

Constitucionalização do direito internacional: uma nova forma de alteração da Constituição

Aldir Guedes Soriano

Sumário

1. Introdução. 2. Formas de alteração da Constituição mencionadas pela doutrina. 2.1. Via legislativa (formal). 2.2. Via interpretativa (material ou informal). 3. Alteração da identidade do sujeito Constitucional. 4. Alterações por meio do processo de constitucionalização do direito internacional. 4.1. Inclusão de tratados internacionais de direitos humanos na CF. 4.2. Prisão civil: exemplo de mutação constitucional. 5. Proposta de classificação das formas de alteração constitucional. 6. Cláusulas pétreas e *jus cogens*. 7. Conclusões.

1. Introdução

“É possível que estejamos testemunhando hoje, mais do que uma época de transformações, uma verdadeira transformação de época, com os avanços tecnológicos e nas comunicações. Os grandes desafios de nossos tempos – a proteção do ser humano e do meio ambiente, o desarmamento, a erradicação da pobreza crônica, o desenvolvimento humano, e a superação das disparidades alarmantes entre os países e dentro deles – nos incitam a repensar os próprios fundamentos e princípios do Direito Internacional contemporâneo, com vistas a sua

Aldir Guedes Soriano é advogado no estado de São Paulo.

revitalização, como um verdadeiro direito universal da humanidade.” (...) “Se considerarmos que, há um século atrás, prevaleciam inquestionados o colonialismo, as capitulações, e os tratados impostos pela força, não há como negar que, apesar dos percalços, o Direito Internacional tem se impregnado crescentemente de valores éticos.” (TRINDADE, 2002, p. 1086).

Como é cediço, vivemos em um mundo em transformação. Ademais, não é necessário qualquer esforço para se constatar que as mudanças políticas, econômicas, sociais e culturais estão, cada dia, mais céleres.

O ordenamento jurídico, por conseguinte, deve acompanhar essas mudanças por que passam o mundo e a sociedade. Assim sendo, a Constituição não pode ser um documento estático; ela deve ser dinâmica para amoldar-se às mudanças da realidade fática¹ (cf. BASTOS, 2002, p. 205). Essa necessidade é mais sensível se considerarmos os fenômenos da globalização e da constitucionalização do direito internacional. Destarte, um dos mais prementes desafios do direito no século XXI é o de acompanhar todas as mudanças mundiais. Note-se, a propósito, a perplexidade dos juristas diante das grandes inovações tecnológicas, *verbi gratia*, a problemática advinda da clonagem de embriões humanos e a produção de alimentos transgênicos.

Quando se cuida das mudanças do ordenamento jurídico, não se pode olvidar que o homem é o destinatário final do direito e da justiça. Os grandes desafios do direito contemporâneo exigem, pois, um tratamento que favoreça, em primeiro lugar, a proteção da pessoa humana: a sua vida, a sua dignidade e a sua liberdade. Não se pode falar em progresso social sem a devida consideração à pessoa humana, com todas as suas peculiaridades e necessidades biológicas e espirituais.

A doutrina menciona alguns caminhos através dos quais a Constituição pode ser

alterada: por via legislativa ou via interpretativa.

O presente trabalho tem o escopo de estudar esses caminhos, destacando ainda uma outra possibilidade de mudança, esta levada a efeito pela constitucionalização do direito internacional, em consonância com as novas tendências do Direito Internacional Público e sua universalização e, também, humanização.

A prisão civil por dívida é mencionada no presente estudo como um exemplo de alteração constitucional provocada pela incorporação de tratados internacionais de direitos humanos na Constituição (constitucionalização do direito internacional).

Por fim, apresenta-se, no presente ensaio, uma proposta de classificação das formas de alteração constitucional. Uma grande divisão dessas formas compreende, de um lado, as mudanças observadas no âmbito do direito interno (sentido horizontal), efetuadas pelo Poder Legislativo e pelos intérpretes da Constituição e, de outra banda, aquelas que ocorrem sob a influência do Direito Internacional, com a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos.

2. Formas de alteração da Constituição mencionadas pela doutrina

Antes de se abordar as diversas formas de alteração constitucional, convém fazer alguns comentários preliminares.

Em primeiro lugar, cumpre deixar consignado que a terminologia empregada na doutrina é, por vezes, vacilante, quando se trata de alteração da Constituição. Anna Cândida FERRAZ (1986, p. 12) dizia, inclusive, não haver consenso nesse pormenor. A professora observa a utilização das seguintes expressões: processos oblíquos (Campos), processos não formais (Meirelles Teixeira), processos de fato (Pietro Merola Chierchia), revisão informal (J. J. Canotilho) e mudança material (Pinto Ferreira).

O professor José Afonso da SILVA (1997, p. 64) assinala a necessidade de se efetuar a

devida distinção entre mutação constitucional e reforma constitucional. Nessa esteira, a mutação constitucional deve ser reservada aos processos informais de mudança da constituição. A reforma constitucional, por seu turno, deve ser reservada aos processos formais, levados a efeito pelo poder reformador (poder constituinte derivado) (SILVA, 1997, p. 64; FERRAZ, 1986, p. 12; HESSE, 1998, p. 46; CANOTILHO, 2000, p. 1191). Além disso, o termo reforma abarca a emenda e a revisão. Esta, no caso da experiência brasileira, prevista no art. 3º do ADCT, já se consumou, restando apenas aquela como meio de mudança formal da Constituição (SILVA, 1997, p. 64-65).

Na lição de Anna Cândida FERRAZ (1986, p. 12):

“Simplificando a questão terminológica, as expressões processo direto ou processo formal serão usadas para indicar a alteração constitucional produzida por reforma constitucional, obra do Poder Constituinte instituído, em qualquer de suas modalidades ou formas de expressão, e processos indiretos, processos não formais ou processos informais para designar todo e qualquer meio de mudança constitucional não produzida pelas modalidades organizadas de exercício do Poder Constituinte derivado.”

Mesmo as Constituições chamadas rígidas são mutáveis, bastando para isso o cumprimento de certos requisitos, como, por exemplo, um *quorum* mais dificultoso, ao revés daquele reservado às normas infraconstitucionais, que se satisfaz com uma maioria simples. Há, no entanto, um núcleo imutável – são as chamadas cláusulas pétreas, reconhecidas no direito pátrio.

Meirelles TEIXEIRA (1991, p. 106) observa que a garantia da segurança jurídica depende de uma certa estabilidade do ordenamento normativo. Essa estabilidade, no entanto, não implica imutabilidade. Nenhuma Constituição pode ser eterna, “e nem seria possível conceber-se uma Constituição

imutável, frente à realidade social cambiantes, com exigências, necessidades e situações sempre novas ou em constante evolução”. Nesse sentido, o saudoso publicista arremata dizendo que “o Direito não é apenas um instrumento de ordem, mas também de progresso social”.

É de se observar ainda que os procedimentos mais complexos e solenes favorecem a tutela das minorias, uma vez que se impede a reforma ilegítima do texto constitucional por uma maioria (DI RUFFIA, 1984, p. 220).

Diferentes concepções acerca da Constituição, no sentido jurídico do termo, foram desenvolvidas a partir do advento do recente fenômeno conhecido como constitucionalismo (fim do século XVIII). Fala-se, nesse particular, em Constituição nos sentidos formal, material e substancial. Ao definir a Constituição material, como aquela integralizada pelos fatores reais de poder presentes na sociedade, LASSALE (2001, p. 23) afirma que a outra (formal) não passa de uma folha de papel. Outrora, os sentidos formal e material da Constituição eram concebidos como realidades distintas e independentes. Contudo, numa visão mais atual, a Constituição formal e a material são duas realidades que se inter-relacionam, como observa o professor Celso Ribeiro BASTOS (2002, p. 205). Assim sendo, com essa nova concepção de Constituição, abre-se a possibilidade de se alterar a Constituição, sem, contudo, alterar o seu texto, à medida que a realidade fática interage com a formal².

Segundo Paulo BONAVIDES (2002, p. 148), para a teoria formal da Constituição, de cunho positivista, conduzida por KELSEN, só seria admissível “a mudança constitucional do texto da Constituição”. Todavia, até mesmo a corrente voluntarista de KELSEN já admitia a interpretação como atividade criadora, capaz de conduzir o intérprete a mais de uma interpretação válida (BASTOS, 2002, p. 263).

Por derradeiro, cumpre assinalar que a Constituição é um sistema aberto de regras

e princípios, como enfatizam os doutrinadores (CANOTILHO; Celso Ribeiro BASTOS e outros)³. São os princípios que imprimem maior dinamismo às Constituições, permitindo, inclusive, uma interpretação evolutiva. Eles encampam valores que refletem as diversas aspirações de uma sociedade pluralista (BASTOS, 2002, p. 208). Assim, os princípios auxiliam os intérpretes da Constituição na difícil tarefa de se acompanhar a realidade fática.

2.1. *Via legislativa (formal)*

A forma mais óbvia pela qual uma Constituição pode ser alterada é aquela levada a efeito pelo Legislativo (poder constituinte originário e derivado). Por essa via, ocorre a substituição ou alteração do texto Constitucional.

Como se sabe, o poder constituinte originário, ilimitado, pode efetuar mudanças mais profundas na ordem jurídica, outorgando ou promulgando uma nova Constituição, de forma que acaba por substituir o antigo regime, juntamente com o seu Documento Maior, que é a Constituição.

Cabe ao poder constituinte derivado efetuar mudanças por meio de emendas ao texto constitucional. As Emendas Constitucionais alteram a literalidade do texto constitucional, “agregando, suprimindo ou alterando um ou alguns de seus preceitos” (BASTOS, 2002, p. 205).

Segundo Peter HÄBERLE (2002, p. 27), o legislador atua como elemento precursor do processo de reforma constitucional, uma vez que ele, ao interpretar a Constituição, acaba possibilitando uma eventual revisão. Por conseguinte, esse caminho depende de uma atividade interpretativa prévia (anterior à emenda do texto).

2.2. *Via interpretativa (material ou informal)*

Mediante a via interpretativa, a Constituição é modificada sem que haja alteração no seu texto. Essa idéia parte do princípio de que a interpretação é uma atividade cria-

dora e, também, um ato de vontade (BASTOS, 2002, p. 263-267), já que o intérprete pode escolher os diversos métodos interpretativos disponíveis e chegar a resultados diferentes.

Uma das mais ágeis formas de mutação constitucional é levada a cabo por meio de uma interpretação evolutiva. Esta, assinala Luís Roberto BARROSO (2001, p. 145) – amparado na doutrina de Anna Cândida da Cunha FERRAZ –, “é um processo informal de reforma do texto da Constituição”. “Consiste ela na atribuição de novos conteúdos à norma constitucional, sem modificação do seu teor literal, em razão de mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais que não estavam presentes na mente dos constituintes”.

Como observa Celso Ribeiro BASTOS (2002, p. 37, 272), interpretar é atribuir um significado à norma. Não se trata simplesmente de extrair um significado da norma, como se houvesse apenas um sentido possível. Na verdade, é possível imputar mais de um significado válido às normas, porquanto elas são, na maioria das vezes, plurissignificativas ou polissêmicas.

Segundo Michel ROSENFELD (1995, p. 1050), “um texto constitucional escrito é inexoravelmente incompleto e sujeito a múltiplas interpretações plausíveis”. Assim sendo, a escolha de uma dessas interpretações plausíveis ou de um desses significados válidos está vinculada à vontade do intérprete – em consonância com a corrente voluntarista.

Todavia a discricionariedade do intérprete é limitada; ela não pode invadir a competência do legislador, passando por cima da literalidade da norma. Vale aqui lembrar a lição do professor Celso Ribeiro BASTOS (2002, p. 182), para quem “a letra da Constituição é o ponto de partida e limite último do intérprete”. Nesse sentido anota Luís Roberto BARROSO (2001, p. 148), para quem “a interpretação evolutiva, sem reforma da Constituição, há de encontrar limites”: “O primeiro deles é representado pelo

próprio texto, pois a abertura da linguagem constitucional e a polissemia de seus termos não são absolutas, devendo estancar diante de significados mínimos.”

Participam dessa forma de mutação Constitucional todos os intérpretes da Constituição. Meirelles TEIXEIRA (1991, p. 272; MAXIMILIANO, 2000, p. 67 et seq.) enfatiza as interpretações: autêntica (Poder Constituinte), judicial (juízes e Tribunais) e doutrinária (juristas e doutrinadores). As interpretações que emanam dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário são consideradas mais relevantes e com maior potencial cambiante. Contudo não podemos nos descurar da interpretação dos doutrinadores ou cultores do direito. Nessa esteira, Caçado TRINDADE (2002, p. 1109) assinala que “... não é função do jurista simplesmente tomar nota da prática dos Estados, mas sim dizer qual é o direito. E ao jurista está reservado um papel de crucial importância na construção do novo *jus gentium* do século XXI, o direito universal da humanidade”. Ora, o jurista não pode dizer o direito sem antes interpretá-lo. A interpretação doutrinária, nas palavras de Meirelles TEIXEIRA (1991, p. 274), “*não só constrói teorias como ainda dele extrai novos sentidos, adaptando-o à realidade concreta*”. Além dos intérpretes já mencionados, segundo Peter HÄBERLE (2002, p. 24), todos aqueles que vivem a Constituição devem interpretá-la. Assim, também cabe ao povo e à opinião pública o exercício dessa atividade interpretativa.

No processo de concreção da norma constitucional, com o fim de aplicá-la à realidade, ocorre a subsunção do fato à norma. Esse processo não é meramente mecânico (*la mecánica de la subsunción*), como assinala Raúl Canosa USERA (apud BASTOS, 2002, p. 265); não se limita a uma mera aplicação de um silogismo (Norma – Fato = Conseqüência jurídica). Isso porque não se pode aplicar uma norma sem antes interpretá-la. Ademais, a interpretação evolui com o tempo, à medida que a realidade fática se altera⁴. Assim sendo, alterando-se a realidade fática, altera-se

a interpretação, sem que haja alteração formal do texto constitucional. Trata-se de uma alteração ou mutação constitucional no sentido material.

Além de se atribuir um significado válido à norma, até a obtenção de uma norma de decisão, o intérprete deve cotejar a norma com os diversos princípios constitucionais (princípios gerais de direito e demais princípios constitucionais) e, também, com os postulados hermenêuticos, sem o que não é possível uma interpretação válida (cf. BASTOS, 2002, p. 250-252). Desse cotejo, entre a norma que se ajusta ao fato concreto e os princípios, pode nascer mais de uma interpretação válida.

No que tange à interpretação constitucional, não se pode deixar de mencionar o método científico-espiritual de SMEND, que “parte do pressuposto de que a Constituição deve ser interpretada sempre como um todo, num sentido de totalidade, não se podendo ignorar a realidade e o conteúdo da norma” (BASTOS, 2002, p. 247). Por isso, não se pode interpretar uma norma isoladamente, sem o cotejo com as outras normas (regras e princípios). Esse método apresenta afinidade com o postulado da unidade da Constituição. Ao enfrentar esse método, J. J. CANOTILHO (2000, p. 1162) ressalta que a interpretação constitucional não pode ser dissociada de seu conteúdo axiológico, assim a Constituição deve ser concebida como uma ordem de valores.

Acerca desse benfazejo método escreveu Paulo BONAVIDES (2002, p. 156):

“Um dos merecimentos da teoria constitucional integrativa ou científico-espiritual é haver alargado, como nenhuma outra anteriormente, as possibilidades interpretativas da Constituição...” (...) “Foi Smend dos mais agudos em assinalar pois a importância da mutação constitucional, ultimada fora dos processos formais explícitos e técnicos de reforma da Constituição.”

Esse método merece ser destacado, porquanto vem ao encontro das necessidades

de se mudar a Constituição sem que se le-
vem a cabo alterações textuais, o que só pode
ser feito com o árduo e, por vezes, moroso
processo legislativo.

3. *Alteração da identidade do sujeito constitucional*

Não se pode deixar de anotar que as al-
terações da identidade do sujeito constitu-
cional também acarretam mutações na
Constituição. Tais alterações constitu-
cionais podem ocorrer com ou sem alteração
do texto. De qualquer forma, nos dois casos,
com ou sem alteração do texto, participam
os intérpretes constitucionais, uma vez que,
como bem disse ROSENFELD (1995), estes
não “podem se despir completamente de sua
identidade nacional e cultural”.

Segundo ROSENFELD, a identidade do
sujeito constitucional – complexa, fragmen-
tada, parcial, incompleta e, ainda, impulsio-
nada por um movimento dialético – carece
de constante reconstrução. A negação, a
metáfora e a metonímia são as principais
ferramentas de reconstrução dessa identi-
dade constitucional, que acompanha as
novas tendências sociais.

Destarte, alterando-se a identidade do
sujeito constitucional, altera-se, também, a
visão do intérprete e a sua interpretação.

Note-se, por exemplo, o que ocorreu com
a expressão “*Nós, o Povo*” (*We the People*) da
Constituição estadunidense de 1787, trazi-
da à baila por ROSENFELD. Num primeiro
momento, essa expressão incluía governan-
tes e governados, mas excluía os escravos
afro-americanos, em oposição à Declaração
de Independência Americana de 1776 e à
Declaração de Direitos e Virgínia de 1787:
“*Todos os seres humanos são, pela natureza,
igualmente livres e independentes...*”. Num
segundo momento, após a Guerra de Seces-
são, os afro-americanos foram incluídos na
expressão *We the People* do preâmbulo da
Constituição, conquanto a escravatura foi
abolida. Assim sendo, houve uma mudan-
ça Constitucional sem alteração do texto. O

mesmo documento que, no passado, admi-
tia a escravidão passa agora a proibi-la.

4. *Alterações por meio do processo de constitucionalização do direito internacional*

A Constituição brasileira de 1988 per-
mite, como veremos, a incorporação dos tra-
tados internacionais de direitos humanos⁵.
Assim sendo, por meio dessa via, constitu-
cionalização do Direito Internacional, a
Constituição também pode ser alterada.

Após a Segunda Guerra Mundial, com a
criação das Nações Unidas (1945) e a De-
claração Universal dos Direitos do Homem
(1948), observa-se um processo de interna-
cionalização (ou universalização) do direi-
to (cf. PIOVESAN, 1997, p. 139-155). Esse
fenômeno compreende um novo paradigma,
caracterizado pela positivação dos direitos,
sobretudo humanos, no âmbito da comuni-
dade internacional⁶. Nesse sentido, os Esta-
dos pactuantes se comprometem mutua-
mente, por meio dos acordos internacionais
(*pacta sunt servanda*).

A professora Flávia PIOVESAN (1997,
p. 152) anota que “a Carta das Nações Uni-
das de 1945 consolida o movimento de in-
ternacionalização dos direitos humanos, a
partir do consenso de Estados que elevam a
promoção desses direitos a propósito e fi-
nalidade das Nações Unidas. Definitiva-
mente, a relação de um Estado com seus
nacionais passa a ser uma problemática in-
ternacional, objeto de instituições interna-
cionais e do Direito internacional”.

Nesse contexto, há o entrelaçamento de
duas realidades: internacionalização do
direito constitucional e constitucionalização
do direito internacional (cf. BOSON, 1996,
p. 139-171). Todavia, resta saber em que con-
siste, e como ocorre, o processo de constitu-
cionalização do direito internacional.

Segundo Cançado TRINDADE (cf. TRIN-
DADE, 2002, p. 1083-1087), após a segunda
metade do século XX, o Direito Internacio-
nal passou por uma acentuada mudança:

superou o positivismo voluntarista sempre superveniente à ordem estatal (paradigma interestatal), adotou os “valores comuns superiores” (jusnaturalismo) e passou a reconhecer a pessoa humana como titular de direitos no âmbito internacional. Dessa forma, o Direito Internacional passou por um processo de humanização, que também se verificou no Direito Constitucional. Há hoje um consenso que reconhece a personalidade jurídica internacional do indivíduo⁷. Nessa esteira, Roberto Luiz SILVA (2002, p. 391) anota que: “Não se pode falar em direitos do homem garantidos pela ordem jurídica internacional se o homem não for sujeito de Direito Internacional. Negar a personalidade internacional do homem é negar ou deturpar a existência de uma série de instrumentos da vida jurídica internacional”.

GUERRA FILHO (2000, p. 108) chega a ponto de propor uma síntese entre as duas grandes correntes jurídicas: “A possibilidade de se lidar com valores no direito, da forma racional e intersubjetivamente controlável, que é próprio da ciência, assume uma importância decisiva, ao se pretender adotar um modelo epistemológico que supere a antítese entre aquele do positivismo normativista, axiologicamente neutro, e o seu oposto jusnaturalista, das mais diversas formas.”

Não se pode mesmo cindir o direito da moral ou da ética, como acentua Ronald DWORKIN (1999). A concepção positivista reduz o direito à norma e o separa da moral, o que, por sua vez, foi rechaçado por John RAWLS e Ronald DWORKIN. Para DWORKIN a separação entre o direito e a moral é falsa. A teoria do direito do professor de Oxford, diferentemente do modelo positivista, essencialmente normativo, propõe a fusão de princípios morais e jurídicos (normas e princípios), o que reduz a incerteza do direito, ao passo que o capacita para a resolução dos litígios mais difíceis (*hard cases*), insolúveis no paradigma positivista (cf. CALSAMIGLIA, 1999, p. 11-16).

É de se observar que essa tendência de aliar o direito à ética e à moral se faz presen-

te não apenas no Direito Internacional e Constitucional, mas também no direito infraconstitucional. O art. 187 do novo Código Civil brasileiro, citado tantas vezes pelo professor Miguel REALE em suas palestras, é um exemplo do liame existente entre o direito e a eticidade, ao mencionar a boa-fé e os costumes:

“Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

Note-se, pois, que os sistemas jurídicos são abertos. São, na verdade, sistemas de regras, valores e princípios. O ordenamento jurídico não mais comporta sistemas fechados.

O direito experimentou, sem embargo, grandes transformações após o Segundo Pós-Guerra, como a superação do positivismo voluntarista, o advento do processo de humanização e o surgimento de novas formas de interpretação Constitucional. Cabe, contudo, ressaltar que o objetivo maior do direito é a proteção da pessoa humana e de sua dignidade. Não há nenhum benefício real na proteção dos interesses estatais, ou até mesmo do meio ambiente, se a pessoa humana não é protegida. Essa é a tendência mais benfazeja tanto do Direito Internacional como do Direito Constitucional. O princípio da dignidade da pessoa humana foi consagrado no Direito Constitucional e Internacional.

É cediço que as cláusulas e regras acordadas por meio de tratados internacionais acabam, de alguma forma, ingressando no ordenamento jurídico interno do Estado pactuante, quer em nível constitucional ou infraconstitucional. Como se verá no momento oportuno, os tratados de direitos humanos recebem um tratamento diferenciado, porquanto ingressam no ordenamento em nível constitucional.

Não se pode deixar de reconhecer a importância dessa forma de mudança da Mag-

na Carta, por ela mesma autorizada, em face do processo de internacionalização do direito e da economia (globalização).

4.1. Inclusão de tratados internacionais de direitos humanos na CF

Quando se fala da relação entre o Direito Internacional e a Constituição, deve-se ter em mente o princípio da abertura internacional. A Constituição, segundo J. J. CANOTILHO (2000, p. 363), é um sistema aberto que conforma os princípios e as normas internacionais. Dessa forma, o Direito Internacional exerce a sua influência no Direito Interno, cujo limite se fundamenta em uma base antropológica.

As Constituições portuguesa e brasileira reconhecem a prevalência dos direitos humanos como princípio norteador das relações internacionais. A República Federativa do Brasil rege-se pelos princípios da independência nacional, prevalência dos direitos humanos, autodeterminação dos povos, não-intervenção entre os Estados, defesa da paz e solução pacífica dos conflitos, conforme o art. 4º da CF/88. De forma similar, estabelece o art. 7º da Constituição da República Portuguesa. A Constituição Brasileira consagra, ainda, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da CF/88).

Além de interagir com a Constituição, há que se ressaltar que o Direito Internacional faz parte do Direito Interno. No dizer de BLACKSTONE (apud CANOTILHO, 2000, p. 795),

“international law is part of the law of the land”.

No que diz respeito aos tratados internacionais de direitos humanos, a doutrina humanista (PIOVESAN, 1997; TRINDADE, 2002; MAZZUOLI; WEIS, 1999) tem assentado o entendimento de que eles ingressam no ordenamento jurídico em nível constitucional.

O entendimento *supra* decorre da exegese do art. 5º, § 2º, da CF/88, uma vez que

dispõe, *in verbis*: “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.”

No Brasil, a doutrina majoritária adota o monismo internacionalista, com primazia para direito internacional (cf. MELLO, 2002, p. 116; REZEK, 2000, p. 18).

Todavia, quando houver conflito entre um Tratado Internacional de direitos humanos e a Constituição Federal, deve prevalecer o diploma mais benéfico ou mais favorável aos direitos humanos.

No dizer do professor Valerio de Oliveira MAZZUOLI (2002b, p. 146-147):

“O raciocínio é simples: abstraindo-se a referência aos tratados, o texto constitucional dispõe que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros ‘decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados’. Um dos princípios constitucionais expressamente consagrados pela Magna Carta, o qual, inclusive, é norteador da República Federativa do Brasil, nas suas relações internacionais, é o princípio da prevalência dos direitos humanos (CF, art. 4º, II), que, aliás, é a primeira vez que aparece em uma Constituição brasileira, como princípio fundamental a reger as relações internacionais do Estado brasileiro. Ora, se é princípio da República Federativa do Brasil a prevalência dos direitos humanos, a outro entendimento não se pode chegar senão o de que todo tratado internacional de direitos humanos terá prevalência, no que for mais benéfico, às normas constitucionais em vigor”.

O eminente internacionalista conclui com bastante segurança que “a Carta de 1988 reconhece, no que tange ao seu sistema de direitos e garantias, uma dupla fonte normativa: aquela advinda do direito interno (direitos expressos e implícitos na Cons-

tuição) e aquela outra advinda do direito internacional (decorrente dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte)” (p. 115).

Destarte, a Constituição Federal de 1988 franqueia a inclusão de normas e cláusulas provenientes de tratados que versem sobre direitos humanos. Note-se, com efeito, o caráter cambiante desse fenômeno, consubstanciado pela constitucionalização do direito internacional dos direitos humanos. É assim que o direito internacional ingressa na Constituição – trazendo inúmeras inovações.

Ademais, os tratados de direitos humanos ratificados são incorporados automaticamente no ordenamento jurídico pátrio, por força do art. 5º, § 1º, da CF/88 (MAZZUOLI, 2002, p. 133). Os direitos provenientes dos tratados de direitos humanos, ao serem incorporados ao texto constitucional, são imediatamente alçados à condição de cláusulas pétreas, ficando, assim, imunes às emendas constitucionais tendentes a aboli-los (art. 60, § 4º, da CF/88) (cf. MAZZUOLI, 2002b, p. 137).

Vale ressaltar que os tratados comuns não recebem o mesmo tratamento, como observa Valerio de Oliveira MAZZUOLI (2002b, p. 125). Eles ingressam no ordenamento em nível infraconstitucional (a sua natureza é de norma infraconstitucional), portanto não têm o condão de modificar a Constituição.

A incorporação dos tratados de direitos humanos amplia o arcabouço dos direitos humanos agasalhados entre os incisos do art. 5º da CF/88.

Assim sendo, os referidos tratados de direitos humanos acabam por alterar a Constituição. Esse processo de constitucionalização do direito internacional deve ser considerado como mais uma forma de mutação constitucional. Trata-se, por conseguinte, de mais um caminho, quicá o mais importante, pelo qual se dá a benfazeja mutação constitucional, porque está em consonância com a dimensão internacional do direito e sua

humanização. Assim, não se pode deixar de reconhecer a importância dessa forma de alteração da Magna Carta em face do processo de internacionalização da economia (globalização). Trata-se de um fenômeno com alto potencial reformador.

4.2. Prisão civil: exemplo de mutação constitucional

O Pacto de San José da Costa Rica permite apenas a prisão civil do devedor de alimentos (art. 7º, nº 7) (cf. MAZZUOLI, 2002b, p. 70). Trata-se, portanto, de uma norma mais benéfica e que deve prevalecer, em face de seu confronto com a Constituição vigente, que prevê tanto a prisão do devedor de obrigação de alimentos como do depositário infiel. A antinomia resultante do cotejo entre a Constituição e o Tratado é superada com o princípio constitucional da “prevalência dos direitos humanos” (art. 4º, II, da CF/88) (cf. MAZZUOLI, 2002b, p. 146-152).

Nessa esteira, não se pode deixar de transcrever esclarecedora lição do professor Valerio de Oliveira MAZZUOLI (2002b, p. 153):

“Note-se que, ingressando tais tratados no ordenamento jurídico interno com o *status* de norma constitucional (CF, art. 5º, § 2º), a aparente contradição entre essas ‘duas normas constitucionais’ conflitantes (uma possibilitando e outra impossibilitando a prisão do depositário infiel) deve ser resolvida dando sempre prevalência ao interesse (valor) maior, e que, *in casu*, é a liberdade do indivíduo e não a propriedade do bem”. (...) “... sempre que uma norma proveniente de tratados internacionais contiver disposição que favoreça o ser humano, esta norma, como tal, passa a ser considerada, por permissão expressa da própria Carta Magna, verdadeira ‘norma constitucional’. E, se porventura, houver choque entre esta nova norma incorporada por um tratado e alguma disposição constitucional, ou seja, se houver contraposição entre estas

‘duas normas constitucionais’(que são, logo, da mesma categoria), terá primazia a norma que der prevalência aos direitos humanos, consoante dispõe o art. 4º, II, da Constituição Federal, seguindo a interpretação que propusemos anteriormente.”

Assim sendo, o Pacto de San José da Costa Rica, ao ser incorporado à Constituição, tem o condão de mudá-la. Pode-se concluir, então, que estamos diante de mais uma forma de mutação constitucional. A incorporação do Pacto é um exemplo de mutação da Constituição levada a cabo pela constitucionalização do direito internacional.

5. Proposta de classificação das formas de alteração constitucional

As mudanças da constituição podem ser realizadas nos planos horizontal e vertical. Por oportuno, passamos a propor uma classificação dessas formas de alteração constitucional. Utiliza-se, aqui, o termo alteração no sentido amplo, para designar tanto os processos formais como os informais, por meio dos quais a Constituição sofre, respectivamente, reforma e mutação.

Note-se, assim, que os processos de alteração constitucional podem ser bipartidos: de um lado as alterações que ocorrem no plano horizontal e de outro aquelas que ocorrem no plano vertical (vide quadro sinótico).

No sentido horizontal, as alterações ocorrem exclusivamente no âmbito do direito interno, e são levadas, entre outras tantas, a efeito pelo Poder Constituinte Derivado (processo formal) ou pelos Intérpretes da Constituição (mudança material ou informal – mutação constitucional).

De outra banda, as alterações no sentido vertical são promovidas por influência do Direito Internacional; ou seja, pelo processo de constitucionalização do direito internacional, que ocorre por meio da incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos em nível constitucional.

A alteração no sentido vertical depende da inter-relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional. Como já foi mencionado, a Constituição deve ser entendida como um sistema aberto ao Direito Internacional, consoante o princípio internacionalista de que fala J. J. CANOTILHO (2000, p. 363).

Quadro Sinótico: Classificação das formas de alteração constitucional

Alteração Constitucional	Horizontal	Formal	Realizada pelo Poder Legislativo (reforma)
		Material (Informal)	Promovida, principalmente, pelos intérpretes da Constituição
	Vertical	Decorre da incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos pela Constituição Federal	

Considerando-se a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos como uma forma de modificação significativa da Constituição, há que se perguntar se

se trata de uma alteração (mudança) formal ou informal.

Sem qualquer pretensão de se colocar um ponto final nessa questão, optamos por afir-

mar que se trata de uma alteração *sui generis*, porquanto não se trata de uma reforma totalmente formal, efetuada pelo poder constituinte derivado, tampouco se trata de uma mutação totalmente informal, sem alteração do texto, pois, há de fato, na mudança no sentido vertical, um acréscimo ao rol dos direitos humanos.

Não se pode dizer que se trata de um processo de alteração integralmente informal (material), pois as ampliações do rol de direitos não se enquadram na esfera de discricionariedade do intérprete ou do aplicador do direito, como no caso da mutação constitucional (mudança informal), em que o intérprete está livre para atuar nas zonas moles ou lábeis da Constituição. Não é assim que se passa com as mudanças provocadas pela incorporação dos tratados de direitos humanos, posto que essas têm eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Assim é que, ao ler os incisos do art. 5º da CF/88, devemos entender que eles não se restringem àqueles setenta e oito incisos conhecidos. Apenas para exemplificar, pode-se notar que entre esses setenta e oito incisos nada se fala sobre os direitos das minorias religiosas. Considerando-se a ratificação dos tratados internacionais de direitos humanos de 1966, devemos entender que o art. 27 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos, que trata de tais direitos, virtualmente (ou materialmente) faz parte do catálogo constitucional de direitos humanos (cf. SORIANO, 2002, p. 111-112). Assim, os direitos humanos provenientes dos tratados internacionais acabam por ampliar o bloco de constitucionalidade (cf. CANOTILHO, 2000, p. 892). Tais direitos integram o núcleo material da Constituição, porquanto a doutrina constitucional entende que as normas de direitos humanos assim incorporadas são materialmente constitucionais (cf. MAZZUOLI, 2002a, p. 241; WEIS, 1999, p. 27). Daí, por que também não se pode dizer, com tranquilidade, que se trata de um processo integralmente formal, ou seja, com alteração formal do texto.

Não se pode dizer, repita-se, que a modificação por influência dos tratados internacionais de direitos humanos é totalmente informal. O alargamento dos direitos humanos não ocorre, como foi visto, numa zona mole da Constituição, de forma que se pode considerar ou não a ampliação dos direitos, ao alvedrio do intérprete. Ademais, não obstante essa forma de mudança não ser levada a efeito pelo poder constituinte derivado, é, com efeito, levada a cabo por um processo igualmente formal, mediante a assinatura, aprovação e ratificação de tratados internacionais, do qual tomam parte o Presidente da República e o Congresso Nacional (Poder Legislativo)⁸. Sob essa ótica, trata-se de um processo formal, tanto quanto a reforma constitucional levada a efeito por Emendas Constitucionais.

Por fim, pode-se concluir que o processo de alteração vertical está mais próximo de um processo formal. Todavia, preferimos ainda enquadrá-lo como um processo atípico. Não é tão formal como a reforma constitucional e nem informal como as mutações levadas a cabo pelos intérpretes da Constituição. Em suma, trata-se de um processo formal revestido de uma certa informalidade, posto que, como consequência, as normas de direitos humanos incorporadas são materialmente constitucionais.

6. *Cláusulas pétreas e jus cogens*

Além do necessário equilíbrio entre rigidez e mobilidade, parece haver nas Constituições um núcleo imutável. Todavia, as cláusulas pétreas não são totalmente imutáveis, embora contenham um núcleo imutável. As cláusulas pétreas comportam pequenas alterações tendentes a ampliar ou a aperfeiçoar o rol de direitos anteriormente consagrados. Nesse sentido, os direitos fundamentais podem ser ampliados mas não abolidos. Note-se, por exemplo, o direito à liberdade religiosa. Nesse caso, há, como se sabe, diversas vertentes como a liberdade de consciência, de crença e de culto, sendo

que nada impede a positivação de mais uma variante ou vertente ainda não consagrada. Uma alteração (reforma) desse jaez não viola a cláusula pétreia, uma vez que está em consonância com o núcleo imutável: princípio da liberdade.

Esse núcleo imutável subsiste, até mesmo, sem o reconhecimento dessas cláusulas, se considerarmos a existência de valores e princípios inerentes à pessoa humana, e consagrados nas constituições.

Ademais, muitos desses valores e princípios também foram consagrados no Direito Internacional. São os chamados *jus cogens*, que são, hoje, reconhecidos pela comunidade internacional, como reflexo do processo de humanização do Direito Internacional.

Segundo o professor Guido SOARES (2002, p. 127):

“No século XX, duas tendências emergiram no Direito Internacional Público, relativas a uma reformulação do entendimento tradicional sobre suas fontes e o papel de uma graduação da força vinculante, para os Estados, das normas jurídicas por eles produzidas ou destinadas a eles. De um lado, o reconhecimento de existir um núcleo duro e relativamente inflexível de normas jurídicas, que, como as cláusulas pétreas das Constituições dos Estados, condicionam a legitimidade e a validade de todas as outras normas por eles elaboradas. Trata-se da afirmação de haver no Direito Internacional normas que constituiriam um *jus cogens*, que se sobrepõem à vontade dos Estados, e não podem ser modificadas por dispositivos oriundos, seja dos tratados e convenções internacionais, seja nas consuetudinárias internacionais, seja, ainda, por estarem definidas como princípios gerais de direito...”

Assim sendo, alguns desses valores, essenciais para a proteção da pessoa humana e de sua dignidade, parecem ser, de certa forma, imutáveis, a menos que prevaleça a

insensatez e o arbítrio já observados em épocas sombrias da história da humanidade, quando se deu a ruptura dos direitos humanos. Isso ocorreu, por exemplo, com ruptura totalitária, nas vertentes nazi-fascista e comunista (cf. ARENDT, 1989; LAFER, 1988, p. 117 et seq.).

O direito (Constitucional e Internacional) pode ser alterado nas chamadas zonas moles ou lábeis (*soft law*) (cf. SOARES, 2002, p. 127-128). As cláusulas pétreas e os *jus cogens* impedem as mudanças tendentes a abolir os direitos inerentes à pessoa humana.

A proteção da pessoa humana, desafio maior no século XXI e finalidade principal do direito, é amparada pelas cláusulas pétreas e pelos *jus cogens*. Respeitados os princípios do Direito Internacional Público, as modificações constitucionais advindas da incorporação de tratados internacionais de direitos humanos são bem vindas por estarem em consonância com os mais altos anseios humanos: proteção da vida, da dignidade e da liberdade.

7. Conclusões

Todas as formas de mudança da Constituição, quer por reforma ou por mutação, têm a sua importância na difícil tarefa de se acompanhar as mudanças da realidade fática, por isso, nenhuma delas pode ser olvidada.

As mudanças levadas a efeito pelos intérpretes da Constituição contam com a virtude da agilidade, pois não dependem da boa vontade do legislador constituinte. Nesse sentido, a interpretação evolutiva é o meio mais ágil para se acompanharem as mudanças da realidade fática. Todavia, esse caminho é limitado, já que o intérprete não pode atuar como legislador positivo, passando por cima da literalidade da norma.

A constitucionalização do direito internacional é, sem embargo, mais uma forma de alteração constitucional. A agilidade desse caminho depende, como se sabe, do processo de celebração dos tratados, que vai das

negociações à ratificação. Todavia, essa forma de mudança é uma das mais importantes, pois está em sintonia com a internacionalização do direito e com os seus novos paradigmas e desafios do século XXI, incluindo a proteção da pessoa humana.

A alteração da Constituição no sentido vertical, levada a efeito pela incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos, é *sui generis*, pois, embora advenha de um processo formal (assinatura, aprovação legislativa e ratificação), os acréscimos ao texto constitucional ocorrem virtualmente, sem alteração do texto, integrando materialmente a Constituição. Daí afirmarmos que não se trata de um processo informal, tampouco de um processo formal.

O Desembargador Antonio Carlos MALHEIROS (apud MAZZUOLI, 2002a, p. XXI), manifestando-se acerca do precioso livro *Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais* de autoria do professor Valerio de Oliveira MAZZUOLI, assinalou que é impossível ao operador do direito trabalhar com a Constituição fechada. No mesmo sentido, com a máxima vênia, há que se acrescentar que não se pode operar o direito com os Tratados Internacionais fechados. Abrir a Constituição implica a abertura dos tratados internacionais, até mesmo porque isso resulta de uma interpretação sistemática do nosso Documento Maior.

Notas

¹ Interessante notar que: “O Direito Constitucional é um ‘direito vivo’, é um direito ‘em ação’ e não apenas um ‘direito nos livros’.” (CANOTILHO, 2000, p. 1103).

² Como enfatizou Samantha MEYER-PFLUG (XXIII Congresso de Direito Constitucional do IBDC, São Paulo-SP, maio de 2002).

³ Nesse sentido, CANOTILHO (2000, p. 1123 et seq.).

⁴ Como enfatizou Samantha MEYER-PFLUG (XXIII Congresso de Direito Constitucional do IBDC, São Paulo-SP, maio de 2002).

⁵ Art. 5º, § 2º – “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decor-

rentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

⁶ Os direitos humanos “nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais” (BOBBIO, 1992, p. 30).

⁷ Em sentido contrário, REZEK (2000, p. 146) não reconhece a personalidade jurídica de direito internacional dos indivíduos.

⁸ Assim dispõe a Constituição Federal de 1988: “Art. 84 – Compete privativamente ao Presidente da República: (...) VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;”

Bibliografia

ARENDDT, Hannah. *Origem do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das letras, 1989.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 2001.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BOSON, Gerson de Britto Mello. *Constitucionalização do direito internacional: internacionalização do direito constitucional e internacional brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

CALSAMIGLIA, A. Ensayo sobre Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. 4. reimpressão. Barcelona: Ariel Derecho, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. *Direito constitucional: instituições de direito público*. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: RT, 1984.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. 4. reimpressão. Barcelona: Ariel Derecho, 1999.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da Alemanha*. Tradução de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- IANNI, Octavio. *Enigmas da modernidade-mundo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das letras, 1988.
- LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.
- _____. *Qué es una Constitución*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1997.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Espanhola de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1965.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direitos humanos, constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002a.
- _____. *Prisão civil por dívida e o pacto de San José da Costa Rica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002b.
- _____. *Tratados internacionais*. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. v. 1.
- _____. *Direito constitucional internacional: uma introdução: Constituição de 1998 revista em 1994*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- REZEK, Francisco. *Direito internacional público*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- ROSENFELD, Michel. The identity of the constitutional subject. *Cardoso Law Review*, [s. 1.], p. 1049-1099, jan. 1995.
- TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Texto revisto e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O direito internacional em um mundo em transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- SILVA, Roberto Luiz. *Direito internacional público*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2002.
- SORIANO, Aldir Guedes. *Liberdade religiosa no direito constitucional e internacional*. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 1999.