrio não se estabelece, tão somente, pela existência de um povo materialmente constituído, mas pelo desenvolvimento das discussões políticas nas arenas democráticas. Tal compreensão encontra seu auge em Kelsen (2000), que, apesar de utilizar a dicotomia material/formal, retira dela seu caráter sociológico.

A definição da Constituição em sentido formal e material em Kelsen (2000) é baseada, essencialmente, em sua estrutura formalista do direito. Constituição em um sentido material seria aquela norma considerada superior tão somente por conter os procedimentos de criação e alteração das demais normas do ordenamento jurídico. Por outro lado, a sua formalidade estaria relacionada aos procedimentos dificultosos de sua alteração. É necessário proteger a norma que contém as especificações sobre os órgãos políticos, sobre a produção normativa e, em alguma medida, sobre o conteúdo das leis; é essa a razão pela qual é atribuída a tais normas uma forma constitucional diferenciada das leis ordinárias (KELSEN, 2000, p. 183-184).

De que concepção de Constituição material nossos autores constitucionalistas lançam mão para estabelecer a dicotomia entre direitos fundamentais formais e materiais?

É tradição em nosso constitucionalismo, especialmente nos manuais de Direito Constitucional, elencar inúmeras classificações e conceitos de Constituição, como se fossem meros rótulos ofertados para livre escolha do intérprete (além do fato de eles estarem dispostos como se fossem construções teóricas complementares ou conciliáveis). Como denuncia Virgílio Afonso da Silva (2005, p. 109), em vez de discutir problemas importantes sobre a função e o papel a serem desempenhados por uma Constituição no ordenamento jurídico nacional, os autores apenas citam e descrevem

“tipos” de Constituição, sem contextualização prática e com alcance teórico limitado.

No entanto, é nessas fontes que podemos recolher as concepções de nossos constitucionalistas a respeito da dicotomia Constituição formal/material, uma vez que os autores trabalhados no tópico acima (2) não informam sua compreensão sobre o significado de Constituição em sentido material.

Afonso Arinos (1958, p. 59-60) aponta que a materialidade constitucional corresponde ao conjunto de normas e costumes que regem a organização política do Estado, estejam ou não incluídos no texto. Atesta, contudo, que, com as Constituições escritas, Constituição e direito constitucional passaram a se identificar. Os Estados, a partir daí, possuem Constituições apenas por serem Estados. Formalmente, a Constituição é a lei escrita, na qual estão contidas as mais importantes normas do direito constitucional¹⁵. Não é difícil perceber que Afonso Arinos, inicialmente, esboça a compreensão sociológica de Constituição em sentido material, mas termina por dar razão a Kelsen (2000), quando afirma que Constituição e direito constitucional (positivado) são a mesma coisa.

A conceituação de Afonso Arinos (1958), baseada na concepção positivista de Constituição material (apesar do início com a noção sociológica), parece ter influenciado os autores do direito constitucional brasileiro, visto que eles apenas reproduzem a dúbia conceituação esboçada no parágrafo acima¹⁶.

José Afonso da Silva (2006), em relação à classificação das Constituições quanto ao seu conteúdo, afirma que elas podem ser materiais e formais. Materiais em dois sentidos possíveis: 1) *amplo*: organização total do Estado, como seu regime político (seria a Constituição não positivada); e 2) *estrito*: normas escritas ou costumeiras, inseridas ou não em documento, que regulam a estrutura do Estado, organização dos Poderes e direitos fundamentais. As Constituições formais corresponderiam ao peculiar modo de existir do Estado, reduzido sob a forma escrita. Seriam, de acordo com o autor, opostas à Constituição em sentido material amplo (SILVA, 2007, p. 39). Por fim, a forma é de um documento solene, ape-

¹⁵ Wilson Accioli (1978) sugere conceituação semelhante.

¹⁶ É válido ressaltar que Pinto Ferreira (1971, p. 70-74) é uma exceção. O constitucionalista reconhece que o conceito material está intimamente ligado à ideia de conceito sociológico da Constituição, ou seja, a própria organização do Estado e das instituições jurídicas ainda não corporificada em uma carta formal. Nesse sentido, todos os Estados teriam uma Constituição, entendida como ordenamento vital anterior. O conceito jurídico ou em seu sentido formal promana da realidade social e reflete-se nas estruturas das normas jurídicas. Pinto Ferreira, no entanto, considera possível a junção desses dois aspectos aos conceitos econômico e ideal de Constituição, no que denomina de conceito total de Constituição em sentido dialético. Seria uma junção dialética dos conteúdos parciais.

nas modificável por processos e formalidades especiais (SILVA, 2006, p.40-41)¹⁷.

Paulo Bonavides (2001, p. 63-65), por sua vez, atesta que o conceito material de Constituição está relacionado à existência de matérias que devem, especificamente, ser regulamentadas por normas constitucionais, tais como: organização de poder, distribuição de competências, exercício de autoridade, forma de governo e direitos fundamentais – em suma, o conteúdo básico referente ao funcionamento da ordem pública. O conceito formal de Constituição, por seu turno, abarca as matérias que, enxertadas no corpo da Constituição, alcançam *status* constitucional, mesmo que não necessariamente se refiram aos elementos básicos ou institucionais da organização política. A matéria goza de garantia e valor superior por estar prevista no texto constitucional¹⁸. Portanto, para Bonavides (2001), a positividade exaure a necessidade de separação entre Constituição formal e material, na medida em que tudo que estiver positivado, não importando a matéria, será considerado como constitucional.

Temer (1999, p. 15-21), assim como Kelsen (2000), ao identificar Estado e Constituição, afirma que qualquer tentativa de, atualmente, identificar matérias que sejam exclusivamente constitucionais seria infrutífera, porque todas

¹⁷ André Ramos Tavares (2013, p. 120) afirma que o direito constitucional positivo espelha o modo de ser do Estado; portanto, a Constituição em sentido material. Pelo enfoque formal, sustenta que são todas as normas as quais, independentemente de seu conteúdo, estão reunidas em um documento solene. Nos exatos termos de José Afonso da Silva, ver Alexandre de Moraes (2005, p. 3). Compreensão semelhante, ainda que agregando ao conteúdo das Constituições materiais missões sociais e compromissos para a concretização dos interesses de uma sociedade plural, ver Mendes e Branco (2012, p. 62-64).

¹⁸ É válido ressaltar que Bonavides (2001) não desconhece a tradição da teoria sociológica de Constituição material tal como desenvolvida no presente trabalho (cf. o capítulo 5 da obra citada), mas, ainda assim, mescla seu conceito com a compreensão positivista como se fossem coisas semelhantes.

as matérias previstas em uma Carta Constitucional (como a brasileira de 1988) que não prevê distinções entre processos formais de alteração de suas próprias normas, como ocorreu na Constituição de 1824¹⁹, são consideradas constitucionais. Em tempo, o autor julga que existe apenas uma única matéria submetida à reserva de Constituição: a identificação do titular do poder²⁰.

No âmbito da classificação das Constituições como materiais e formais, parece haver confusão entre a concepção sociológica e a positivista, uma vez que os autores nacionais parecem ignorar que as duas abordagens são diametralmente opostas e as utilizam de forma indistinta, dúbia ou, por vezes, de forma complementar. Tendo em vista, contudo, que nenhum deles parte de uma compreensão da Constituição material como uma ordem jurídica historicamente determinada e diferenciada, capaz, de algum modo, de influenciar a interpretação ou mesmo a suspensão do direito constitucional formal, consideramos que a concepção positivista de Constituição em sentido material é a que norteia a compreensão dos

¹⁹ Art. 178. E' só Constitucional o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos Poderes Políticos, e aos Direitos Políticos, e individuais dos Cidadãos. Tudo, o que não é Constitucional, pode ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinárias.

²⁰ Como indicado na nota 8, José Borges (2005) aponta que a divisão de direitos fundamentais materialmente e formalmente constitucionais não se identifica com a questão da classificação das Constituições como materiais e formais. Para o autor, a divisão em Constituição material e formal não faz sentido, porque toda norma constitucional que assume forma constitucional possui o mesmo regramento jurídico, tal como afirmado por Temer (1999). Se o autor não considera que exista uma Constituição em sentido material, é lógico que não concordará que a problemática não está relacionada à dos direitos fundamentais materialmente e formalmente constitucionais; no entanto, uma conclusão não exclui a outra, porquanto a questão acerca dos direitos fundamentais poderia estar relacionada à temática da Constituição Material (hipótese 2, *supra*). Passado esse argumento, o problema da positividade (aspecto caro ao autor) permanece (hipótese 1, *supra*).

juristas nacionais, algo que fica mais claro com a conceituação de Temer (1999).

Nesse sentido, para os constitucionalistas brasileiros, Constituição em sentido material seria aquela que contém as normas mais importantes do ordenamento jurídico, bem como as formas mediante as quais ocorrem as alterações do texto da Constituição formal e das demais normas jurídicas, inferiores hierarquicamente²¹.

Portanto, os autores partem da concepção de Constituição que torna, exatamente, insubsistente a separação entre normas materialmente e normas formalmente constitucionais para estabelecer regimes jurídicos diferenciados, visto que a distinção apenas faria sentido caso Constituição em sentido material representasse uma instância jurídica completamente diversa da Constituição formal, tal como nas concepções sociológicas de Schmitt (1996), Smend (1985) e Mortati. Ora, na concepção positivista de Constituição, a identificação normativa de algo como matéria constitucional implica, necessariamente, a sua inclusão no âmbito da formalidade, pois os assuntos são considerados constitucionais em razão de sua dificuldade de alteração e encampação em normas fundamentais superiores²². Por essa razão, observada tal

correlação, é natural que as matérias em questão gozem do regime de alteração dificultoso.

De outra maneira, como poderíamos justificar, pensando na distinção material/formal de acordo com a concepção kelseniana, a existência de normas que são consideradas constitucionais por sua matéria, mas que não gozam de regramento constitucional idêntico às demais? A distinção faria sentido se a Constituição formal fosse algo completamente diferente da material, mas não é o caso das concepções dos autores nacionais, nem o caso da Constituição de 1988, que prevê, em seu texto, normas as quais indicam que os direitos humanos sediados em tratados são fundamentais²³.

Por fim, e recuperando-se as hipóteses acima elencadas, parece-nos que a distinção estrutural feita pelos autores nacionais é sem sentido, restando somente como hipótese a ideia de que a formalidade dos direitos fundamentais apenas diz respeito ao que está positivado, textualmente, de maneira expressa na Constituição (hipótese 1). A formalidade dos direitos fundamentais não pode estar baseada, exclusivamente, em uma lógica kelseniana, porquanto a própria Constituição permite que outras matérias (mesmo que internacionais) possam ser consideradas como constitucionais (§ 2º do art. 5º).

²¹ A referida conceituação facilita a conclusão de Fioravanti (2010) sobre o esvaziamento da Constituição em sentido material pelo positivismo, porquanto, como afirmam Burdeau, Hamon e Troper (2005, p.16), o direito constitucional passa a não se identificar mais por sua matéria exclusiva, mas por sua forma: as normas superiores do ordenamento jurídico.

²² Tais autores, portanto, identificam supremacia com a supralegalidade constitucional na Constituição de 1988. Como sustenta Aragón Reyes (1986), a supremacia constitucional diz respeito ao momento político de superioridade da Constituição (texto produzido por um poder constituinte), na condição de norma com a função de manter a estabilidade de uma comunidade política pela limitação do poder e garantia dos direitos fundamentais. A supralegalidade, por sua vez, surge como a garantia jurídica da supremacia, mantendo, agora pelo aspecto formal, a separação estrita entre poderes constituinte e poder constituído. A supralegalidade protege, em diferentes graus, a supremacia constitucional. Dito em outras palavras, a forma constitucional se justifica

por causa do seu conteúdo material. Em suma, a proteção da supralegalidade constitucional se estende a todas as matérias relacionadas à supremacia constitucional, especialmente aos direitos fundamentais.

²³ Não bastassem tais argumentos, se a noção de Constituição material é kelseniana, a positivação de uma norma constitucional que permite a inclusão de padrões normativos internacionais como fonte do direito constitucional seria suficiente para findar as discussões. Ao analisar a cláusula de abertura material a outros direitos fundamentais presente na Constituição norte-americana, Kelsen (2000, p. 380) sustenta que seria a permissão constitucional para os órgãos que aplicam o direito poderem criar direitos que não estejam presentes no texto da declaração original. Ou seja, a inclusão foi autorizada pelo direito positivo e não é a ausência de positivação dos direitos criados que lhe retirará a proteção da Constituição formal.

Exposta a incongruência de uma distinção como a apregoada pelos autores nacionais entre normas constitucionais materialmente e formalmente constitucionais, dentro de uma concepção positivista, uma pergunta, no entanto, permanece: a distinção poderia ser válida para os direitos fundamentais, considerando-se o aspecto da formalidade como a necessidade de positividade textual?

4. Direitos fundamentais em sentido material e formal: entre o catálogo exauriente e o projeto igualitário

Como vimos nas seções iniciais, para grande parte dos autores nacionais, os direitos fundamentais sediados em tratados internacionais de direitos humanos devem ser considerados como constitucionais em razão da cláusula de abertura prevista no § 2º do art. 5º. No entanto, para os mesmos autores, tais direitos seriam apenas materialmente constitucionais, ou seja, não gozariam das mesmas proteções constitucionais outorgadas às normas formalmente constitucionais²⁴. Tendo em vista que a distinção não pode ser considerada uma exclusão de normas constitucionais da estrutura da Constituição, resta-nos rebater o argumento da hipótese da positividade textual.

A categorização sugerida por esses autores nos parece semelhante à descrição que Canotilho (2003) fez ao identificar os fenômenos da positividade, constitucionalização e fundamentalização dos direitos fundamentais²⁵. De acordo com o português, a positividade seria a incorporação dos direitos considerados naturais e inalienáveis do indivíduo à ordem jurídica positiva. A positividade dos direitos fundamentais deve ser feita, especificamente, por meio da constitucionalização. Esta, por seu turno, se caracterizaria pela incorporação de direitos subjetivos em normas constitucionais formais, aptas a extrai-los da disponibilidade do legislador ordinário, além de, como consequência direta da constitucionalização, servirem como parâmetro para o controle de constitucionalidade e a vinculação de todos os poderes da República (CANOTILHO, 2003, p. 378).

²⁴ Como visto na nota 12, os autores que tratam da teoria do direito constitucional identificam supremacia e supralegalidade constitucional, segundo a construção de Aragón Reyes (1986). Todavia, a defesa de que existem direitos fundamentais materiais que não dispõem da proteção da Constituição formal significa, paradoxalmente, separar supremacia constitucional e supralegalidade. Concordamos com o autor espanhol em que tal separação não seria algo impossível; no entanto, como visto acima, a concepção de direito constitucional trabalhada pelos autores nacionais torna a distinção impossível, porquanto suas concepções de Constituição pressupõem a junção da supremacia e da supralegalidade de forma prejudicial.

²⁵ Jorge Miranda (1995) sugere que todos os direitos fundamentais formais são materiais, mas os direitos fundamentais em sentido material não se esgotam na Constituição formal. O português refere-se à inscrição textual desses direitos na Constituição.

Por outro lado, Canotilho (2003) sustenta que os direitos fundamentais exigem uma proteção não apenas formal, mas material. A referida proteção denomina-se fundamentalização²⁶, que, por sua vez, divide-se em: a) fundamentalidade formal: intimamente associada à constitucionalização e a quatro dimensões importantes [1] são normas de grau superior; 2) submetidas a processos agravados de revisão; 3) passam a ser limites materiais à revisão constitucional; e 4) servem de parâmetro material de interpretação e vinculação dos poderes públicos]; e b) fundamentalidade material: que vincula o conteúdo dos direitos fundamentais às estruturas básicas do Estado e da sociedade. A fundamentalidade material permite a abertura material dos direitos fundamentais, mas não necessariamente constitucionalizando-os. Portanto trata-se de direitos materialmente, mas não formalmente, fundamentais, cabendo-lhes apenas alguns aspectos do regime jurídico inerente à fundamentalidade formal (CANOTILHO, 2003, p. 379).

Portanto, em conjunto, segundo Gomes Canotilho (2003), positividade, constitucionalização e fundamentalidade formal estão relacionadas e as duas últimas identificam-se. A fundamentalização material, no entanto, não constitucionaliza (positiva) os direitos fundamentais de conteúdo análogo aos fundamentalizados formalmente ou constitucionalizados.

²⁶ É interessante notar que Canotilho (2003, p. 378) cita Robert Alexy (2008) como a fonte do sentido de fundamentalização. Contudo, a conceituação de fundamentalidade de Alexy (2008) não corresponde, inteiramente, ao exposto por Canotilho (2003). Alexy (2008) postula que existem dois modelos possíveis de formação das Constituições: um modelo puramente procedimental e um modelo puramente material. Para Alexy (2008), uma Constituição não pode ser totalmente procedimental, uma vez que o legislador poderia editar qualquer conteúdo como direito positivo válido, porquanto a Constituição estabeleceria apenas normas de organização e de procedimento legislativo. A Constituição puramente procedimental não exclui nenhum conteúdo possível do âmbito legislativo. Nesse modelo, os direitos fundamentais não podem ser considerados como direitos que vinculam o legislador, que pode restringi-los à sua vontade. Em contrapartida, um modelo puramente material de Constituição, aquele que apenas contém normas materiais, ensejaria a problemática derivação de qualquer tipo de lei a partir das determinações constitucionais. De acordo com Alexy (2008, p. 520-521), nessa hipótese o legislador apenas declara aquilo que fora determinado pela própria Constituição. Após afirmar que a Constituição alemã seria uma espécie mista (material-procedimental), pois prevê elementos procedimentais e materiais, Alexy (2008) sugere que tal modelo permite a existência de conteúdos constitucionais possíveis, necessários ou impossíveis e conclui que o fato de as normas de direitos fundamentais esclarecerem os conteúdos constitucionalmente necessários e/ou impossíveis para o sistema jurídico constitui seu núcleo de fundamentalidade formal (posição de ápice na estrutura escalonada do ordenamento jurídico, como direitos que vinculam diretamente o legislador, o Executivo e Judiciário). Ao lado da fundamentalidade formal está a substancial, a qual sustenta que é por meio dos direitos fundamentais que são tomadas decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade (ALEXY, 2008, p. 522). Como podemos observar, a preocupação de Alexy (2008) era sustentar que a fundamentalidade dos direitos fundamentais está relacionada à possibilidade de limitar determinados assuntos (não todos) tratados pela legislação ordinária, mas o autor alemão não afirmou, por exemplo, que a fundamentalidade substancial (ou material) seria algo cindível da formal e que a primeira não dispunha da mesma proteção e do mesmo regime constitucional atribuído à última. O autor se referia ao significado dos direitos fundamentais, não à possibilidade de regimes jurídicos diferenciados, caso os momentos da fundamentalidade formal e substancial estivessem separados (ponto, aliás, que não parece ser possível para a teoria alexyana).

A construção de Canotilho (2003) e dos autores brasileiros a respeito do tema dos direitos fundamentais sediados em tratados internacionais padece de contradições.

A primeira e mais evidente é a seguinte: como explicar que certas normas constitucionais (fundamentalização material) não desfrutem da mesma proteção constitucional das demais normas da Constituição (fundamentalização formal), especialmente quando tratamos de direitos fundamentais?

A contra-argumentação dos defensores da referida tese poderia ser construída da seguinte forma: os direitos fundamentais sediados em tratados internacionais de direitos humanos não podem ser considerados como constitucionalizados (por consequência, fundamentalizados formalmente) por conta da ausência de positividade da norma jurídica (no caso, tratado internacional) no corpo constitucional. Por essa razão, não fazem parte da estrutura da Constituição em sentido formal.

Exposta nesses termos, a tese da diferença material/formal se baseia na positividade como o critério principal de distinção de regimes entre os direitos fundamentais, confirmando-se a hipótese acima apresentada de que a formalidade está ligada a um problema textual e estrutural, uma vez que a “ausência” de um direito fundamental expresso (enumerado, escrito, positivado) no catálogo de direitos fundamentais significa que ele não faz parte de toda a estrutura de proteção constitucional. Todavia, como demonstrado no tópico anterior, a hipótese da estrutura não faz sentido dentro de uma concepção material de Constituição positivista.

Apesar de concordarmos que a ausência de uma positividade expressa suscite dúvidas acerca da inclusão ou não de determinado direito fundamental no sistema constitucional, exigindo uma complexa tarefa de interpretação para

justificá-la, a ideia de que a fundamentalização formal não se estenderia a esses direitos parte da compreensão de que os direitos fundamentais estão positivados na Constituição como cláusulas contratuais²⁷ ou como uma lista exauriente de posições jurídicas²⁸.

A referida tese estabelece uma conclusão substancial: se os direitos não foram positivados no nível da constitucionalização, não são importantes o suficiente para serem protegidos pela fundamentalização formal. No entanto, e de acordo com Dworkin (2006, p. 123), a sistemática dos direitos fundamentais não parece ser mais bem interpretada como uma busca para saber o que consta e o que não consta em uma lista, ou seja, como uma busca pelas expressões positivadas ou não no texto.

Pensemos em um exemplo adaptado de Dworkin (2006): na intenção de impedir que certos objetos possam ser utilizados como meios para um sequestro terrorista, uma lista é criada por determinado aeroporto, limitando a entrada de “armas de fogo”, “facas” e “explosivos” no avião. O problema surge quando algum passageiro carrega consigo gás lacrimogênio e questiona se pode ou não entrar com o objeto no avião. Ora, o gás não se submete a nenhuma das categorias expostas acima. Nesses casos, é importante questionar a capacidade de funcionários do aeroporto incluir armas não positivadas ou, como o autor sugere, “não-enumeradas”.

²⁷ O aspecto da vontade na formação obrigacional permeia a estrutura contratual; por consequência, o conhecimento prévio de todas as obrigações e a impossibilidade de assunção de obrigações outras não prescritas no contrato são características inerentes ao fenômeno obrigacional civil. Dessa forma, defender cláusulas não enumeradas, obrigações não previstas (porque ficaram de fora), obrigações que se esgotam no sentido literal das cláusulas previstas e interpretação que atribua sentido à vontade das partes faz sentido no âmbito de relações jurídicas entre particulares, e não na relação de garantia de direitos fundamentais.

²⁸ Isso explica, por exemplo, a utilização da terminologia “catálogo de direitos fundamentais” por boa parte dos autores nacionais.

No entanto, o que está em jogo quando tratamos de direitos fundamentais não é uma referência a possíveis espécies que possam ou não ser incluídas em um gênero maior de direitos fundamentais já positivados, mas sim uma questão de interpretação. Ou seja, quando falamos nos direitos fundamentais, não estamos pensando em posicionar expressões textuais em categorias de referência, mas sim na busca da melhor interpretação acerca de determinados direitos fundamentais e do que eles significam para o sistema constitucional como um todo, no intuito de garanti-los de maneira igualitária.

Como alertou Böckenförde (1993), as disposições sobre direitos fundamentais são fórmulas que indicam preceitos principiológicos os quais carecem, em si mesmos, de um sentido interpretativo material único. A miríade de interpretações que podem ser construídas com base em uma mesma disposição textual normativa²⁹ não pode ser coletada (ou mesmo justificada), simplesmente, em pontos de conexão com a literalidade (ou ainda, no significado meramente semântico da expressão utilizada pela Constituição), mas sim com base em uma teoria relacionada às compreensões interpretativas acerca do que significam os direitos fundamentais no contexto constitucional analisado.

Da mesma forma que os direitos fundamentais, os direitos humanos presentes em tratados internacionais não podem ter sua interpretação limitada pela semântica de seus dispositivos.

Ainda que não necessariamente no viés agora desenvolvido, Piovesan (1997, p. 115) atesta que as expressões utilizadas pelo constituinte brasileiro no rol dos direitos fundamentais são

²⁹ As discussões sobre aborto e eutanásia no Brasil, por exemplo, além de guiadas pelos precedentes da ADI 3.510 e da ADPF 54, deverão ser realizadas com base, primordialmente, no seguinte enunciado textual do *caput* do art. 5º: “inviolabilidade do direito à vida”.

semelhantes às diversas tratativas internacionais. Assim, o que acrescentaria aos direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros afirmar que, a partir da fundamentalização formal dos direitos humanos pelo § 3º do art. 5º, foram incluídos direitos no “catálogo” de direitos fundamentais, semelhantes aos direitos fundamentais positivados?

Direitos fundamentais não são cláusulas em uma apólice de seguro. Portanto, o momento da positivação não é o que determina a sua fundamentalidade formal, na medida em que sua inserção no conteúdo da Constituição é garantida pela natureza principiológica de tais direitos, gozando do mesmo regime jurídico constitucional dos direitos fundamentais “positivados” ou “enumerados”.

Antecipando uma possível crítica ao afirmado no parágrafo anterior, reiteramos que os direitos fundamentais sediados em tratados internacionais de direitos humanos seriam apenas aqueles constantes nos tratados de que a República brasileira faz parte; portanto, dentro da abertura material imposta pela própria Constituição, não de todo e qualquer tratado internacional. De mais a mais, tendo em vista que a distinção material e formal, tal qual apresentada pelos teóricos brasileiros, é de cunho positivista, a expressa permissão constitucional de incluir outras normas e matérias no corpo da Constituição teria o condão, por si só, de outorgar a essas normas o mesmo tratamento atribuído às demais.

Os autores referidos anteriormente sugerem que os tratados internacionais de direitos humanos são normas constitucionais, ainda que não disponham do mesmo regime constitucional. Um dos argumentos para a justificação do § 3º do art. 5º seria reforçar a legitimidade democrática dos direitos humanos sediados em tratados, enrobustecendo sua natureza democrática por conta da participação do Congresso.

Algumas questões precisam ser pontuadas sobre o argumento.

O Congresso Nacional já atuou na incorporação de tratados internacionais de direitos humanos (art. 49, I) assimilados antes da EC 45/04 – portanto, a “vontade” democrática se fez presente³⁰. Qual a necessidade de uma segunda rodada de “vontade democrática”? Os autores não demonstram qual seria a diferença entre a manifestação do Congresso Nacional com base no art. 49, I, e a manifestação do § 3º do art. 5º. Se os mesmos autores defendem que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil anteriormente à EC 45/04 são constitucionais, como sustentar que apenas o § 3º do art. 5º reforça a legitimidade democrática de tais direitos? Existem normas constitucionais com graus de legitimidade democrática diferenciados? Os direitos fundamentais e humanos dependem, necessariamente, de uma legitimidade democrática? E os direitos da minoria? Para serem garantidos, necessitam de confirmação da vontade da maioria?

Consideremos o caso da ADI 4.277/DF e da ADPF 132, que trataram do reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares.

³⁰ É importante lembrar que o Presidente é quem ratifica o tratado; portanto, um agente político eleito pela maioria do povo brasileiro. Dentro do argumento democrático desenvolvido por Sarlet (2005) e Piovesan (2010), os autores identificam os tratados internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente à EC 45/04 como normas constitucionais de pouca e frágil legitimidade democrática, o que, por si só, já parece um contrassenso. E o argumento de ambos se enfraquece ainda mais quando pensamos que o Congresso (eleito pelo povo pelo sistema eleitoral proporcional e majoritário) e o Presidente da República (eleito pelo voto majoritário) atuam conjuntamente para a incorporação do tratado. A junção de vontades dos poderes políticos do país não é capaz de atribuir força democrática suficiente ao tratado? Qual critério os autores utilizaram para medir a legitimidade democrática de um tratado considerado norma constitucional, mas que não possui *status* de emenda? É impossível responder a tais questionamentos, uma vez que os autores não apontam a teoria democrática que fundamentou suas conclusões.

De acordo com recente pesquisa feita pelo IBOPE (2011), 55% dos entrevistados declararam ser contrários à união de pessoas do mesmo sexo. Segundo o argumento dos autores, a decisão do STF seria antidemocrática, uma vez que foi contra a vontade democrática em, pelo menos, duas formas: a) contra a vontade popular; e b) sem que tenha havido manifestação expressa do Congresso Nacional via emenda constitucional.

Além de uma concepção problemática de democracia, o argumento parece confirmar a ideia de que direitos fundamentais apenas podem ser reconhecidos por meio de uma positividade formal, não sendo, portanto, fruto de um desenvolvimento de pressupostos igualitários sobre posições materiais inerentes à pessoa.

A afirmação de que os tratados apenas materialmente constitucionais possuiriam uma aplicação interpretativa subsidiária diminui a importância dos tratados internacionais de direitos humanos, visto que estabelece o caráter da positividade como a principal forma de reconhecimento de direito e dificulta o desenvolvimento do diálogo entre as cortes.

De acordo com Amaral Junior e Jubilut (2009, p. 30-32), a defesa internacional dos direitos humanos é uma nova dimensão da responsabilidade estatal, na medida em que seu principal objetivo é a proteção daqueles e não, necessariamente, das obrigações assumidas entre dois países acerca de uma temática que somente lhes diz respeito, com delimitação estrita de seus deveres e direitos. Com efeito, a proteção internacional forma duas esferas de proteção, em que a tônica da complementaridade exige que haja uma dialética entre os âmbitos, pois mudanças numa esfera repercutem na outra. Isso se deve ao fato de que ambas devem atingir o mesmo objetivo (porquanto possuem o mesmo fundamento): a defesa da dignidade da pessoa humana.

A interpretação subsidiária dos tratados internacionais, no entanto, negligencia os precedentes internacionais de tribunais internacionais de direitos humanos, especialmente da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Inexiste em nosso país o costume de harmonizar a interpretação dos direitos fundamentais com os delineamentos dos precedentes advindos da Corte Interamericana. Quando são feitas referências aos artigos da Convenção Americana de Direitos Humanos, isso se dá de maneira formal, com a simples citação do dispositivo do tratado (BRASIL, 1996a, 1996b), reforçando-se o ideal de aplicação ou interpretação subsidiária. Dessa maneira, o descompasso da jurisprudência interna com as principais diretivas interpretativas estruturadas pelo órgão internacional sobre os direitos humanos abre um perigoso flanco para que o Brasil seja condenado internacionalmente por violação dos referidos direitos.

Ademais, tendo em vista que a interpretação dos direitos fundamentais não se baseia no aspecto da positivação, mas sim em seu significado no conjunto constitucional, seria inapropriado que o Poder Judiciário, ao analisar um artigo constante de tratado internacional incorporado pelo país, atribuisse interpretação diferente daquela adotada pela Corte internacional, abrindo a possibilidade de eventual condenação (RAMOS, 2009, p. 848)³¹. Portanto, em vez de defender uma interpretação subsidiária, a atribuição dos aspectos material e formal aos direitos fundamentais sediados em tratados que não tenham passado pelo procedimento instaurado pela EC 45/04 tende a estimular o diálogo, e não a categorização hierárquica de direitos fundamentais.

Como visto acima, Piovesan (1997, 2010) estabelece uma diferença para os tratados considerados formalmente e materialmente constitucionais e os tratados apenas materialmente constitucionais: a impossibilidade de denúncia dos primeiros. Todavia, como ressalta André Carvalho Ramos (2012, p. 50), o Brasil não estabeleceu reservas às cláusulas de denúncia presentes nos principais tratados ratificados pelo país, o que torna a denúncia dos tratados possível. Outros autores, cientes da possibilidade, apenas atestam que ela será possível caso passe pelo mesmo quórum de aprovação (no caso, após manifestação, em dois turnos de votação, de 3/5 dos membros de cada casa congressual).

E os tratados internacionais de direitos humanos anteriores à EC 45/04? Podem ser denunciados apenas pelo Presidente da República ou devem passar pelo mesmo procedimento citado? Para os autores referidos nos tópicos anteriores, não basta que sejam considerados

³¹ É bem verdade que, após a decisão no RE 466.343/SP, as citações de dispositivos da Convenção e de casos da Corte IDH são mais frequentes; no entanto, ainda se trata de medidas incipientes do ponto de vista da necessária harmonização dialógica da jurisprudência (BRASIL, 2009, 2006).

materialmente constitucionais; apenas os tratados materialmente e formalmente constitucionais gozariam de tal reforço contra denúncias unilaterais³². Contudo, a divisão de proteção não faz sentido, quando tomamos ambos os tratados como constitucionais (sem distinção entre formais e materiais).

Nos dois casos mencionados, em função de sua constitucionalidade, o tratado não poderá ser denunciado apenas pelo Presidente. Considerando-se que, por ocasião de sua incorporação como norma constitucional (§ 2º do art. 5º), o tratado exigiu a junção das vontades do Congresso e do Presidente para que o país assumisse encargos no plano internacional e se submetesse a sistema regional de proteção de direitos humanos, a fim de que seja realizada sua denúncia, a mesma junção de vontades deve ser observada.

Por fim, sendo constitucionais, todos os tratados internacionais de direitos humanos podem ser utilizados como parâmetros para o controle de constitucionalidade (concentrado ou difuso), não incidindo para os referidos tratados o disposto no art. 102, III, *b*. Embora se trate de uma justificativa aparentemente simples, temos de reforçar a referida conclusão, porquanto os autores mencionados excluem normas constitucionais (materiais) da Constituição, apesar de afirmarem que elas compõem o que denominam de bloco de constitucionalidade. Ora, sendo constitucionais, os tratados internacionais de direitos humanos não podem ser declarados inconstitucionais pelo STF e servem de parâmetro para a aferição da constitucionalidade de lei ou ato normativo.

5. Conclusão

Apesar de bem intencionada, a tese de que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente à EC 45/04 seriam apenas materialmente constitucionais enfraquece a proteção dos direitos fundamentais e humanos no Brasil, uma vez que cria distinções de regimes constitucionais para direitos fundamentais.

As referidas distinções não se sustentam: 1) os teóricos da Constituição brasileira não são partidários da tradição da Constituição material desenvolvida pelos germânicos do começo do século XX, tornando-se insubsistente a divisão entre norma constitucional material e formal para lhes atribuir regramentos jurídicos distintos; e 2) os direitos fundamentais não se identificam com cláusulas contratuais que exaurem seu efeito no aspecto da positividade – tais direitos, pelo contrário, exigem interpretação que os torne importantes garantias para a defesa da igualdade.

³² O assunto está na pauta do STF (ADI 1625).

As conclusões do artigo, para o leitor atento, pressupõem um problema: qual a função, então, do § 3º do art. 5º? Bem, esse é um assunto para uma próxima conversa.

Referências

- ACCIOLI, Wilson. *Instituições de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AMARAL JUNIOR, Alberto; JUBILUT, Líliliana Lyra. O direito internacional dos direitos humanos e o Supremo Tribunal Federal. In: AMARAL JUNIOR, Alberto; JUBILUT, Líliliana Lyra (Org.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- ARAGÓN REYES, Manuel. Sobre las nociones de supremacía y suprallegalidad. *Revista de Estudios Político*, Madrid, n. 50, p. 9-30, marzo/abr. 1986.
- ARINOS, Afonso. *Curso de direito constitucional brasileiro*. Forense: Rio de Janeiro, 1958.
- BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.
- BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. *Lua Nova*, São Paulo, v. 61, p. 5-24, 2004.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Tradução de Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. Malheiros: São Paulo, 2001.
- BORGES, José Souto Maior. *Curso de direito comunitário*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 72131/RJ, de 23 de novembro de 1995. *Diário da Justiça*, Brasília, 1 ago. 2003.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 72610/MG, de 5 de dezembro de 1995. *Diário da Justiça*, Brasília, 6 set. 1996a.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 73151/RJ, de 18 de dezembro de 1995. *Diário da Justiça*, Brasília, 19 abr. 1996b.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466343/SP, de 3 de dezembro de 2008. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 5 jun. 2009.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Extradicação n. 954/IT, de 7 de junho de 2006. *Diário da Justiça*, Brasília, 19 jun. 2006.
- BURDEAU, Georges; HAMON, Francis; TROPER, Michel. *Direito constitucional*. 27. ed. Barueri: Manole, 2005.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Medina, 2003.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cippola. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERREIRA, Pinto. *Princípios gerais do direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

FIORAVANTI, Maurizio. Las doctrinas de la constitución en sentido material. *Fundamentos*, Oviedo, n. 6, p. 425-438, 2010.

GUASTINI, Riccardo. Sobre el concepto de Constitución. In: CARBONELL, Miguel (Org.) *Teoría de la Constitución*. México: UNAM, 2001.

GUERRA, Sidney. *Direito humanos na ordem jurídica internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: constituição, racismo e relações internacionais*. Barueri: Manole, 2005.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Jorge. A recepção da declaração universal dos direitos do homem pela Constituição portuguesa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 99, p. 1-20, jan./mar. 1995.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

QUIXADÁ, Leticia Antonio. *O Supremo e os tratados internacionais de direitos humanos: debate jurisprudencial em relação ao nível hierárquico-normativo dos tratados internacionais*. 2009. 74 f. Monografia de Especialização (Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público), Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2009.

RAMOS, André de Carvalho. *Pluralidade das ordens jurídicas: a relação do direito brasileiro com o direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. O diálogo das cortes: aproveitar o bom momento para o direito internacional dos direitos humanos. In: AMARAL JUNIOR, Alberto; JUBILUT, Liliana Lyra (Org.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 1996.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SMEND, Rudolf. *Constitución y derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*. 2. ed. Brasília: UnB, 2000.