

CONCEIÇÃO, Lucas Gonçalves; FERREIRA, Rafael Fonseca; COSTA, Eder Dion de Paula. A inserção do §3º no art. 5º do texto constitucional: uma análise crítica a partir dos Direitos Humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

A INSERÇÃO DO §3º NO ART. 5º DO TEXTO CONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA A PARTIR DOS DIREITOS HUMANOS

THE INSERTION OF THE §3º IN THE ARTICLE 5º OF BRAZILIAN CONSTITUTION: AN ANALYSIS OF CRITICAL STARTING OF HUMAN RIGHTS

Lucas Gonçalves Conceição¹

Rafael Fonseca Ferreira²

Eder Dion de Paula Costa³

SUMÁRIO: Introdução; 1. O direito internacional dos direitos humanos; 2. A conformidade do Estado brasileiro com a ordem internacional de proteção aos direitos humanos e a Emenda Constitucional n. 45 de 2004; 2.1. Panorama geral; 2.2. O ordenamento jurídico brasileiro antes da vigência da Emenda Constitucional n. 45 de 2004; 2.3. O ordenamento jurídico brasileiro após a vigência da Emenda Constitucional n. 45 de 2004; 3. Analisando as consequências da alteração constitucional; Considerações Finais; Referências das fontes citadas.

RESUMO: Intentando pôr fim às discussões doutrinárias e jurisprudenciais então existentes, o legislador reformador inseriu - através da EC 45/2004 - mais um parágrafo ao art. 5º da Constituição. Em razão disso, o presente estudo visa analisar as alterações trazidas pela inserção deste §3º no Art. 5º da Constituição desde o ponto de vista da proteção aos direitos humanos. Para tanto realizou-se uma pesquisa bibliográfica com enfoque nas principais fontes do direito, com método de abordagem indutivo e de procedimento monográfico. Como resultados, constatou-se quatro incongruências: (1) falta de referência aos tratados aprovados antes do início da vigência da EC n. 45; (2) liberdade excessiva ao Parlamento para decidir quais tratados deveriam ser aprovados pelo

¹ Mestrando em Direito e Justiça Social no Programa de Pós-Graduação em Direito e Justiça Social da Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Cidade do Rio Grande, Rio Grande do Sul, Brasil. Contato: lucasgoncon@hotmail.com.

² Professor da Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Mestre e Doutorando em Direito Público pela Universidade do Vale dos Sinos/RS – UNISINOS. Cidade do Rio Grande, Rio Grande do Sul, Brasil. Contato: rafaelferreira@furg.br

³ Professor da Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Mestre em Direito pela PUC/RS e Doutor em Direito pela UFPR. Cidade do Rio Grande, Rio Grande do Sul, Brasil. Contato: edercosta@furg.br.

CONCEIÇÃO, Lucas Gonçalves; FERREIRA, Rafael Fonseca; COSTA, Eder Dion de Paula. A inserção do §3º no art. 5º do texto constitucional: uma análise crítica a partir dos Direitos Humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

quórum qualificado; (3) dificuldade em visualizar o momento em que se dá a aprovação; e (4) imprecisão no caso de o Congresso optar por deliberar através do *quorum* qualificado mas não conseguir apoio dos três quintos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Internacional dos Direitos Humanos; Emenda Constitucional n. 45 de 2004; §3º do art. 5º da Constituição Federal Brasileira.

ABSTRACT: In order to put an end to the numerous doctrinal and jurisprudential discussions existing at that period, the reformer legislator decided to enter - through EC 45/2004 - one more paragraph to the article 5º of Brazil Constitution. For this reason, the present review aims to analyze the changes resulting by the insertion of the §3º in the article 5º of Brazilian Constitution from the viewpoint of the human rights protection. For this a literature search was conducted, focusing on the main sources of Law, with inductive approach method and monographic procedure. As a result, four inconsistencies were found: (1) lack of reference to treaties approved before the beginning of the term of the Constitutional Amendment n. 45; (2) excessive freedom to Congress to decide which international treaties should or should not be approved by qualified quorum; (3) difficulty to view the moment when approval is given; e (4) imprecision in the case of Congress choose to decide by qualified quorum but did not get support from three-fifths.

KEYWORDS: International Human Rights; Constitutional Amendment n. 45/2004; article 5º, § 3º of the Brazilian Constitution.

INTRODUÇÃO

A afirmação internacional dos direitos humanos é temática muito debatida atualmente, em razão, principalmente, das diversas violações a tais direitos verificadas nos últimos anos, como o ocorrido na Guiné-Bissau após o golpe de estado em abril de 2012 e o caso Síria após o progressivo aumento das atrocidades cometidas pelas forças do regime de Bashar Al Assad.

O Brasil tem empenhado-se bastante no plano internacional para integrar a nova ordem internacional de proteção aos direitos humanos, ratificando e colocando em vigor praticamente todos os tratados internacionais mais significativos, como a Convenção para Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948), dentre tantos outros. A Constituição Federal Brasileira de 1988, inclusive, ao consagrar seu enorme elenco de direitos e garantias fundamentais, estabeleceu em seu §2º do art. 5º a total abertura do ordenamento jurídico pátrio para com a ordem humanitária internacional.

CONCEIÇÃO, Lucas Gonçalves; FERREIRA, Rafael Fonseca; COSTA, Eder Dion de Paula. A inserção do §3º no art. 5º do texto constitucional: uma análise crítica a partir dos Direitos Humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Isso, no entanto, trouxe uma série de questionamentos aos operadores do direito brasileiro quanto às formas de recepção destes compromissos internacionalmente pactuados. Tentando pôr fim nestas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, o legislador reformador resolveu inserir - através da Emenda Constitucional n. 45 de 2004 - mais um parágrafo neste Art. 5º do texto constitucional. Segundo este novel dispositivo, os tratados e convenções sobre direitos humanos que fossem aprovados em dois turnos, nas duas casas do Congresso, por três quintos dos respectivos membros, seriam equivalentes às Emendas Constitucionais.

Todavia os problemas continuaram existindo, uma vez que, além de restringir a aplicabilidade dos compromissos internacionais protetores da pessoa humana, apenas redirecionou a discussão para outros dois pontos: os tratados ratificados antes da vigência da referida emenda constitucional e os ratificados posteriormente mas sem a observância do rito qualificado.

Em atenção a este problema, surgiu a necessidade de se analisar as conseqüências dessa reforma constitucional promovida pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004 do ponto de vista humanitário, ou seja, de se analisar os reflexos da inserção do §3º no Art. 5º do texto constitucional no que concerne à proteção aos direitos humanos. E é justamente este o objetivo geral do estudo aqui desenvolvido.

Já os objetivos específicos são: (1) analisar a conjuntura internacional de proteção dos direitos humanos; (2) compreender os direitos humanos a partir do texto constitucional; (3) avaliar a reforma constitucional promovida pela EC n. 45 de 2004. A hipótese, por sua vez, é a de que a reforma constitucional de 2004 trouxe severas conseqüências à proteção dos direitos humanos

No que tange aos métodos, foi realizada uma pesquisa bibliográfica, "que é aquela que se realiza a partir do registro disponível, decorrente de pesquisas anteriores, em documentos impressos, como livros, artigos, teses etc." ⁴, com enfoque nas principais fontes do direito (norma, doutrina e jurisprudência). A

⁴ SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Cortez, 2007, p. 122.

CONCEIÇÃO, Lucas Gonçalves; FERREIRA, Rafael Fonseca; COSTA, Eder Dion de Paula. A inserção do §3º no art. 5º do texto constitucional: uma análise crítica a partir dos Direitos Humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

abordagem adotada para a pesquisa foi a qualitativa, pois, segundo o autor, seu caráter exploratório permite perscrutar temas pouco conhecidos ou não muito racionalizados, ofertando ao pesquisador a possibilidade de descortinar os aspectos submersos que indiretamente atingem o contexto em que o mesmo se insere.

O método procedimental utilizado foi o monográfico, já que caracteriza-se⁵ pela unicidade e delimitação do tema, bem como pela profundidade no tratamento da questão abordada. A técnica de pesquisa utilizada, por sua vez, foi a documentação, que é toda a forma de registro e sistematização de dados, informações, colocando-os em condições de análise por parte do pesquisador. Por fim, o método de abordagem adotado foi o indutivo, partindo das constatações mais particulares para as leis e teorias mais gerais.

Porém, forma introdutória e a fim de se evitar posteriores desentendimentos, é fundamental revisar alguns conceitos e percepções antes de se adentrar no cerne da questão, em especial no que toca a afirmação histórica dos direitos humanos no plano internacional.

1. O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Se na ordem contemporânea são latentes as discussões concernentes aos direitos humanos, em especial no que diz respeito à proteção internacional, os precedentes históricos não poderiam ser diferentes. A afirmação da tutela internacional dos direitos humanos deu-se em dois momentos distintos, tendo a Segunda Guerra Mundial como o grande marco divisor⁶.

A primeira fase de internacionalização dos direitos humanos teve início ao longo do século XIX e durou até a Segunda Guerra Mundial, em 1945, manifestando-se através de três segmentos distintos que foram os grandes marcos dessa fase inicial: o direito humanitário, a luta contra a escravidão e a regulação dos

⁵ SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico**.

⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7ª Ed – São Paulo: Saraiva, 2010.

CONCEIÇÃO, Lucas Gonçalves; FERREIRA, Rafael Fonseca; COSTA, Eder Dion de Paula. A inserção do §3º no art. 5º do texto constitucional: uma análise crítica a partir dos Direitos Humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

direitos do trabalhador assalariado⁷. Um outro marco desse processo seria a criação da Liga das Nações⁸.

Registra o término de um tempo em que o Direito Internacional era, salvo raras exceções, confinado a regulamentar relações entre Estados na esfera estritamente governamental⁹. Registra, ainda, um período em que as obrigações internacionais começam a transcender aos interesses exclusivos dos Estados pactuantes, bem como dá início ao rompimento dos conceitos tradicionais que situavam o Direito Internacional unicamente como a lei da comunidade internacional dos Estados e que asseguravam ser o Estado o único sujeito de Direito Internacional. Além de tudo isso essa primeira fase ainda renunciou o fim da exclusividade da jurisdição doméstica, assim como da autonomia desvinculada de qualquer padrão internacional.

Mas a verdadeira consolidação internacional dos direitos humanos surge ao final da primeira metade do Século XX, em decorrência da Segunda Guerra Mundial e das monstruosas violações de direitos humanos cometidas na era Hitler, atreladas à crença de que pelo menos partes destas violações poderiam ser evitadas se se possuísse um efetivo sistema internacional de salvaguarda destes tão fundamentais direitos. Afinal, guerra é uma situação-limite¹⁰ que em muitas vezes marca uma transição de paradigma.

Ao emergir da Segunda Guerra Mundial, após três lastros de massacres e atrocidades de toda sorte, iniciados com o fortalecimento do totalitarismo estatal nos anos 30, a humanidade compreendeu, mais do que em qualquer outra época da História, o valor supremo da dignidade humana. O sofrimento como matriz da compreensão do mundo e dos homens, segundo a lição luminosa da sabedoria grega, veio aprofundar a afirmação histórica dos direitos humanos¹¹.

⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**.

⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13ª Ed., ver. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2012

⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**.

¹⁰ LAFER, Celso. A ONU e os Direitos Humanos. **Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo**.1995, vol. 9, n. 25, pp. 169-185. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v9n25/v9n25a14>>.pdf. Acesso em:13/10/2013.

¹¹ COMPARATO. Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7ª Ed - São Paulo: Saraiva, 2010, p. 68

CONCEIÇÃO, Lucas Gonçalves; FERREIRA, Rafael Fonseca; COSTA, Eder Dion de Paula. A inserção do §3º no art. 5º do texto constitucional: uma análise crítica a partir dos Direitos Humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

E é nesse contexto pós Segunda Guerra que se começa a observar uma reconstrução dos direitos humanos “como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea”¹², já que aquela rompeu com todos os parcos valores humanitários já estabelecidos, tornando os seres humanos supérfluos e descartáveis e, conseqüentemente, negando o valor da pessoa humana como valor fonte de direito. Essa reviravolta valorativa representa exatamente uma quebra dos ideais totalitários e a reconstrução da noção de direitos humanos a partir da ideia de que o maior dos direitos é o direito a se ter direitos, isto é, o direito de ser sujeito de direitos.

Tal reconstrução valorativa calcada na ideia de que o sujeito deixa de ser objeto e passa a ser sujeito de direitos trouxe de uma vez por todas para o centro do debate a questão da delimitação da soberania estatal. A partir desse momento passou-se de uma vez por todas a compreender que a proteção aos direitos humanos não poderia mais ficar adstrita unicamente ao âmbito doméstico e que tais direitos passariam a deter legítimo interesse internacional, uma vez que na referida conjuntura o grande agressor era o próprio Estado.

E foi essa necessidade de tutela internacional que impulsionou o processo de internacionalização dos direitos humanos e que culminou com a elaboração dessa nova sistemática de tutela internacional, tornando possível a responsabilização do Estado no âmbito internacional quando as instituições nacionais mostrarem-se ineficazes ou omissas na tarefa de resguardar os direitos humanos. Dessa forma, o processo de internacionalização passou a ser uma grande ferramenta para a reconstrução desse novo paradigma valorativo.

Após a Segunda Guerra Mundial, principalmente em razão da necessidade de se encontrar alternativas de resguardo aos nacionais integrantes de países violadores dos direitos humanos, a doutrina da soberania estatal passou a ser fortemente criticada, fazendo com que grande parte dos doutrinadores concluíssem que tal soberania estatal não se trata de princípio absoluto e que

¹² PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**, p. 184.

CONCEIÇÃO, Lucas Gonçalves; FERREIRA, Rafael Fonseca; COSTA, Eder Dion de Paula. A inserção do §3º no art. 5º do texto constitucional: uma análise crítica a partir dos Direitos Humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

deve sempre estar sujeita a determinadas limitações em prol dos direitos humanos¹³.

A partir daí não foi mais admitido que os Estados tratassem seus nacionais da forma que melhor lhes conviesse, isto é, não foi mais permitido que o Estado detivesse ilimitada autonomia legislativa quanto aos nacionais, justamente porque essa revolução valorativa trouxe os indivíduos (no sentido de sujeito e não objeto de direitos) para o centro da atenção internacional.

Após a Segunda Guerra, o tema "Direitos Humanos" passou a ser tratado como verdadeira revolução, na medida em que teria colocado o ser humano individualmente considerado no primeiro plano do Direito Internacional Público em um domínio outrora reservado aos Estados nacionais. Paradoxalmente, o direito internacional feito por Estados e para os Estados começou a tratar da proteção internacional dos direitos humanos contra o Estado, único responsável reconhecido juridicamente. Esse novo elemento significaria uma mudança qualitativa para a comunidade internacional, pois não se cingiria mais a interesse nacional particular. O cidadão antes vinculado a sua nação, torna-se lenta e progressivamente "cidadão do mundo"¹⁴.

E tal processo de internacionalização dos direitos humanos foi fortemente impulsionado pela maciça expansão das organizações internacionais de cooperação internacional, especialmente a Organização das Nações Unidas.

A Carta das Nações Unidas, assinada em São Francisco em 26 de junho de 1945, talvez tenha sido o grande marco dessa reconstrução valorativa, uma vez que inaugurou uma nova lógica de relacionamento entre as mais diferentes soberanias, com preocupações que abarcam a manutenção da paz e da segurança internacional, a adoção de solidariedades no plano econômico, social e cultural, a adoção de um padrão internacional de saúde, a proteção ao meio ambiente e, antes de qualquer coisa, a proteção extranacional dos direitos humanos.

¹³ Richard Pierre Claude e Burns H. Weston (1989) apud PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**.

¹⁴ BARROS, Ana Flávia Granja e; GÓIS, Ancelmo Cesar Lins de. Direito Internacional e Globalização Face às Questões de Direitos Humanos. In: RIBEIRO, Maria de Fátima; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Coords.). **Direito Internacional dos Direitos Humanos**. 3ª tir./ Curitiba: Juruá, 2006, p. 63.

CONCEIÇÃO, Lucas Gonçalves; FERREIRA, Rafael Fonseca; COSTA, Eder Dion de Paula. A inserção do §3º no art. 5º do texto constitucional: uma análise crítica a partir dos Direitos Humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

A Carta da referida Organização marcou época, principalmente porque consolidou o movimento de internacionalização dos direitos humanos e, conseqüentemente, impulsionou a elevação da questão da proteção individual em face do Estado ao plano internacional. Foi enfática em “determinar a importância de defender, promover e respeitar os direitos humanos e as liberdades fundamentais”¹⁵ mesmo que não os tenha expressamente definido.

Definição esta que a Carta de 1945 deixou claramente em aberto, sendo posteriormente definida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948. Assim, após um longo período de discussões, em 10 de dezembro de 1948, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas adotou e proclamou a Declaração Universal dos Direitos do Homem. O documento veio sob a forma de resolução da Assembleia, fruto de um importante consenso raro no plano internacional, contando com 48 votos favoráveis, 8 abstenções e nenhuma manifestação contrária. Resultado que certamente está relacionado com a nova estrutura valorativa instaurada nesse contexto pós Segunda Guerra.

Tratam-se, enfim, dos principais instrumentos do complexo conjunto de regras internacionais que constituem a estrutura normativa global de proteção internacional aos direitos humanos. Cada um ao seu tempo, alguns não atendendo plenamente as expectativas gerais, mas sempre caminhando no sentido de concretizar a ideia da pessoa humana como sujeito de direitos.

2. A CONFORMIDADE DO ESTADO BRASILEIRO COM A ORDEM INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS E A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45 DE 2004

2.1. Panorama geral

A nova onda de ratificação de compromissos internacionais trouxe consigo uma série de incertezas e questionamentos. O principal deles seria estabelecer como, de fato, o ordenamento jurídico brasileiro incorporaria tais compromissos, no sentido de determinar a correta hierarquia de tais instrumentos em relação às

¹⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**, p. 198.

CONCEIÇÃO, Lucas Gonçalves; FERREIRA, Rafael Fonseca; COSTA, Eder Dion de Paula. A inserção do §3º no art. 5º do texto constitucional: uma análise crítica a partir dos Direitos Humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

demais leis brasileiras. E desvelar o correto enquadramento destes acordos internacionais é fundamental para delinear a espécie de controle da produção legislativa aplicável ao caso concreto: se de constitucionalidade ou de convencionalidade.

E a solução para tão emblemática questão não é simples, sendo motivo de intensos debates na nossa Suprema Corte Constitucional e também no meio acadêmico. Demanda, por isso, um prévio embasamento teórico e legislativo antes de adentrar no cerne da questão.

2.2. O ordenamento jurídico brasileiro antes da vigência da Emenda Constitucional n. 45 de 2004

A nova ordem constitucional estabelecida em 1988 trouxe para o direito brasileiro uma nova lógica que elevou a dignidade da pessoa humana para o centro do ordenamento. Tanto assim é que essa dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III) conjuntamente com a ideia de prevalência dos direitos humanos (Art. 4º, II) tornaram-se princípios fundamentais da República Federativa do Brasil.

O Art. 5º do texto constitucional inaugura o título dos direitos e garantias fundamentais com um rol de setenta e oito incisos onde a positivação e a busca pela efetivação dos mais diversos direitos inerentes à pessoa humana são as palavras de ordem. É tamanha a relevância dada a tais direitos pelo legislador constituinte que pela primeira vez na história constitucional brasileira estão arrolados antes mesmo da Organização do Estado e dos Poderes.

Foram positivados para que fossem satisfeitas as necessidades básicas do cidadão bem como para que fosse respeitada sua dignidade como ser humano¹⁶, haja vista que recém se rompia com um longo e massacrante período ditatorial.

¹⁶ GARCIA, Marcos Leite. Direitos Fundamentais e a Questão da Sustentabilidade: Reflexões sobre Direito à Saúde e a Questão da Qualidade da Água para Consumo Humano. **Revista Faculdade Santo Agostinho**. Vol. 10, n. 4, p. 133-163, out - dez 2013. Disponível em < <http://189.43.21.151/revista/index.php/fsa/article/view/313> > Acesso em: 02/10/2014.

CONCEIÇÃO, Lucas Gonçalves; FERREIRA, Rafael Fonseca; COSTA, Eder Dion de Paula. A inserção do §3º no art. 5º do texto constitucional: uma análise crítica a partir dos Direitos Humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Seu §1º estabelece a aplicação imediata aos direitos e garantias fundamentais neste Art. 5º consubstanciados.

O §2º do Art. 5º, por sua vez, traz consigo uma série de questionamentos. Denota, concomitantemente com a abertura do nosso sistema ao internacional, esta nova mecânica de condução das relações sociais quando estabelece que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios pela Carta adotados, bem como também não excluem os decorrentes de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja signatária.

Foi introduzido no texto constitucional brasileiro depois de proposta elaborada por Antônio Augusto Cançado Trindade, por ocasião de audiência pública na subcomissão dos direitos e garantias individuais, em 29 de abril de 1987.

Seria de todo indicado, para concluir, recordando uma vez mais a compatibilização entre esses tratados e o direito interno, que a nova Constituição explicitasse, dentre os princípios que regem a conduta do Brasil nos planos nacional e internacional, a promoção e a proteção dos direitos humanos, entendidos estes como abrangendo tanto os consagrados na própria Constituição ou os decorrentes do regime democrático que ela estabelece, quanto os consagrados nos tratados humanitários de que o Brasil é Parte e nas declarações internacionais sobre a matéria de que o Brasil é signatário¹⁷.

Não restam dúvidas de que a intenção do legislador originário foi de conferir status constitucional aos tratados e convenções internacionais de direitos humanos pelo Brasil ratificados. No entanto a redação dada ao referido §2º deixou algumas dúvidas a esse respeito.

Baseado neste dispositivo – que segue a tendência do constitucionalismo contemporâneo – Mazzuoli¹⁸ sempre defendeu que os tratados internacionais de direitos humanos pelo Brasil ratificados têm hierarquia constitucional, bem como aplicação imediata, não podendo, por isso, ser revogados por lei ordinária de

¹⁷ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil**. 2 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000, p.171

¹⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

CONCEIÇÃO, Lucas Gonçalves; FERREIRA, Rafael Fonseca; COSTA, Eder Dion de Paula. A inserção do §3º no art. 5º do texto constitucional: uma análise crítica a partir dos Direitos Humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

vigência posterior. A linha de raciocínio adorada pelo autor baseia-se na ideia de que se os direitos e garantias fundamentais elencados pela Constituição não excluem outros provenientes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, é porque ela própria autoriza que tais direitos e garantias internacionais constantes nestes tratados se incluam no nosso sistema jurídico interno, passando a ser considerados como se na Constituição estivessem escritos.

É dizer, se os direitos e garantias expressos no texto constitucional “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, é porque, pela lógica, na medida em que tais instrumentos passam a assegurar outros direitos e garantias, a Constituição “os inclui” no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu “bloco de constitucionalidade”¹⁹.

Assim da análise deste dispositivo pode-se concluir que são três as vertentes dos direitos e garantias constitucionais no texto constitucional brasileiro: (1) direitos e garantias expressos no texto constitucional, como é o caso dos elencados no Art. 5º, incisos I até LXXVIII; (2) os direitos e garantias implícitos, subentendidos nas regras de garantias, bem como os decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição; (3) os direitos e garantias trazidos pelos tratados internacionais em que o Estado brasileiro seja signatário.

Isso denota a não taxatividade dos direitos e garantias fundamentais²⁰. Ou seja, o texto constitucional não reconhece e confere legitimidade apenas aos direitos e garantias inseridos em seu texto, mas também a outros que não integram o seu corpo, desde que guardem adequação com o regime e com os princípios por ela adotados, ou com os tratados internacionais de que o Brasil seja parte. A norma constitucional também denota que além dos direitos e garantias fundamentais expressos no texto constitucional existem outros implícitos, consentâneos com o sistema constitucional.

¹⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**, p.22.

²⁰ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2012.

CONCEIÇÃO, Lucas Gonçalves; FERREIRA, Rafael Fonseca; COSTA, Eder Dion de Paula. A inserção do §3º no art. 5º do texto constitucional: uma análise crítica a partir dos Direitos Humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

O texto constitucional brasileiro é minucioso ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, o que torna difícil apontar exemplos de tais direitos implícitos. Como exemplo de direitos fundamentais implícitos tem-se a efetiva existência do mandado de injunção coletivo (já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal), o princípio do *non bis in idem* (que proíbe duplo gravame em razão de um mesmo fato) e o princípio do *nemo tenetur se detegere* (privilegio contra a autoincriminação, ou direito ao silêncio do acusado solto)²¹.

Ademais disso é preciso lembrar que o rol dos direitos e garantias fundamentais inseridos no texto constitucional não é limitado ao que é disposto no seu Título II. Não são poucos os direitos desta espécie que encontram-se dispersos pelo texto, como é o caso dos que limitam o poder de tributar do Estado, contidos nos Arts. 150 e seguintes da constituição.

Não obstante, por todo o dinamismo das relações sociais contemporâneas, dificilmente um ordenamento jurídico conseguirá tutelar integralmente os direitos mais essenciais da pessoa humana. E é justamente para isso que serve a ordem humanitária internacional: para tutelar a pessoa humana para além do direito doméstico, ou seja, para suprir as lacunas do direito interno.

Com tudo isso a Carta Constitucional estabeleceu a "dupla fonte normativa"²², passando a reconhecer no que concerne ao estabelecimento de direitos e garantias fundamentais, tanto a fonte advinda do direito interno como a advinda do direito internacional. De forma expressa e pioneira, a Constituição Federal de 1988 atribuiu aos compromissos relacionados com os direitos humanos assumidos internacionalmente a condição de fonte no sistema constitucional de proteção de direitos. Isto é, esses direitos internacionalmente consagrados passaram a ser fontes de "proteção de direitos no mesmo plano de eficácia e igualdade daqueles direitos, expressa ou implicitamente, consagrados no texto constitucional"²³.

²¹ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de Direito Constitucional**.

²² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**.

²³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**, p.24.

CONCEIÇÃO, Lucas Gonçalves; FERREIRA, Rafael Fonseca; COSTA, Eder Dion de Paula. A inserção do §3º no art. 5º do texto constitucional: uma análise crítica a partir dos Direitos Humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Em tal dualidade de fontes, nos casos de conflitos entre direitos, deve o julgador aplicar a norma mais favorável à pessoa protegida (princípio internacional *pro homine*), porque a ideia primordial é a otimização e a maximização dos sistemas de proteção dos direitos e garantias individuais. Poderá até mesmo o intérprete aplicar mais de uma legislação em conjunto, cada qual naquilo que tem de melhor à proteção da pessoa humana, dispensando o apelo aos tradicionais métodos de solução de antinomias: o hierárquico, o da especialidade e o cronológico²⁴.

Sin perjuicio de las reglas tradicionales de interpretación y aplicación de las fuentes de derecho tanto de orden interno como internacional enunciadas sucintamente, conviene subrayar que en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos importa tener en cuenta una regla que está orientada a privilegiar, preferir, seleccionar, favorecer, tutelar y, por lo tanto, a adoptar La aplicación de la norma que mejor proteja los derechos fundamentales del ser humano²⁵.

Mas em sede doutrinária os debates foram ainda muito mais além, com vozes defendendo cientificamente, inclusive, o caráter supraconstitucional dos tratados que referem-se à direitos humanos, baseando-se na principiologia internacional marcada pela força expansiva dos direitos humanos e pela sua caracterização como normas de *jus cogens* internacional. Na esfera jurisprudencial não foi diferente, nunca sendo o tema pacificado na Suprema Corte Brasileira. Diversas foram as oportunidades de o Supremo enfrentar a temática mas nunca encontrou uma solução uniforme e, menos ainda, satisfatória.

Diante de tal situação o constituinte derivado intentou pôr fim a toda esta instabilidade através da Emenda Constitucional n. 45 de 2004. No entanto, como se verá a seguir, somente aumentou ainda mais as polêmicas que envolvem a questão.

²⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis.**

²⁵ HENDERSON, Humberto. Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine. **Revista IIDH – Instituto Interamericano de Derechos Humanos.** San José, Costa Rica. N. 1, v. 39, p.71-99, enero/junio de 2004. Disponível em: < http://angelduran.com/docs/Cursos/CCDC2013/mod02/02-023_L3-Henderson.pdf>. Acesso em 30/05/2014, p. 87.

CONCEIÇÃO, Lucas Gonçalves; FERREIRA, Rafael Fonseca; COSTA, Eder Dion de Paula. A inserção do §3º no art. 5º do texto constitucional: uma análise crítica a partir dos Direitos Humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

2.3. O ordenamento jurídico brasileiro após a vigência da Emenda Constitucional n. 45 de 2004

O constituinte derivado, então, tentando pôr fim nestas discussões concernentes às formas de recepção dos tratados internacionais de direitos humanos, inseriu, através da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, mais um parágrafo no art. 5º da Constituição Federal. E este parágrafo §3º estatuiu que os tratados e convenções internacionais que versassem acerca dos direitos humanos e que fossem aprovados pelo rito das emendas constitucionais, isto é, em dois turnos, nas duas casas do Congresso e por três quintos dos votos dos respectivos membros, seriam a elas hierarquicamente equivalentes.

A Emenda Constitucional n. 45 de 2004 se destinou basicamente a reformar a estrutura da função jurisdicional do Poder. Inseriu a ideia da celeridade processual, estabeleceu as polêmicas súmulas vinculantes, alterou a competência da justiça do trabalho, passou para o STJ a competência para homologação de sentenças estrangeiras bem como para concessão de *exequatur* às cartas rogatórias, etc. Curiosamente, dentre todas estas alterações de cunho jurisdicional, consolidou um novo parâmetro para tentar dirimir o problema hermenêutico do Art. 5º, §2º da Constituição Federal.

Foi considerável a inovação, uma vez que, anteriormente, os tratados ingressavam no ordenamento jurídico brasileiro através de Decreto Legislativo, com mera aprovação por maioria simples. Significa dizer que se passou de uma forma simplificada de recepção para uma bem mais complexa, que demanda uma harmonia do poder legislativo muito mais acentuada.

A inspiração do legislador brasileiro vem do direito comparado²⁶, especialmente do Art. 79, §§ 1º e 2º da Lei Fundamental Alemã, que estabelece que os compromissos internacionais, em especial os concernentes à paz, podem complementar a Constituição, desde que aprovados por dois terços dos integrantes do Parlamento Federal e dois terços dos votos do Conselho Federal.

²⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis.**

CONCEIÇÃO, Lucas Gonçalves; FERREIRA, Rafael Fonseca; COSTA, Eder Dion de Paula. A inserção do §3º no art. 5º do texto constitucional: uma análise crítica a partir dos Direitos Humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Contudo, a dita reforma passou por muito longe das expectativas doutrinárias e em pouco resolveu as discussões acerca da hierarquia normativa, já que, além de restringir aplicabilidade dos compromissos internacionais protetores da pessoa humana, apenas redirecionou a discussão para outros dois pontos: os tratados ratificados antes da vigência da referida emenda constitucional e os ratificados posteriormente mas sem a observância do rito qualificado.

Assim, como antes da edição da emenda, muitos foram os debates e inquietações suscitados. Por isso, quatro teorias explicativas do *status* hierárquico dos compromissos internacionais no ordenamento jurídico brasileiro a partir deste novo redirecionamento das discussões podem ser destacadas: (1) da paridade entre lei e tratado; (2) da supralegalidade e infraconstitucionalidade; (3) da constitucionalidade; (4) da supraconstitucionalidade.

A primeira delas, contrariando a lógica de prevalência do direito internacional, consolidou-se no Supremo Tribunal Federal no ano de 1977, em razão do julgamento do Recurso Extraordinário 80.004/SE. Estabeleceu que em caso de conflito entre a legislação interna e os tratados internacionais prevalece a legislação mais recente. Isso quer dizer que os tratados internacionais e a legislação infraconstitucional têm o mesmo peso normativo.

E foi este o posicionamento consolidado no Supremo até a sessão plenária de 3.12.2008, quando novamente enfrentou a celeuma da prisão do depositário infiel (RE 466.343-1/SP, RE 349.703/RS, HC 92.566/SP e HC 87.585/TO) e superou o arcaico posicionamento, promovendo uma guinda jurisprudencial liderada pelos ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello²⁷.

A tese promovida pelo Min. Gilmar Mendes, por sua vez, é a que hoje representa o posicionamento da Corte Suprema brasileira quando está-se diante de tratados de direitos humanos não recepcionados pelo rito do §3º do Art. 5 da Constituição Federal. A tese propugnada pelo Ministro foi a de que tais tratados internacionais

²⁷ BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto; CAMPOS, Thiago Yukio Guenka. Para além do debate em torno da hierarquia dos tratados: do duplo controle vertical das normas internas em razão da incorporação dos tratados de direitos humanos. In: **RFD – Revista da Faculdade de Direito da UERJ**. Vol. 1, nº 19, jun./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1717/1331>>. Acesso em: 25 mar. 2013.

CONCEIÇÃO, Lucas Gonçalves; FERREIRA, Rafael Fonseca; COSTA, Eder Dion de Paula. A inserção do §3º no art. 5º do texto constitucional: uma análise crítica a partir dos Direitos Humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

de direitos humanos que não passaram pelo rito do §3º não poderiam adentrar no ordenamento jurídico brasileiro como leis ordinárias justamente por fazerem menção à direitos humanos, por outra banda, todavia, também não seriam normas constitucionais por não terem sido submetidos a este rito do §3º ²⁸. Conforme entendimento do Min. Gilmar Mendes, os referidos tratados deveriam introduzir-se no ordenamento jurídico brasileiro como normas supralegais, ou seja, em uma posição intermediária entre as normas Constitucionais e as leis ordinárias.

Este posicionamento adotado pela Suprema Corte ensejou o entendimento de que atualmente existem três hipóteses de recepção de tratados e convenções internacionais em nosso sistema normativo: "a) TIDH (conforme o Art. 5 §3º da CR/88): Norma Constitucional; b) TIDH (não conforme o Art. 5 §3º da CR/88): Norma supralegal; c) TI que não é de DH: norma ordinária (lei ordinária)"²⁹.

Já a tese promovida pelo Min. Celso de Mello e que foi acompanhada por mais quatro ministros, além de boa parte da mais qualificada doutrina, como Valério Mazzuoli, Antônio Augusto Cançado Trindade e Flávia Piovesan, por sua vez, foi além do que pensou o Min. Gilmar Mendes e conferiu *status* constitucional aos tratados aprovados anteriormente à vigência da Emenda 45 para integrá-los ao conjunto normativo definidor do bloco de constitucionalidade.

Tal posicionamento do Ministro impulsionou a recepção dos acordos internacionais da seguintes formas:

- (a) os tratados internacionais de conteúdo estranho à proteção de direitos humanos possuem status de lei;
- (b) quanto aos tratados que versam sobre este tema, dividem-se em duas situações;
- (b.1) aqueles celebrados ou aderidos pelo Brasil anteriormente à promulgação da EC nº 45/2004, possuem caráter materialmente constitucional e integram o

²⁸ FERNANDES. Bernardo Gonçalves. Considerações sobre Recentes Decisões do Supremo Tribunal Federal Permeadas pelo Self Restraint ou pelo Ativismo. Reflexões Críticas à Luz da "Teoria do Direito como Integridade" de Ronald Dworkin. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 57, p. 69-84, jul./dez. 2010. Disponível em <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/125/117> >. Acesso em 17 de Jul. de 2013.

²⁹ FERNANDES. Bernardo Gonçalves. Considerações sobre Recentes Decisões do Supremo Tribunal Federal Permeadas pelo Self Restraint ou pelo Ativismo. Reflexões Críticas à Luz da "Teoria do Direito como Integridade" de Ronald Dworkin, **Revista da Faculdade de Direito UFMG** p. 72.

CONCEIÇÃO, Lucas Gonçalves; FERREIRA, Rafael Fonseca; COSTA, Eder Dion de Paula. A inserção do §3º no art. 5º do texto constitucional: uma análise crítica a partir dos Direitos Humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

bloco de constitucionalidade brasileiro; e, (b.2) os que venham a ser internalizados posteriormente à promulgação da EC nº 45/2004, se observarem o rito qualificado do §3º do Art. 5º da Carta, possuirão caráter material e formalmente constitucional³⁰.

Mas é imperioso lembrar que o Ministro ressalta em seu voto, no entanto, que prevalece a supremacia constitucional quando os compromissos internacionais importem em supressão ou mitigação de prerrogativas essenciais ou liberdades fundamentais reconhecidas e garantidas pelo texto da Constituição Federal Brasileira³¹. Isso reflete exatamente a ideia anteriormente exposta de que a ordem internacional deve simplesmente estabelecer um *standard* mínimo de proteção. Se o ordenamento nacional proporciona uma tutela mais benéfica ao ser humano não há como haver uma mitigação da supremacia constitucional.

Por fim ainda há a corrente doutrinária que defende a supraconstitucionalidade dos tratados e convenções internacionais, ou seja, que entende que os instrumentos internacionais vinculam inclusive a ordem constitucional doméstica. Segundo sustentam alguns de seus defensores, que é o caso de André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros³², o fundamento de tal teoria está na abertura trazida pelo §2º do Art. 5º da Constituição Federal Brasileira, especialmente no termo “não excluem”.

Enfim, diversas são as correntes que tentam teorizar a inserção dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro antes da vigência da Emenda Constitucional n. 45 de 2004, ou mesmo após sua vigência, nos casos de inobservância do rito do §3º do Art. 5º. Algumas com maior embasamento, outras já completamente ultrapassadas. O fato é que a Suprema Corte Brasileira entende que os pactos internacionais ratificados na

³⁰ BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto; CAMPOS, Thiago Yukio Guenka. Para além do debate em torno da hierarquia dos tratados: do duplo controle vertical das normas internas em razão da incorporação dos tratados de direitos humanos, p. 29.

³¹ BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto; CAMPOS, Thiago Yukio Guenka. Para além do debate em torno da hierarquia dos tratados: do duplo controle vertical das normas internas em razão da incorporação dos tratados de direitos humanos.

³² PIOVESAN, Flávia. Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF.

CONCEIÇÃO, Lucas Gonçalves; FERREIRA, Rafael Fonseca; COSTA, Eder Dion de Paula. A inserção do §3º no art. 5º do texto constitucional: uma análise crítica a partir dos Direitos Humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

forma acima exposta devem ser hierarquicamente inferiores à Constituição e superiores à legislação ordinária.

Todavia a que melhor se enquadra à lógica estabelecida pelo ordenamento jurídico brasileiro e à sistemática internacional de proteção aos direitos humanos pelo Brasil ratificada é, sem dúvida, a que equipara os compromissos internacionais às normas constitucionais, uma vez que o próprio texto constitucional estabelece que os direitos e garantias nele elencados não excluem outros provenientes dos tratados internacionais em que o Estado brasileiro seja signatário, ou seja, autoriza que esses direitos e garantias internacionais constantes em acordos internacionais se incluam no ordenamento jurídico interno, passando, dessa forma, a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem.

3. ANALISANDO AS CONSEQÜÊNCIAS DA ALTERAÇÃO CONSTITUCIONAL

Como anteriormente explicitado a alteração constitucional não acabou com as polêmicas que envolvem a recepção pelo ordenamento jurídico brasileiro dos acordos internacionais que tratam de direitos humanos. O que fez foi simplesmente mudar o foco da discussão. Hoje não restam dúvidas de que os tratados internacionais ratificados após a vigência da Emenda n. 45 e aprovados pelo quórum qualificado das emendas constitucionais são a estas equivalentes.

Mas muito embora as discussões ainda persistam fato é que houve uma mudança muito significativa do ponto de vista humanitário. Antes a leitura do §2º do Art. 5º da Constituição Federal Brasileira remetia a ideia de que bastava o pacto internacional ser ratificado para estar em plena vigência. Hoje não, segundo redação do § 3º da Constituição Federal, é necessário que seja aprovado em dois turnos no Congresso e na Câmara por três quintos dos votos dos respectivos membros. Ou seja, hoje não são mais naturalmente constitucionais.

A corrente doutrinária encabeçada por Flávia Piovesan e Valério Mazzuoli, que entende os tratados internacionais ratificados pelo Estado Brasileiro como

CONCEIÇÃO, Lucas Gonçalves; FERREIRA, Rafael Fonseca; COSTA, Eder Dion de Paula. A inserção do §3º no art. 5º do texto constitucional: uma análise crítica a partir dos Direitos Humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

detentores de hierarquia constitucional em razão da abertura trazida pelo §2º, viu a inovação trazida pela Emenda 45/04 como um grande retrocesso. A redação do novo dispositivo induz à conclusão de que apenas as convenções aprovadas pela maioria qualificada teriam valor hierárquico de norma constitucional, o que conduz à possibilidade de que alguns acordos acerca da matéria, não aprovados pelo *quórum* qualificado, passaram a ter valor de norma infraconstitucional, isto é, valor de simples normas ordinárias ³³.

Essa nova redação não define quais tratados de direitos humanos deverão ser aprovados pelo *quórum* qualificado nem mesmo menciona como ficaria o caso dos tratados ratificados antes da vigência da Emenda Constitucional de 2004³⁴. Os tratados aprovados sem o processo legislativo qualificado podem acabar subordinando-se à legislação ordinária e, conseqüentemente, serem preteridos em relação à legislação ordinária mais recente. Já os tratados de direitos humanos ratificados anteriormente ao início da vigência da Emenda 45, e aí incluem-se os mais importantes acordos internacionais firmados pelo Estado brasileiro, como é o caso da Convenção Americana de Direitos Humanos, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, perderiam o status de norma constitucional conferido pelo §2º do Art. 5º.

Esta modificação do texto constitucional ao invés de por fim no debate acerca da hierarquia dos compromissos internacionais, exteriorizou a falta de interesse e compreensão do nosso legislador no que concerne a todas as conquistas já alcançadas pelo direito internacional dos direitos humanos ³⁵. Tal modificação ainda perdeu a oportunidade de reduzir o imenso atraso percebido na regulação da temática em relação às demais Constituições dos países latino-americanos e do resto do mundo.

Tal retrocesso coloca em risco a interrelação ou a indivisibilidade dos direitos tutelados no Brasil (previstos nos tratados que o vinculam), ameaçando-os de

³³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis.**

³⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis.**

³⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis.**

CONCEIÇÃO, Lucas Gonçalves; FERREIRA, Rafael Fonseca; COSTA, Eder Dion de Paula. A inserção do §3º no art. 5º do texto constitucional: uma análise crítica a partir dos Direitos Humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

fragmentação ou atomização, em favor dos excessos de um formalismo e hermetismo jurídicos dotados de obscurantismo ³⁶.

Trindade vai ainda mais além em seu desabafo público:

Os triunfalistas da recente Emenda Constitucional 45/2004, não se dão conta de que, do prisma do direito internacional, um tratado ratificado por um Estado o vincula *ipso jure*, aplicando-se de imediato, quer tenha ele previamente obtido aprovação parlamentar por maioria simples ou qualificada. Tais providências de ordem interna – ou, ainda menos, de *interna corporis*, - são simples fatos de ponto de vista do ordenamento jurídico internacional, inteiramente irrelevantes. A responsabilidade internacional do Estado por violações comprovadas de direitos humanos permanece intangível, independentemente de dos malabarismos pseudo-jurídicos de certos publicistas (como a criação de distintas modalidades de prévia aprovação parlamentar de determinados tratados, a previsão de pré-requisitos para aplicabilidade direta de tratados no direito interno, dentre outros), que nada mais fazem que oferecer subterfúgios vazios aos Estados para tentar evadir-se de seus compromissos de proteção do ser humano no âmbito do contencioso internacional dos direitos humanos ³⁷.

No caso, o legislador brasileiro mostrou total falta de conhecimento dos princípios contemporâneos que regem o direito internacional público, em especial das regras basilares da Convenção de Viena dos Direitos dos Tratados, mormente as de *jus cogens*, bem como manteve o velho ranço da já ultrapassada noção de soberania absoluta e intocável.

Melhor seria se o §3º tivesse a seguinte redação: “Os tratados internacionais referidos pelo parágrafo anterior, uma vez ratificados, incorporam-se automaticamente na ordem interna brasileira com hierarquia constitucional, prevalecendo, no que forem suas disposições mais benéficas ao ser humano, às normas estabelecidas por esta Constituição”³⁸.

³⁶ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). **Desafios do Direito Internacional Contemporâneo**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007.

³⁷ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI, p. 209.

³⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**.

CONCEIÇÃO, Lucas Gonçalves; FERREIRA, Rafael Fonseca; COSTA, Eder Dion de Paula. A inserção do §3º no art. 5º do texto constitucional: uma análise crítica a partir dos Direitos Humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Isso porque tal redação não invalidaria as disposições dos parágrafos 1º e 2º do Art. 5º, que tratam conjuntamente da hierarquia constitucional e da aplicação imediata dos tratados internacionais de direitos humanos, e traria um importante aporte hermenêutico para o §2º. Traria a vantagem de mitigar os inconvenientes doutrinários atinentes à interpretação do efetivo grau hierárquico conferido pela Constituição a tais tratados, bem como, conseqüentemente, afastaria as controvérsias que até então assolavam os tribunais superiores brasileiros, especialmente o STF.

Mas enfim, fato é que o legislador reformador, seja por ignorância dos princípios norteadores do direito internacional público, seja por conveniência política, optou por enquadrar os compromissos internacionais pelo Brasil ratificados como emendas constitucionais. Isso acarretou algumas incongruências ao nosso ordenamento jurídico.

A primeira delas diz respeito aos compromissos assumidos anteriormente à vigência de mencionada emenda. Como o referido §3º não faz qualquer menção a tais compromissos, pode-se sustentar que, muito embora ratificado há vários anos, poderia o Congresso Nacional vir novamente a aprová-lo, mas agora com o *quórum* previsto pelo §3º para que possa adquirir o *status* de emenda constitucional. E nada seria mais justo, até porque os tratados ratificados após a vigência da Emenda n. 45 passam naturalmente por tal processo. Seria simplesmente uma forma de trazer igualdade e estabilidade ao ordenamento jurídico.

Tratar-se-ia certamente de enorme retrabalho. Ainda mais prejudicial quando se está diante de Poder que representa o povo e que cotidianamente é chamado a tutelar novas demandas decorrentes da dinâmica sociedade pós-moderna.

Sempre tendo em vista que os mais importantes tratados e convenções de direitos humanos ratificados pelo Brasil datam do início dos anos noventa, ou seja, são bem anteriores à Emenda n. 45.

E como decorrência dessa possibilidade de mudança no nível hierárquico surgem algumas questões. A principal delas seria aferir de qual grau hierárquico passariam os tratados para o de equivalência às emendas? Isto é, sabe-se que o

CONCEIÇÃO, Lucas Gonçalves; FERREIRA, Rafael Fonseca; COSTA, Eder Dion de Paula. A inserção do §3º no art. 5º do texto constitucional: uma análise crítica a partir dos Direitos Humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

ponto de estabilidade determinado pelo §3º seria o de equivalência dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil e aprovados pelo quórum qualificado às emendas constitucionais. Mas de onde partiriam? De normas infraconstitucionais, de normas constitucionais, ou mesmo de normas supraconstitucionais?

Como vivemos tempos de um judiciário extremamente pró-ativo certamente partiriam do ponto em que o Supremo Tribunal Federal entendesse como mais adequado: atualmente como norma supralegal e infraconstitucional.

Isso possibilitaria – e aí está a segunda incongruência inserida no ordenamento jurídico pátrio – que o Congresso Nacional decidisse, ao seu bel prazer, qual a hierarquia normativa que cada tratado deveria ser detentor. Isso rompe com a harmonia do sistema de integração dos tratados de direitos humanos no Brasil, haja vista que cria categorias jurídicas entre os próprios compromissos internacionais ao dar tratamento diferente para as normas internacionais que têm o mesmo fundamento de validade ³⁹.

Essa desigualação dos iguais que permite o Art. 5º, §3º, da Constituição Federal é “totalmente injurídica por violar o princípio (também constitucional) da isonomia”⁴⁰.

A terceira inconsistência encontrada na reforma legislativa está em averiguar em que momento da celebração de tratados tem lugar o dito §3º do Art. 5º.

O ordenamento jurídico brasileiro trata do processo de internalização dos compromissos internacionais em dois momentos no texto constitucional. Primeiramente, no inciso VIII do Art. 84, preceitua que compete privativamente ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos à posterior referendo do Congresso Nacional. Segundamente estabelece o Art. 49 do texto constitucional que é da competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

³⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis.**

⁴⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**, p. 33

CONCEIÇÃO, Lucas Gonçalves; FERREIRA, Rafael Fonseca; COSTA, Eder Dion de Paula. A inserção do §3º no art. 5º do texto constitucional: uma análise crítica a partir dos Direitos Humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Ou seja, os tratados que se pretende internalizar precisam passar primeiramente pelo chefe do executivo e posteriormente pelo legislativo. Mas sabe-se que a reforma inserida pela Emenda 45 de 2004 implementou um novo rito de internalização dos tratados. A questão então é desvelar em que ocasião passam os tratados por essa “qualificação”.

A primeira interpretação que poderia ser realizada é no sentido de que a competência do Congresso Nacional para referendar os tratados assinados pelo Presidente da República não fica mitigada pela nova sistemática estabelecida pelo §3º do Art. 5º da Constituição já que a atribuição do Congresso no processo de internalização é unicamente de aprovar ou não o seu conteúdo. Não se pode confundir esta atribuição – de referendar por meio de Decreto Legislativo – com a segunda eventual manifestação do Congresso para fins de pretensamente decidir sobre o status hierárquico que deve ter determinado tratado internacional de direitos humanos⁴¹.

O que se faz aqui é simplesmente atribuir o status de emenda constitucional a um Decreto Legislativo. Não se está aqui a aprovar uma emenda constitucional. Existe acentuada diferença entre a atribuição de equivalência às emendas com as próprias emendas constitucionais previstas pelo Art. 60 da Constituição. Assim, tudo continua como antes da inserção do §3º, porém agora com a possibilidade de o Parlamento decidir se aprovará com ou sem o quórum de emenda constitucional.

Aliás, foi exatamente desta forma que procedeu o Congresso Nacional brasileiro ao aprovar os dois primeiros tratados internacionais de direitos humanos com hierarquia de emenda constitucional ⁴². A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York em março de 2007, foram aprovados justamente pelo Decreto Legislativo 186 de 9 de julho de 2008. Atente-se para o fato de que o Parlamento não se utilizou do processo próprio das emendas, tendo unicamente editado um decreto legislativo por maioria qualificada. Daí todo o equívoco dos que entendem não mais haver

⁴¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis.**

⁴² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis.**

CONCEIÇÃO, Lucas Gonçalves; FERREIRA, Rafael Fonseca; COSTA, Eder Dion de Paula. A inserção do §3º no art. 5º do texto constitucional: uma análise crítica a partir dos Direitos Humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

necessidade de ratificação do tratado pelo chefe do executivo e de posterior promulgação e publicação por este não participar do processo de edição de emendas constitucionais.

Não é porque o Presidente da República não sanciona as emendas constitucionais que ele não irá ratificar um tratado internacional aprovado nos termos do §3º do art. 5º da Constituição. Uma coisa não tem nada a ver com a outra: a aprovação parlamentar do tratado de direitos humanos (com ou sem o *quórum* da emenda) é uma coisa, totalmente diferente dos atos posteriores de *ratificação, promulgação e publicação* do mesmo. Não há que se comparar o processo de celebração de tratados com o processo legislativo de edição de das emendas constitucionais no país. É, inclusive, impossível (mais á frente voltaremos a este tema) ter um tratado internacional valor interno sem que, anteriormente, tenha sido *ratificado* e já se encontre *em vigor* no plano externo⁴³.

Já a segunda interpretação é a de que a exigência do quórum qualificado excepcionou a regra estabelecida no Art. 49, I da Constituição.⁴⁴ Assim, a regra prevista neste inciso I do Art. 49 do texto constitucional poderia ser suprimida nos casos de celebração de tratados de direitos humanos, uma vez que a sistemática estabelecida pelo §3º faria as suas vezes. Isso significa que o Congresso Nacional, ao resolver acerca da hierarquia dada ao tratado, também decidiria sobre o tratado aprovado pelo chefe do executivo.

Mas acaso esta corrente fosse consolidada como a mais adequada se alteraria a ordem lógica do processo de celebração de tratados, pois que seria atribuído o status de emenda constitucional antes de o tratado estar em vigor no plano internacional, ou seja, o compromisso já nasceria como uma norma integrante do texto constitucional. Isso porque, diferentemente do que dispõe o inciso I do Art. 49, o novel §3º não apenas incumbe o Congresso de decidir a respeito dos tratados assinados pelo Presidente da República, mas de atribuir status de emenda constitucional.

⁴³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**, p.37

⁴⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**.

CONCEIÇÃO, Lucas Gonçalves; FERREIRA, Rafael Fonseca; COSTA, Eder Dion de Paula. A inserção do §3º no art. 5º do texto constitucional: uma análise crítica a partir dos Direitos Humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Para melhor compreender tal alteração de ordem lógica é preciso ter em mente que os tratados e convenções firmados no plano internacional são atos solenes cuja conclusão requer a observância de uma série de formalidades rigorosamente distintas e sucessivas. Somente se aperfeiçoam após a realização de sucessivos atos jurídicos que vão se completando desde sua celebração até a entrada em vigor: a) negociações preliminares e assinatura; b) aprovação parlamentar por parte do Estado interessado em se tornar parte do tratado; c) ratificação ou adesão ao texto convencional; d) promulgação e publicação do texto convencional na imprensa oficial do Estado.

Assim, o procedimento de celebração dos tratados de direitos humanos, de acordo com a nova sistemática introduzida com a Emenda Constitucional n. 45 de 2004, poderia se dar de duas formas, conforme compreensão do Poder Legislativo⁴⁵:

A primeira forma se daria com a aprovação pelo *quorum* qualificado após a promulgação e publicação dos respectivos tratados. Ou melhor, depois de assinados pelo chefe do executivo, os tratados de direitos humanos seriam aprovados pelo Poder Legislativo nos moldes do que preceitua o Art. 49, I, da Constituição Federal (maioria simples) e, uma vez ratificados, promulgados e publicados no Diário Oficial da União, poderiam, posteriormente, no momento em que o Congresso Nacional entendesse por bem atribuir-lhes *status* de emenda constitucional, serem mais uma vez por ele apreciados, porém agora pelo *quorum* estabelecido pelo §3º do Art.5º.

A outra forma se daria com a supressão da fase disposta no inciso I do Art. 49 do texto constitucional. Isto é, depois de assinados pelo Presidente da República os tratados internacionais que tratam de direitos humanos já seriam imediatamente aprovados (seguindo o rito das emendas constitucionais) por três quintos dos votos dos membros de cada uma das casas do Congresso em dois turnos, suprimindo-se, dessa forma, em atenção ao princípio da especialidade, a fase inaugurada pelo inciso I do Art. 49 e autorizando-se a futura ratificação do compromisso já com a aprovação necessária para que o acordo, uma vez

⁴⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**

CONCEIÇÃO, Lucas Gonçalves; FERREIRA, Rafael Fonseca; COSTA, Eder Dion de Paula. A inserção do §3º no art. 5º do texto constitucional: uma análise crítica a partir dos Direitos Humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

ratificado pelo chefe do executivo e já se encontrando em vigor no plano internacional, adentre no ordenamento jurídico brasileiro com força de emenda constitucional.

Esta segunda hipótese pode ser muito perigosa e mal interpretada⁴⁶. Uma leitura superficial do mencionado §3º poderia levar a crer que a partir da aprovação congressual, através do rito das emendas, os tratados de direitos humanos já passariam a equivaler às emendas constitucionais. Isso definitivamente não é verdade, haja vista que, conforme anteriormente elucidado, para que um tratado entre em vigor é indispensável a ratificação pelo Presidente da República. É preciso destacar que um tratado de direitos humanos é equivalente a uma emenda constitucional e não uma propriamente dita. Não segue o mesmo procedimento legislativo.

Inclusive seria um enorme equívoco do ponto de vista jurídico se um tratado que ainda não tivesse entrado em vigor internacionalmente fosse capaz de reformar o texto constitucional.

São, portanto, grandes as discussões concernentes ao momento do processo de celebração de tratados e convenções de direitos humanos em que tem lugar o §3º do Art. 5º da Constituição Federal Brasileira de 1988.

E todo este debate em torno do momento em que tem lugar a adequação hierárquica do compromisso assumido conduz a uma quarta inconsistência gerada pela inserção deste §3º no Art. 5º do texto constitucional que diz respeito aos tratados em que se optou pelo rito qualificado porém não se atingiu os três quintos.

A questão toda então é refletir como ficariam os tratados de direitos humanos em que o Parlamento optou pela deliberação através do rito das emendas constitucionais mas não conseguiu atingir o *quorum* mínimo para aprovação. Seriam tais tratados considerados rejeitados?

⁴⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis.**

CONCEIÇÃO, Lucas Gonçalves; FERREIRA, Rafael Fonseca; COSTA, Eder Dion de Paula. A inserção do §3º no art. 5º do texto constitucional: uma análise crítica a partir dos Direitos Humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

E os tratados em que o Poder Legislativo optou pela deliberação por meio do rito qualificado, não conseguiu atingir os três quintos, todavia conseguiu adesão de maioria simples? Teriam força de lei infraconstitucional?

Trata-se, sem dúvida alguma, de questão envolvida por grande polêmica. No entanto, o §3º do Art. 5º não obriga o Poder Legislativo a aprovar eventual tratado ou convenção que trata da tutela de direitos humanos pelo *quorum* qualificado que estabelece⁴⁷. O que faz o dispositivo constitucional é unicamente autorizar o Congresso Nacional a dar, quando entender por bem, a equivalência de emenda aos tratados de direitos humanos pelo Brasil ratificados.

Assim, caso o Parlamento não entenda que se está diante de tratado que mereça a equivalência hierárquica de emenda constitucional o aprovará por maioria simples e o mesmo terá peso de legislação infraconstitucional.

Isso significa dizer que tais instrumentos internacionais poderão continuar sendo aprovados por maioria simples no Congresso Nacional (segundo a regra do Art. 49, I, da Constituição), deixando-se para um momento futuro (depois da ratificação) a decisão do povo brasileiro em atribuir a equivalência de emenda a tais tratados internacionais⁴⁸.

Atente-se para o fato de que jamais o texto constitucional obrigou o Poder Legislativo a dar fim ao procedimento referendatário pela maioria qualificada estabelecida pelo mencionado §3º. A aprovação com ou sem tal *quorum* é ato discricionário do Parlamento.

Não trata-se, todavia, de assunto pacífico. Diferentemente dos tratados comuns, os de direitos humanos, quando submetidos à apreciação do Congresso Nacional, deverão, necessariamente, ser aprovados por três quintos dos votos de seus membros⁴⁹. Tal é, inclusive, pressuposto material para se poder falar do novo processo de internalização dos compromissos internacionais que tratam da afirmação e tutela dos direitos humanos e fundamentais.

⁴⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis.**

⁴⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis, p.38**

⁴⁹ TAVARES, André Ramos. **Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (des) estruturando a justiça.** São Paulo: Saraiva, 2005.

CONCEIÇÃO, Lucas Gonçalves; FERREIRA, Rafael Fonseca; COSTA, Eder Dion de Paula. A inserção do §3º no art. 5º do texto constitucional: uma análise crítica a partir dos Direitos Humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

É, destarte, mais uma questão inserida no ordenamento jurídico brasileiro pela reforma do judiciário de 2004 e que é igualmente dotada de acentuadas discussões entre os maiores especialistas em direito internacional dos direitos humanos.

Mas enfim, como se pôde perceber através das ponderações acima expostas, a alteração legislativa trazida pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004 trouxe uma série de incongruências no que concerne a adequação do sistema brasileiro para com a ordem internacional de proteção dos direitos humanos e, conseqüentemente, para com o próprio ordenamento jurídico brasileiro. As polêmicas mais latentes não foram resolvidas, outras que não faziam parte da realidade jurídica brasileira começaram gradualmente a florescer e a tutela aos direitos humanos já internacionalmente pactuados sofreu significativas mitigações.

Partiu-se de um contexto em que todos os instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos e fundamentais ratificados pelo Brasil teriam *status* materialmente constitucional – em razão da abertura trazida pelo §2º do Art. 5º da Constituição – para um em que são simplesmente equivalentes a emendas constitucionais – e não normas constitucionais propriamente ditas, frise-se. E tudo isso desde que, e somente se, aprovados por um *quorum* considerável de três quintos dos votos dos respectivos membros das duas casas legislativas.

E as inconsistências trazidas por tal alteração não foram poucas, merecendo destaque: (1) a falta de referência aos tratados e convenções de direitos humanos ratificados antes do início da vigência do §3º do Art. 5º do texto constitucional; (2) liberdade para o Parlamento decidir, ao seu bel prazer, quais tratados de direitos humanos são merecedores do status de emenda constitucional e quais não são dignos de tamanho destaque; (3) a dificuldade em apurar o momento da celebração dos acordos internacionais em que tem lugar o §3º do Art. 5º da Constituição – se após a ratificação e vigência internacional do tratado ou se antes da ratificação, em detrimento da fase de autorização pelo Congresso estabelecida pelo inciso I do Art. 49 da Carta Maior; (4) a imprecisão

CONCEIÇÃO, Lucas Gonçalves; FERREIRA, Rafael Fonseca; COSTA, Eder Dion de Paula. A inserção do §3º no art. 5º do texto constitucional: uma análise crítica a partir dos Direitos Humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

ocasionada no caso de o Congresso optar por deliberar através do *quorum* qualificado mas não conseguir apoio dos três quintos.

E quem perde com tudo isso é o sujeito que precisa da tutela do direito internacional; aquele que não é servido pelo direito estatal; justamente quem mais precisa da efetividade dos direitos e garantias fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, através da análise do exposto percebe-se que o legislador reformador intentado pôr fim nos debates quanto à hierarquia normativa dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos assinados pelo Brasil apenas conseguiu redirecionar as discussões. Agora estão em pauta os tratados ratificados antes do início da vigência da referida Emenda e os ratificados posteriormente mas sem o *quórum* qualificado.

E as conseqüências de tal reforma não foram poucas do ponto de vista da proteção aos direitos humanos. Isto é, além de o legislador não ter conseguido atingir sua finalidade ainda proporcionou uma série de mitigações aos direitos atinentes à proteção da pessoa humana.

Primeiramente é preciso ressaltar a mitigação da aplicabilidade dos compromissos internacionais. Antes, segundo corrente doutrinária encabeçada por Flávia Piovesan, Valério Mazzuoli e Cançado Trindade, todo e qualquer acordo internacional de proteção dos direitos humanos tinha por si só *status* constitucional; hoje somente detém *status* de emenda – e não constitucional propriamente dito – os aprovados pelo *quórum* qualificado do §3º do Art. 5º.

Ademais disso tal reforma trouxe consigo algumas sérias inconsistências. Primeiramente quanto ao fato de não fazer qualquer referência aos compromissos anteriores à emenda. Segundamente quanto à liberdade indiscriminada do Poder Legislativo para atribuir *status* de emenda aos compromissos que bem entender. Outra incongruência está na dificuldade de visualizar o momento em que tem lugar a aprovação segundo os moldes do §3º.

CONCEIÇÃO, Lucas Gonçalves; FERREIRA, Rafael Fonseca; COSTA, Eder Dion de Paula. A inserção do §3º no art. 5º do texto constitucional: uma análise crítica a partir dos Direitos Humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Por fim, a última inconsistência está na imprecisão ocasionada no caso de o Parlamento optar pelo rito do §3º mas não alcançar o *quórum* mínimo.

Trata-se, destarte, de reforma legislativa que em muito mitigou a tutela dos direitos concernentes à pessoa humana. E tudo isso em pleno século XXI, tempo de grande desenvolvimento da consciência humanitária em boa parte do globo. Sem dúvida, melhor não tivesse o legislador reformador neste caso atuado.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BARROS, Ana Flávia Granja e; GÓIS, Ancelmo Cesar Lins de. Direito Internacional e Globalização Face às Questões de Direitos Humanos. In: RIBEIRO, Maria de Fátima; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Coords.). **Direito Internacional dos Direitos Humanos**. 3ª tir./ Curitiba: Juruá, 2006.

BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto; CAMPOS, Thiago Yukio Guenka. Para além do debate em torno da hierarquia dos tratados: do duplo controle vertical das normas internas em razão da incorporação dos tratados de direitos humanos. In: **RFD – Revista da Faculdade de Direito da UERJ**. Vol. 1, nº 19, jun./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/rfd/uerj/article/view/1717/1331>>. Acesso em: 25 mar. 2013.

COMPARATO. Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7ª Ed – São Paulo: Saraiva, 2010.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2012.

FERNANDES. Bernardo Gonçalves. Considerações sobre Recentes Decisões do Supremo Tribunal Federal Permeadas pelo Self Restraint ou pelo Ativismo. Reflexões Críticas à Luz da “Teoria do Direito como Integridade” de Ronald Dworkin. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 57, p. 69-84, jul./dez. 2010. Disponível em <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/125/117>>. Acesso em 17 de Jul. de 2013.

GARCIA, Marcos Leite. Direitos Fundamentais e a Questão da Sustentabilidade: Reflexões sobre Direito à Saúde e a Questão da Qualidade da Água para

CONCEIÇÃO, Lucas Gonçalves; FERREIRA, Rafael Fonseca; COSTA, Eder Dion de Paula. A inserção do §3º no art. 5º do texto constitucional: uma análise crítica a partir dos Direitos Humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Consumo Humano. **Revista Faculdade Santo Agostinho**. Vol. 10, n. 4, p. 133-163, out - dez 2013. Disponível em <<http://189.43.21.151/revista/index.php/fsa/article/view/313>> Acesso em: 02/10/2014.

HENDERSON, Humberto. Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine. **Revista IIDH – Instituto Interamericano de Derechos Humanos**. San Jose, Costa Rica. N. 1, v. 39, p.71-99, enero/junio de 2004. Disponível em: <http://angelduran.com/doc_s/Cursos/C_CDC2013/mod02/02-023_L3Henderson.pdf>. Acesso em 30/05/2014.

LAFER, Celso. A ONU e os Direitos Humanos. **Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo**. 1995, vol. 9, n. 25, pp. 169-185. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v9n25/v9n25a14>>.pdf. Acesso em: 13/10/2013.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1984.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Curso de direito internacional público**. 2º Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PIOVESAN, Flávia. Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF. In: **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, São Paulo: 2008. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anejos/16470-16471-1-PB.pdf>>. Acesso em: 02 de mar. 2013.

_____. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13ª Ed., ver. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2012.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Cortez, 2007.

TAVARES, André Ramos. **Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (des) estruturando a justiça**. São Paulo: Saraiva, 2005.

CONCEIÇÃO, Lucas Gonçalves; FERREIRA, Rafael Fonseca; COSTA, Eder Dion de Paula. A inserção do §3º no art. 5º do texto constitucional: uma análise crítica a partir dos Direitos Humanos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

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

_____. Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). **Desafios do Direito Internacional Contemporâneo**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007.

Submetido em: Agosto/2014

Aprovado em: Setembro/2014