XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS I

LETÍCIA ALBUQUERQUE

VLADMIR OLIVEIRA DA SILVEIRA

ALESSANDRA VANESSA TEIXEIRA

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito internacional dos direitos humanos I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Alessandra Vanessa Teixeira; Letícia Albuquerque; Vladmir Oliveira da Silveira.

– Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-641-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito internacional. 3. Direitos humanos.

XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS I

Apresentação

O Grupo de Trabalho Direito Internacional dos Direitos Humanos I teve seus trabalhos apresentados na tarde do dia 7 de dezembro de 2022, durante o XXIX Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Balneário Camboriú, Santa Catarina.

As apresentações foram divididas em blocos, sendo que em cada bloco houve a apresentação dos respectivos artigos aprovados, seguida do debate.

Segue abaixo a descrição dos artigos apresentados.

O artigo A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E O CASO LULA NO COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS, de autoria de Letícia Albuquerque, Vanessa Chiari Gonçalves e Fernanda Luiza Fontoura de Medeiros aborda o funcionamento dos órgãos dos tratados junto ao sistema universal de proteção aos Direitos Humanos das Nações Unidas a partir da atuação do Comitê de Direitos Humanos. O Comitê de Direitos Humanos monitora a adesão dos Estados Partes ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, do qual o Brasil é signatário. O objetivo principal do trabalho consiste em verificar os impactos jurídicos da decisão do Comitê no caso do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, cuja decisão foi adotada em 2022. O artigo conclui que os impactos jurídicos da decisão do Comitê de Direitos Humanos são limitados, uma vez que não existem mecanismos que obriguem de forma efetiva os países a adotarem as recomendações feitas pelo órgão. A metodologia adotada é a analítica indutiva, por meio da técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

O artigo A SUSTENTABILIDADE HUMANISTA COMO PRECEITO NORTEADOR E LIMITADOR DAS CORPORAÇÕES TRANSNACIONAIS, de autoria de Alessandra Vanessa Teixeira e Carla Piffer busca verificar se a sustentabilidade humanista pode ser considerada um preceito norteador apto a limitar o modus operandi das corporações transnacionais na atual sociedade globalizada. Para tanto faz uma explanação acerca do poder e ascensão das corporações transnacionais no mercado global, para, após, verificar a possibilidade da interposição de limites à atuação dessas corporações por meio da sustentabilidade humanista. A metodologia adotada é a indutiva, sendo acionadas as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais e da pesquisa bibliográfica. Conclui

que na condição de dimensão da sustentabilidade e levando em conta o seu objetivo que é o de orientar quanto à importância de se buscar alternativas para a construção de uma sociedade mais humana, a sustentabilidade humanista poderia ser utilizada como um preceito norteador apto a limitar o modus operandi das corporações transnacionais na atual sociedade globalizada.

O artigo PARA ALÉM DAS FRONTEIRAS DO ESTADO NACIONAL: O DIÁLOGO TRANSCONSTITUCIONAL COMO MODELO DE INTERAÇÃO ENTRE ORDENS JURÍDICAS, de autoria de Wellington Barbosa Nogueira Junior, Eduardo Henrique Tensini e Carla Piffer, tem por objetivo discutir o transconstitucionalismo como uma nova maneira de pensar a relação entre ordens jurídicas de diferentes Estados, principalmente no que tange ao aprimoramento do conceito de acoplamento estrutural de Niklas Luhmann à luz do conceito de "razão transversal" proposto por Wolfgang Welsh.

O artigo A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 5º, §3º, DA CONSTITUIÇÃO E O STATUS DE RECEPÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS de autoria de Lorenzo Borges de Pietro e Maria Das Graças Pinto De Britto aborda as discussões acerca do status de incorporação ao direito interno dos tratados internacionais sobre direitos humanos e as respectivas correntes de interpretação que surgiram a partir da inclusão do §3º ao art. 5º da Constituição Federal. O artigo conclui pela atribuição de status constitucional aos tratados de direitos humanos.

O artigo A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS E AS QUESTÕES MIGRATÓRIAS CONTEMPORÂNEAS NO BRASIL de autoria de Ricardo Hasson Sayeg e Helen Karina Luiz Calegaretti examina a proteção internacional dos refugiados e as questões migratórias contemporâneas no Brasil. O objetivo principal da pesquisa diz respeito à análise dos Tratados Internacionais e da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), no que concerne ao refúgio. Para tanto, busca identificar quem é o refugiado, quem se enquadra nos cinco motivos com previsão internacional, bem como o alargamento nos motivos de concessão de refúgio. O artigo explora qual o papel do Direito Internacional dos Direitos Humanos como garantidor de condições mínimas de sobrevivência dos refugiados, além de reconhecer o Brasil, constitucionalmente comprometido com o acolhimento e a proteção dos refugiados. O método utilizado foi a pesquisa qualitativa, de cunho descritivo, envolvendo um estudo empírico, com a realização de uma pesquisa bibliográfica e documental, utilizando-se de documentos como legislações e tratados.

O artigo A RESSIGNIFICAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS COMO INSTRUMENTO DE DECOLONIALIDADE, de autoria de Felipe Antonioli e Patricia Grazziotin Noschang busca

identificar a ideia de ressignificação de direitos humanos construída por Herrera Flores como instrumento de combate à colonialidade. Nesse sentido, salienta que a teoria crítica de Herrera Flores tem como objetivo redefinir direitos humanos como produtos culturais, frutos de contexto e, dessa forma, se relaciona à ideia de decolonialidade ao destacar sua função afirmadora e o seu papel de enfrentar a globalização eurocentrista. A nova compreensão de direitos humanos, proposta por Herrera Flores, possibilitaria uma afirmação das sociedades periféricas e marginalizadas e potencializaria suas lutas por dignidade, fortalecendo seus processos de resistência. O artigo adota o método dedutivo, através de pesquisa teórica bibliográfica.

O artigo CONTEXTO DE TRANSFORMAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL DIANTE DA PERSPECTIVIA CONTEMPORÂNEA DOS DIREITOS HUMANOS, de autoria de Camila de Medeiros Padilha, Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori traz uma análise sobre os direitos sociais como indispensáveis para a construção de uma vida digna. O artigo afirma que estes direitos são resultados provisórios de lutas e reivindicações para o acesso aos bens necessários à existência humana. A partir de tal afirmação, busca apresentar, através da conjugação, e não exclusão, de teorias tradicionais e reflexões críticas, os desafios da efetivação desses direitos. Conclui que, em que pese a indiscutível importância da teoria contemporânea dos direitos humanos, é necessário reconhecer que a sua matriz não contempla a realidade de um país que foi apresentado aos direitos humanos carregando em seu contexto uma origem colonial, e a experiência de um longo período de ditadura militar, e de intensa batalha contra a desigualdade social.

O artigo CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO, de autoria de Lucas Moraes Martins, Glauco Guimarães Reis , Bruno da Silva Chiriu, propõe uma reflexão sobre o controle de convencionalidade, como fenômeno de compatibilização entre normas domésticas, inclusive constitucionais, e os tratados internacionais de direitos humanos. O trabalho parte da esfera internacional para as particularidades do instituto no direito brasileiro. O objetivo deste artigo é o de demonstrar a frágil aplicação do controle de convencionalidade no direito brasileiro e a necessidade de sua ampliação pelo poder Judiciário no Brasil. No âmbito externo, destaca-se o papel da Comissão e da Corte Interamericanas de Direitos Humanos, cujas atribuições estão previstas na Convenção Americana de Direitos Humanos, à qual o Brasil se submete desde 11 de novembro de 1992 (Decreto Presidencial n° 678). A pesquisa é descritiva baseada na pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, através do método dedutivo.

O artigo COVID-19 E GOVERNO BRASILEIRO: POSSÍVEL CRIME CONTRA A HUMANIDA DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL A

PARTIR DO TRANSCONSTITUCIONALISMO, de autoria de Junia Gonçalves Oliveira, aborda a possibilidade de responsabilização do presidente brasileiro, perante o Tribunal Internacional Penal (TPI), por suas ações e omissões perpetradas durante a pandemia causada pelo Coronavírus SARS-CoV-2. O trabalho apresenta um estudo sobre o direito à saúde como um direito fundamental, um breve estudo sobre o Tribunal Penal Internacional, uma análise sobre a situação da pandemia no Brasil e a posição do governo pátrio. A fim de punir os responsáveis pela má gestão nacional durante a crise utiliza-se o transconstitucionalismo como uma ponte de transição, capaz de assegurar os direitos humanos. A pesquisa é exploratória por se tratar de um tema recente pouco estudado com aplicação do método dedutivo, a partir de premissas já elaboradas, que foram condensadas através de levantamento teórico, revisão bibliográfica, análise jurisprudencial, dentre outros.

O artigo DA INVISIBILIDADE AO RECONHECIMENTO DOS DIREITOS POLÍTICOS DOS INDÍGENAS NO CASO YATAMA VS. NICARÁGUA, de autoria de Diego Fonseca Mascarenhas, Jeferson Antonio Fernandes Bacelar, Frederico Antonio Lima De Oliveira tem o objetivo de analisar como o Estado deve tratar os povos indígenas para alcançar o direito à igualdade de participação política. Para tanto, a pesquisa foi por meio de bibliografias e da jurisprudência do caso Yatama vs. Nicarágua perante a CorteIDH. A relevância do estudo consiste no fato de assinalar que a não participação dos povos indígenas na política implica na contenção de avanço de direitos ou na eliminação desse grupo. Tarefa que requer o estudo dos limites do discurso dos Direitos Humanos para salvaguardar direitos, como também examinar a perspectiva do relativismo cultural com relação ao universalismo dos Direitos Humanos, pelo fato de recair no problema do não reconhecimento de Direitos aos povos indígenas. O trabalho conclui que os direitos humanos são construídos por elementos concretos de ordem cultural que requer a presença de Estado regido por princípios do liberalismo político, no qual se lança na defesa da cidadania diferenciada proposta por Will Kymlicka.

O artigo DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO DO ESTADO DA CIDADE DO VATICANO NOS CASOS DE ABUSO SEXUAL COMETIDOS POR SEUS REPRESENTANTES, de autoria de Simone Alvarez Lima traz a discussão sobre casos de abuso sexual praticados por representantes do Estado da Cidade do Vaticano, tanto contra adultos quanto contra crianças. A pesquisa adota o método dedutivo e conclui que é preciso repensar o sistema internacional com a finalidade de atender as peculiaridades do Estado do Vaticano.

O artigo DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL, DIREITOS HUMANOS E MIGRAÇÕES, de autoria de Claudinei Ferreira Moscardini Chavasco, Heroana Letícia

Pereira discute acerca da relação entre direitos humanos, desenvolvimento e fluxos migratórios, com enfoque nos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável. O artigo reflete sobre a relação entre direitos humanos e o direito brasileiro, especialmente na Constituição, bem como a relação entre Desenvolvimento Sustentável e amparo aos imigrantes. A metodologia desenvolvida se deu através de uma abordagem qualitativa, com pesquisa bibliográfica, utilizando como fontes livros, artigos científicos, teses, entre outras. O artigo conclui que o direito passou a seguir uma tendência de buscar implementar os direitos humanos de acordo com a Agenda 2030 das Nações Unidas.

O artigo DIÁLOGOS MULTICULTURAIS DE DIREITOS HUMANOS ECONÔMICOS. UMA PONTE ENTRE POVOS PARA A PROMOÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA, de autoria de Barbara Della Torre Sproesser aborda a questão da existência de divergências em relação aos fundamentos dos Direitos Humanos, compreendendo tais diferenças com base na multiplicidade de culturas, povos e sociedades. O trabalho afirma que há divergência de premissas na percepção dos Direitos Humanos nas sociedades islâmicas em relação às ditas ocidentais e estabelece uma ponte entre a corrente de direitos econômico antropofilíaca e o arcabouço jurídico islâmico de Direitos Humanos. Conclui pela necessidade de estabelecimento de bases comuns de discussão dos Direitos Humanos, as quais devem permitir sua efetiva implementação em uma ordem jurídica monista sendo possível e viável uma convergência entre as diferentes culturas.

O artigo DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES NEGRAS: UMA ANÁLISE DO CASO MÁRCIA BARBOSA DE SOUZA, de autoria de Alanna Aléssia Rodrigues Pereira, apresenta uma análise do caso Márcia Barbosa de Souza na Corte Interamericana de Direitos Humanos com objetivo de identificar como tem se dado a proteção dos direitos humanos de mulheres negras no Brasil e na Corte. O artigo conclui que em que pese o reconhecimento da violência de gênero ser um problema estrutural e generalizado, a Corte IDH deixou de considerar um fator importante: a condição de mulher negra de Márcia.

O artigo O ACESSO À INFORMAÇÃO AMBIENTAL COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL, de autoria de Rita de Kassia de França Teodoro, Maria Fernanda Leal Maymone tem como objetivo compreender as dificuldades de acesso relativos às informações e aos dados ambientais do Poder Público e, especificamente, sua disponibilização como verdadeira ferramenta de efetivação de direito de acesso à informação ambiental. A pesquisa é qualitativa, adotando o método dialético e foi realizada por meio de levantamento bibliográfico, onde foram estudados os conceitos relacionados aos Direitos Humanos e ao Direito Ambiental e ao Direito Internacional em conjunto com documentos jurídicos e relatórios técnicos constantes em sites nacionais e internacionais.

O artigo O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL: O CAMINHO DAS DECISÕES DA CORTE IDH E DA CIDH, de autoria de Isis De Angellis Pereira Sanches, busca investigar o processo de supervisão de sentenças do Brasil perante o Sistema Regional Interamericano de proteção de direitos humanos. Como metodologia, foram selecionados como objetos de análise do trabalho todas as condenações em casos contenciosos perante a Corte IDH, em razão da sua importância e dos seus efeitos claramente vinculantes ao país; duas soluções amistosas que envolvem o Brasil, em razão a disposição do próprio Estado em remediar a violação de direitos; bem como duas recomendações da CIDH com alto impacto e repercussão no país. O artigo conclui que o sistema interamericano de direitos humanos não tem um sistema eficaz de execuções das sentenças proferidas no ordenamento jurídico interno dos Estados por ela condenados.

O artigo REFLEXÕES SOBRE A VIOLÊNCIA DE GÊNERO: A CONDENAÇÃO DO BRASIL NO "CASO BARBOSA DE SOUZA E OUTROS VS. BRASIL" E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE, de autoria de Ana Paula Martins Amaral, Alex Maciel de Oliveira, Fernanda Proença de Azambuja aponta que a questão da violência contra a mulher, enquanto fenômeno socio-estrutural enraizado culturalmente na sociedade, é um problema global que atinge mulheres de diferentes etnias, faixas etárias, classes, etc. Porém, a situação é ainda mais sensível no Brasil, uma vez que, há anos, o País encabeça estudos de países com os maiores índices de violência de gênero. A luz de tal questão o artigo busca analisar a decisão do caso Barbosa de Souza vs. Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Para tanto, contextualiza a realidade da violência de gênero - sobretudo a doméstica - existente no Brasil; analisa os pontos precípuos da decisão da Corte IDH no "Caso Barbosa de Souza vs. Brasil", e, finalmente, apresenta considerações sobre o dever do Brasil de adequar a sua legislação interna à jurisprudência da Corte, uma vez que o Brasil reconhece a sua jurisdição contenciosa dentro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. O método usado é qualitativo quanto à abordagem, exploratório e descritivo, quanto ao objetivo, e bibliográfico, quanto ao procedimento.

Pesquisar Direitos Humanos no contexto do Brasil e da América Latina é essencial para resistir aos ataques constantes às conquistas realizadas nessa seara.

Parabéns aos integrantes do GT, que contribuem para o debate e aprimoramento da área.

Boa Leitura!

Profa. Dra. Alessandra Vanessa Teixeira – Universidade do Vale do Itajaí

Profa. Dra. Letícia Albuquerque – Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – Universidade Federal do Mato Grosso do Sul

A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 5º, §3º, DA CONSTITUIÇÃO E O STATUS DE RECEPÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

THE UNCONSTITUTIONALITY OF ART. 5, §3, OF THE CONSTITUTION AND THE STATUS OF RECEIPT OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS TREATIES

Lorenzo Borges de Pietro
Maria Das Graças Pinto De Britto

Resumo

Após intensas discussões acerca do status de incorporação ao direito interno dos tratados internacionais sobre direitos humanos estabeleceu-se cinco correntes de interpretação: a da supraconstitucionalidade, a da equivalência à lei ordinária, a da supralegalidade, a do status constitucional e a pro ser humano. Atualmente a corrente da supralegalidade prevalece na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A decisão do Recurso Extraordinário n. 466.343, que a definiu, fundamentou-se no art. 5º, §3º, da Constituição, deixou de considerar aspectos fundamentais, como uma análise hermenêutica dos §2º e 3º, a recepção dos tratados anteriores a inclusão do §3º e sua inconstitucionalidade. Tal decisão acabou por suscitar questionamentos acerca da inconstitucionalidade ou não do §3º e do status a ser atribuído aos tratados sobre direitos humanos no direito interno. A partir da análise fundamentada na hermenêutica jurídica, pode-se concluir pela inconstitucionalidade do §3º, que viola os limites materiais expressos e implícitos do poder constituinte derivado, esbarrando no princípio da dignidade da pessoa humana como limite dos limites de restrição dos direitos fundamentais. Outrossim, em caráter subsidiário, tendo em vista o instituto da recepção, entendido como meio de abreviação da criação do direito e havendo compatibilidade matéria dos tratados sobre direitos humanos com o §3º, do art. 5º, os tratados deveriam ter sido recepcionados, por este artigo, com a roupagem de equivalência à Emenda Constitucional. Portanto, ambas as teses defendidas neste artigo permitem atribuir o status constitucional aos tratados internacionais acerca de direitos humanos

Palavras-chave: Tratados de direitos humanos, Recepção, Status constitucional, Inconstitucionalidade, Limite dos limites

Abstract/Resumen/Résumé

After intense discussions about the status of incorporation into domestic law of international treaties on human rights, five currents of interpretation were established: that of supraconstitutionality, equivalence to ordinary law, supralegality, constitutional status, and that of pro ser humano. Currently, the current of supralegality prevails in the jurisprudence of the Federal Supreme Court. The decision of the Extraordinary Appeal 466,343, which defined it, was based on art. 5, §3, of the Constitution, failed to consider fundamental aspects, such as a hermeneutic analysis of §2 and 3, the reception of treaties prior to the inclusion of

§3 and its unconstitutionality. This decision ended up raising questions about the unconstitutionality or not of §3 and the status to be attributed to human rights treaties in domestic law. From the analysis based on legal hermeneutics, it can be concluded that §3 is unconstitutional, which violates the express and implicit material limits of the derived constituent power, bumping into the principle of human dignity as a limit to the limits of restriction of fundamental rights. Furthermore, in a subsidiary character, in view of the institute of reception, understood as a means of abbreviating the creation of the law and with compatibility of the matter of the treaties on human rights with §3, of art. 5, the treaties should have been received, by this article, with the guise of equivalence to the Constitutional Amendment. Therefore, both theses defended in this article allow attributing constitutional status to international treaties on human rights

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Human rights treaties, Reception, Constitutional status, Unconstitutionality, Limit of limits

INTRODUÇÃO

O presente estudo pretende analisar a discussão doutrinária acerca do status de incorporação dos tratados internacionais sobre direitos humanos na ordem interna. Para tanto, faz-se necessário analisar a atual posição do Supremo Tribunal Federal acerca do §3º, do art. 5º, da Constituição, a partir da decisão do Recurso Extraordinário n. 466.343. A hipótese é que tal decisão deixou de levar em consideração questões referentes à interpretação da norma, à análise hermenêutica do dispositivo, o fenômeno da recepção dos tratados pela Emenda Constitucional 45/2004 e se absteve de aferir a inconstitucionalidade do art. 5º, §3º.

Neste sentido, o julgado ao invés de pacificar a questão acerca da recepção dos tratados, provocou uma série de discussões sobre a hermenêutica jurídica, a recepção e os limites do poder constituinte derivado, e a constitucionalidade ou não do §3º, questões determinantes para definir o status a ser atribuído aos tratados de direitos humanos no âmbito do direito interno.

Preliminarmente, o estudo fará uma análise das correntes doutrinárias acerca do status de recepção dos tratados internacionais de direitos humanos. A seguir procura interpretar os §2º e §3º, do art. 5º, da Constituição sob a perspectiva da hermenêutica jurídica a fim de averiguar como se dá a recepção dos tratados a partir art. 5º, §3º, da constituição. Posteriormente far-se-á a análise da constitucionalidade ou não do parágrafo § 3º. E, por fim, pretende-se verificar qual a corrente doutrinária mais adequada a ser aplicada no que se refere a hierarquia das normas à luz da Constituição.

O tema é da maior importância tendo em vista que a posição adotada pelo STF pode resultar no acréscimo, positivação e atualização de direitos fundamentais ou pode redundar em significativo retrocesso. No Brasil dos últimos anos vem ocorrendo um crescente reducionismo no que se refere a proteção e garantia dos direitos humanos e fundamentais.

O estudo segue o método bibliográfico de forma exploratória-descritiva. A pesquisa possui como foco a análise da jurisprudência e da doutrina atinentes à temática. A abordagem qualitativa, é feita a partir da literatura jurídica clássica e da moderna, a partir do método dedutivo.

Está dividido em quatro capítulos. O primeiro apresenta as correntes de pensamento acerca do status de recepção dos tratados sobre direitos humanos. A corrente da supraconstitucionalidade, sustentada por Celso Albuquerque Mello e Bidard Campos, que defende a superioridade dos tratados sobre direitos humanos as normas de direito interno, inclusive a Constituição. A vertente da legalidade, defendida pelos ex-ministros Cunha Peixoto e Moreira Alves, que entendem que os tratados recepcionados se encontram no mesmo plano hierárquico da legislação ordinária interna. A tese da supralegalidade, que tem como expoente

Gilmar Mendes, sustenta que as normas provenientes de tratados sobre direitos humanos estão em grua hierárquico próprio, localizado abaixo da Constituição e acima da legislação infraconstitucional. A corrente do status constitucional, dotada de maior acepção na doutrina, dentre os quais cita-se Cançado Trindade, Flávia Piovesan e Celso Lafer, equipara hierarquicamente os tratados sobre direitos humanos com as normas constitucionais. E, por fim, a corrente pro ser humano, a qual se extrai do voto do ex-ministro Joaquim Barbosa no Recurso Extraordinário 466.343/SP, entende que deverá prevalecer sempre a norma que for mais favorável ao ser humano, independe de ser aquela constante num tratado, legislação ordinária ou Constituição.

O segundo capítulo analisa a recepção dos tratados sobre direitos humanos anteriores ao advento da Emenda Constitucional n. 45/2004. Recepção a que se aborda neste ponto não é a dos tratados internacionais pelo direito interno, e sim, aquela entendida como processo de incorporação da legislação editada anteriormente a Constituição, por esta, como uma desnecessidade de criação de novas normas, todavia no caso se refere as normas anteriores a Emenda à Constituição n. 45/2004.

O terceiro capítulo inicia tecendo considerações sobre o §2º, do art. 5º, da Constituição, no qual se sustenta sua função de cláusula de abertura do rol de direitos fundamentais, como propõe Sarlet, bem como se tece considerações acerca do §3º, do art. 5º. Posteriormente, se realiza uma análise hermenêutica dos dispositivos em conjunto a fim se aferir a compatibilidade de ambos os parágrafos entre si.

O quarto faz uma análise pormenorizada dos §§ 2º e 3º, do art. 5º, da constituição, valendo-se da hermenêutica jurídica a fim de aferir a qual corrente de interpretação que mais se adequa a estas normas, e analisa a questão da constitucionalidade ou não do §3º do art. 5º da constituição, por meio uma análise comparativa deste dispositivo, com os limites do poder de reforma, em especial os materiais e os implícitos, particularmente do princípio da dignidade humana.

Em linhas conclusivas, após uma análise fundamentada na hermenêutica jurídica concluiu-se que a norma constante no § 3º, do art. 5º, da Constituição Federal viola os limites materiais expressos e implícitos do poder de reforma à Constituição, esbarrando no princípio da dignidade da pessoa humana como limite dos limites de restrição a direitos fundamentais.

Ademais, deve-se ressaltar que os tratados sobre direitos humanos anteriores à Emenda n. 45/2004, foram incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro por força do § 2º, do art. 5º, da Constituição. Assim, com o advento do §3º, do art. 5º da Constituição via Emenda n. 45/2004, a qual atribuiu status de equivalência de emenda constitucional aos tratados sobre

direitos humanos aprovados por seu procedimento especial, logo foram preenchidos os requisitos da recepção, ou seja, havendo compatibilidade material os referidos tratados seriam recepcionados com roupagem de equivalência à Emenda Constitucional. Desta forma, ambas as teses defendidas neste artigo conduzem inequivocamente a adoção do status constitucional a todos os tratados internacionais sobre direitos humanos.

1. LINHAS DE INTERPRETAÇÃO ACERCA DO STATUS DE RECEPÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS.

Uma vez celebrados e incorporados ao direito nacional os tratados internacionais passam a ser parte deste. A questão que se coloca é qual a posição que tais tratados passam a ocupar no ordenamento jurídico pátrio tendo em vista a pirâmide kelseniana[1] em face do direito interno. A questão foi objeto de muita discussão na doutrina e na jurisprudência, particularmente aqueles tratados que versam sobre direitos humanos. Em consequência, surgiram várias linhas de interpretação, dentre essas a tese da supraconstitucionalidade, da equivalência dos tratados à lei ordinária, da supralegalidade, ado status constitucional e pro ser humano (FIGUEIREDO, 2013, p. 153).

No decorrer do tempo pareceu que jurisprudência do Supremo havia pacificado a questão. Todavia, o que se observa é que as decisões não seguiam um padrão, não havendo, por conseguinte, uma constância, de regra, tão logo se estabelecia uma decisão esta era alterada. Na Apelação Cível n. 7.872/RS, julgada em 1943, de relatoria do Ministro Philadelpo Azevedo, que decidiu pela isenção de imposto adicional de 10% a importações realizadas com o Uruguai, adotou-se a teoria da supraconstitucionalidade.

No ano de 1977, no RE 80.004/SE, de relatoria para o acórdão do Ministro Cunha Peixoto, que analisava a validade do aval concedido em nota promissória não registrada, adotou-se o status de equivalência à lei ordinária, à despeito da Convenção de Genebra.

Em dezembro de 2006 optou-se pela supralegalidade no Recurso Extraordinário n. 466.343/SP, no qual se analisava a possibilidade de prisão civil do depositário infiel, e na ocasião considerou-se que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos possuía status supralegal. Na ocasião o Ministro Joaquim Barbosa sustentou a tese pro ser humano, na qual

[1] Kelsen em seu livro A Teoria Pura do Direito propôs a noção estrutura escalonada da ordem jurídica, na qual estabelece graus hierárquicos das normas (KELSEN, 2009, p. 246). A tal classificação a doutrina atribui uma estrutura piramidal, e a nomenclatura de pirâmide kelseniana (NADER, 2017, pg. 530).

não atribui um status fixo e sim transitório, pois, adota como critério de definição de hierarquia a aplicação da norma mais protetiva em análise casuística

A tese do status constitucional não foi adotada em nenhum momento pela jurisprudência, todavia esta é a corrente que conta com o maior número de adeptos na doutrina.

Por ocasião do recurso referido supra o Ministro Celso de Melo defendeu a tese do status constitucional, sem êxito (FIGUEIREDO, 2013, p. 153). Na mesma ocasião o Ministro Joaquim Barbosa arguiu em favor da tese pro ser humano, a qual também não foi adotada na jurisprudência nacional.

Nota-se, portando, tratamento diferenciado e certa inconstância da Corte no que tange às correntes de doutrina relativas ao status atribuído aos tratados internacionais sobre direitos humanos. Até o presente momento, prevalece a tese da supralegalidade. No Recurso Extraordinário nº 466.343 votaram favoravelmente a tese da supralegalidade os Ministros Gilmar Ferreira Mendes, Marco Aurélio Mello, Enrique Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Carlos Alberto Menezes Direito e Carlos Ayres Britto. Os membros vencidos do STF dividiram-se entre a corrente do status constitucional e da corrente *pro ser humano*.

A divergência doutrinária entre as correntes apontadas acima, acirrou-se, conforme assinalam Mendes e Branco (2017, p. 647) após a edição do § 3º do art. 5º, da Constituição, considerado como o elemento definidor do status dos tratados em nossa ordem jurídica, tendo estabelecido em relação aos tratados internacionais sobre direitos humanos um status binário, ou seja, um duplo status a depender do procedimento de incorporação do tratado ao direito interno: a equivalência à emenda constitucional, se aprovada nos moldes do §3º, e o status supralegal atribuído aos demais tratados internacionais sobre direitos humanos, inserindo-os em um novo degrau hierárquico, abaixo das Constituição e acima da legislação infraconstitucional.

Acerca do status dos tratados de direitos humanos a ser adotado no nosso ordenamento deve-se atentar para as diferentes correntes de interpretação, as quais atribui uma eficácia distinta aos tratados.

2. RECEPÇÃO DOS TRATADOS ANTERIORES À EMENDA 45/2005

O advento de uma Constituição inaugura uma nova ordem jurídica, a qual deve ser pautada com base no elemento central, isto é, a matriz com que o novo documento maior se identifica. Para que esta ordem jurídica consiga desempenhar seu papel. É necessário que esta

possua um aparato de normas infraconstitucionais que regulamentem e disciplinem as questões postas na Constituição.

Entretanto, não parece prudente que a cada nova Constituição promulgada fosse necessário editar todas as normas infraconstitucionais indispensáveis para regular o funcionamento da sociedade. Por conseguinte, o Estado nasceria engessado E impotente até que sobreviesse esta legislação. (TAVARES, 2020, p. 282). Para evitar tal situação, se opera o fenômeno da recepção que consiste na incorporação da legislação anterior pela nova ordem (BOBBIO, 1994, p. 177). Fato que na lição de Kelsen (1992, p. 171), consiste em um "procedimento abreviado de criação do direito", no qual, mantendo as leis sua redação adquirem um novo fundamento de validade na nova Constituição. para tanto a norma deve ser compatível com a atual matriz constitucional (BALTAZAR; STEIN, 2015, p. 607 e STRECK, 2019, p. 439).

De acordo com Ferreira Filho (1990, p.8) a forma como a norma é elaborada formalmente não importa para que ocorra a sua recepção, desde que produzida conforme o processo legislativo à época, pois uma vez recepcionada a norma receberá a natureza exigida à matéria (PINHO, 2011), pela nova Carta, já que a compatibilidade é verificada apenas com relação ao seu caráter material (BARROSO, 2009, p. 88). Para a recepção da norma exige-se que seu conteúdo seja materialmente compatível com a Constituição superveniente, que tenha obedecido o processo legislativo da época e que possua vigência até o advento do novo texto constitucional. Não se admite a recepção de normas já revogadas ou consideradas inconstitucionais *ab initio* (SILVA, 2014, p. 838).

Como menciona Mendes (1996), o fato de a norma não ser recepcionada implica em sua revogação, conforme posição adotada na ADI nº 2[2]. Todavia, apesar de a Constituição ter recepcionado determinada norma, sobrevindo Emenda à Constituição que altere o ponto em que a norma infraconstitucional tenha sido recepcionada, deverá esta ser objeto de reanalise, a fim de verificar se a norma será recepcionada em razão de Emenda à Constituição, pois se não for compatível, deverá ser alvo de revogação, uma vez que não seria recepcionada pela alteração constitucional (TAVARES, 2020, p. 283).

2.1. Recepção ou não dos tratados internacionais DE direitos humanos anteriores à Emenda Constitucional n. 45/2004

[2] Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2. Ministro Paulo Brossard, definiu que a norma sendo anterior à Constituição e com ela incompatível ela é revogada pela norma constitucional e não inconstitucional.

Independente da corrente adotada acerca do status dos tratados, todas concordam com seu caráter materialmente constitucional, com fundamento nos artigos 1º, III, art. 4º, II, art. 5º § 1º e 2º, 60, § 4º, IV. Isto ocorre em razão da importância da proteção aos direitos humanos na Constituição de 1988 e dos tratados internacionais, logo possuem natureza materialmente constitucional (SILVA, 2014, p.285). Com o advento do §3º, do art. 5º, da Constituição de 1988, a posição acima referida foi reforçada, tendo em vista que a doutrina considera como uma norma interpretativa (LAFER, 2005, p. 16.) O dispositivo introduziu um rito diferenciado de inclusão de tratados a fim de atribuir equivalência à emenda constitucional, desde que aprovados por 3/5 dos membros em dois turnos em cada casa legislativa.

Piovesan (2018, p. 160-161) entende que com o advento do referido dispositivo, ocorreu a positivação no texto constitucional da existência de tratados internacionais sobre direitos humanos tanto do ponto de vista material quanto formal e materialmente constitucionais. Aqueles tratados de natureza apenas materialmente constitucional, seriam aqueles não aprovados, nos moldes do art. 5, §3º, da Constituição Federal. Já os tratados formal e materialmente constitucionais seriam aqueles aprovados em consonância do novo procedimento. Aqueles tratados anteriores ao advento da Constituição, na lição de Pereira (2018, p. 60), quando se referirem a normas de direitos humanos foram recepcionados em 1988, ganhando fundamento no art. 5º, § 2º, da Constituição, passando a ter o mesmo status daqueles incorporados pós 1988 (LAFER, 2005, p. 16). Do mesmo modo aqueles ratificados no lapso de tempo entre o início da nova ordem e a inclusão do § 3º, foram por este recepcionados, já que o dispositivo não traz restrições aos tratados anteriores, bem como inclui apenas questões formais para incorporá-los com equivalência a emenda, sendo, portanto, recepcionadas com tal status (TAVARES, 2005, pg. 47-48).

Sarlet (2021, p. 129), ao contrário, afirma que "não há como se aplicar nesse caso o argumento da recepção quando se trata de procedimento legislativo distinto ainda que haja compatibilidade material". Na mesma direção Mazzuoli (2019, p. 1300), considera como não aplicável a recepção dos tratados sobre direitos humanos, pois o §3º, do art. 5º, não traz exigência que todos os tratados sejam assim incorporados, e sim dá ao Congresso a opção de adotar este procedimento.

Ocorre que o fenômeno da recepção não se restringe a uma única possibilidade (TAVARES, 2020, p. 297), como pode ser visto no caso do Código Tributário Nacional, já que a Constituição trouxe a exigência de lei complementar para tratar leis gerais tributárias, dando ao legislador a escolha de elaborar uma nova legislação para tratar da matéria ou valer-se da antiga através de sua recepção, tendo se optado por valer-se das normas já existentes.

Portanto, o objetivo da recepção é evitar o engessamento estatal através da eliminação da necessidade de criação de nova norma, permitindo a incorporação daquela pré-constitucional com roupagem na nova Constituição, ou seja, com fundamento nesta (RAMOS, 1994, p. 76).

É inegável que a Emenda 45/2004 ao introduzir o §3º, no art. 5º, trouxe um novo procedimento a fim de atribuir de forma inquestionável o caráter constitucional aos tratados internacionais. E ao contrário do que defende Sarlet e Mazzuoli, a emenda acabou por facilitar a criação do direito permitindo a recepção de todos os tratados anteriores, evitando o engessamento do Estado ao ter de reanalisar os tratados já ratificados e incorporados.

Entendimento contrário a este, como o adotado pelo Supremo no sentido de que os tratados internacionais sobre direitos humanos anteriores à Emenda Constitucional nº 45 possuem apenas hierarquia supralegal não pode prevalecer, vez que provoca uma guinada na interpretação em sentido contrário a matriz constitucional protetiva, incorrendo, assim, em ativismo judicial ceifador de direitos humanos, por adotar dentre as interpretações cabíveis, aquela que contraria o texto constitucional, ignorando assim o papel do judiciário na concretização de direitos humanos (THAYER, 1893, p. 134), e gerando contradição entre normas constitucionais (CANOTILHO, 1993, p. 226).

Além disso a posição do Supremo supra citada pode causar anacronismo, uma vez que o Brasil se encontra em vias de ratificar o protocolo facultativo ao Pacto Internacional De Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela ONU, em 10 de dezembro de 2008, o qual se vier a ser ratificado, nos moldes do parágrafo terceiro do artigo quinto da Constituição Federal passará a gozar de status equivalente a Emenda Constitucional, ao passo que o próprio Pacto Internacional De Direitos Econômicos, Sociais e Culturais possui status supralegal.

A adoção da recepção dos tratados internacionais sobre direitos humanos com status equivalente à Emenda Constitucional, não obstante se trate, a *prima facie*, apenas de mera digressão teórica, é de vital importância para conferir robusteza a tais normas, já que por não terem hierarquia constitucional reconhecida poderão ser objeto de denúncia pelo executivo, o que implicaria em retrocesso no que tange as normas de direitos humanos, posto que não seriam mais protegidas. Por outra parte, se reconhecida a natureza constitucional estariam inseridas dentre nas cláusulas pétreas, não podendo ser suprimidas nem pelo constituinte derivado (PIOVESAN, 2018, p. 161)

Por tais razões, entende-se que se deve reconhecer a recepção dos tratados sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil no período pré-1988, bem como aqueles posteriores, mas anteriores a Emenda 45/2004 pelo § 3º, do art. 5º – ao menos como tese subsidiária no caso

deste dispositivo ser considerado constitucional, consoante será abordado nos capítulos seguintes – conferindo-os status de norma constitucional e, também, de cláusula pétrea.

3. A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 5º, §3º, DA CONSTITUIÇÃO

A Constituição prevê em seu art. 5º, §2º que "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". A Constituição deixa clara a escolha do constituinte originário ao trazer um rol exaustivo e não taxativo de direitos fundamentais (FERRAZ FILHO, 2019, p. 52).

Tal artigo, como referido, cuja redação foi proposta por Cançado Trindade (1998, p. 44), teve como finalidade a incorporação direta e imediata destas normas com nível de norma constitucional. A sugestão fora aceita e a Constituição promulgada, com seu art. 5º, §2º, considerado como uma cláusula de abertura a incorporação de novos direitos e garantias fundamentais, expandindo o rol existente (BRANT; FRANCO, 2009), gerando uma abertura na lei suprema, ao positivar o princípio da não tipicidade constitucional, conforme adotado no Recurso Extraordinário n. 349.703 (SARLET, 2018, p. 551).

Tal cláusula é o fundamento utilizado por aqueles que sustentam o status constitucional aos tratados sobre direitos humanos, pois permite a abertura da ordem jurídica A tais normas, dando eficácia à prevalência dos direitos humanos (BULOS, 2009, p. 237). A ideia segundo a qual o § 2º se trata uma cláusula de abertura ante a impossibilidade de o constituinte prever todos os direitos que deveriam constar no rol constitucional, não pode ser questionada, sob pena de se esvaziar o dispositivo (PIOVESAN, 2018, p. 132), transformando-o em norma sem eficácia jurídica alguma, equiparando-o ao preâmbulo da Constituição. Entender de forma diversa, é dar efetividade mínima a norma (MIRANDA, 1991, p. 260), se não lhe tirar toda função útil, tornando-a aquilo que Lassale (2001, p.68) considera como uma mera folha de papel.

Para solucionar a controvérsia acerca do status de incorporação dos tratados, o Ministro Celso de Melo propôs, a Comissão Especial da reforma do judiciário o acolhimento de uma das correntes no Projeto de Emenda à Constituição 96/1992, a qual veio a se tornar a Emenda Constitucional 45/2004. Com sua promulgação fora incluído, o §3º, do art. 5º que prevê a equivalência à Emenda à Constituição das normas aprovadas sob seu rito.

Este dispositivo é visto, por Celso Lafer (2005, p. 16), com finalidade declaratória, servindo apenas como uma norma procedimental de aprovação. Em sentido contrário, há quem

entenda que tal artigo é o único com aptidão para conferir status constitucional aos tratados sobre direitos humanos, colocando as demais em um novo degrau hierárquico, abaixo da Constituição e acima da legislação infraconstitucional, surgindo daí a tese da supralegalidade (MENDES; BRANCO, 2017, p. 129).

O Supremo ao avaliar o dispositivo no Recurso Extraordinário n. 466.343 atribuiu eficácia constitucional apenas aos tratados promulgados após a Emenda Constitucional n. 45/2004 e sob aqueles moldes, acabou por rechaçar a posição dos tratados anteriores a esta, bem como daqueles não aprovados nesses termos, o que enseja diversas discussões no campo da (in) constitucionalidade.

3.1. Limites ao poder de reforma

O poder constituinte derivado tem como fundamento a possibilidade de alteração do texto constitucional, a fim de que esta não se torne um documento vazio, ou seja, como afirmou Lassalle uma mera folha de papel (2001, p. 68), todavia essa possibilidade de alteração da Constituição encontra limites, nas disposições estabelecidas pelo constituinte originário sob pena de incorrer em inconstitucionalidade (BACHOF, 1994, p. 52). Tais limites consistem em limitações de ordem temporais, circunstanciais, formais e materiais. O estudo leva em consideração as limitações materiais que podem ser explícitas e implícitas (BARROSO, 2020, p. 60).

O fundamento de existência dos limites materiais encontra validade na necessidade de preservação de sua identidade (HÄRBELE,2004, p. 125). No cenário nacional, os limites explícitos são conhecidos como cláusulas pétreas previstas no art. 60, §4º, da Constituição.

Os limites implícitos[3] são aqueles cuja subtração ou restrição poderiam implicar na ruína do Estado (ROCHA, 1193, p. 179). Tais limites existem mesmo quando houver previsão de cláusulas pétreas. Existem quatro tipos de limitações implícitas (SAMPAIO, 1954, p. 93): “a) as relativas aos direitos fundamentais; b) as concernentes ao titular do poder constituinte; c) as relativas ao titular do poder reformador; d) as relativas ao processo da própria emenda ou revisão constitucional”. Ao presente estudo interessam as limitações materiais expressas do art. 60, §4º, IV, e as restrições implícitas referentes aos direitos fundamentais (SARLET, 2006, p. 59) e aquelas atinentes ao próprio processo de emenda.

[3] Em sentido favorável BARCELLOS (2020, p. 103). Em sentido contrário: FERREIRA FILHO (1995, p. 14).

Parece indevido e no mínimo incoerente que um poder constituído legisle sobre sua própria competência (SIEYÈS, 1986, p. 115), como ocorreu com o Ato Institucional n. 5 (BAROSSO, 2020, p. 175). Tal limite não foi observado pelo constituinte derivado quando da elaboração do §3º, do art. 5º, pois o dispositivo trata da possibilidade de tais normas serem equivalentes a emenda constitucional, vez que viola os limites do poder de reformar, pois, somente o constituinte originário poderia ter estabelecido este rito.

A doutrina diverge acerca do limite implícito atinente aos direitos fundamentais, pois considera que já estariam previstos como limites materiais expressos no art. 60, § 4º, IV (BAROSSO, 2020, p. 175). Ocorre que este se limitou a indicar como núcleo duro os direitos e garantias individuais, deixando que direitos de outra natureza fossem excluídos, ainda que mereçam a mesma proteção.

Assim fica evidente que o art. 5º, §2º, da Constituição se enquadra indiscutivelmente como direito fundamental, tanto pela sua posição sistêmica na norma no título II "Dos direitos e garantias fundamentais", como pelo seu conteúdo, já que é tido como o direito a ter novos direitos embora o qual foi nitidamente violado pelo parágrafo 3º (LOPES, 2005). Assim, considerando que o §2º integra o núcleo duro da Constituição, encontra-se incluído no bloco de constitucionalidade, ou seja, o conjunto de normas que servem de parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis (MAZZUOLI, 2014, p. 198). Em suma, o §3º ao restringir a incorporação de tratados internacionais sobre direitos humanos violou a própria cláusula de abertura de seu parágrafo antecedente, incorrendo em vício de matéria, consequentemente em sua inconstitucionalidade (SGARBOSSA, 2005).

3.2. Dignidade da pessoa humana como schranken-shranken

O princípio da dignidade da pessoa humana, referenciada nas constituições mundo afora (FERRAJOLI, 2002, p. 338), é responsável pela aproximação do direito constitucional com o direito internacional (FRIEDRICH, 2008, p. 21). Dada a sua importância o Tribunal Constitucional Federal Alemão entendeu que possui natureza de norma eterna, declarando-a como um limite implícito aos poderes de reforma à Constituição. A noção de dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado brasileiro ocorreu com o advento da Constituição 1988 (SARLET, 2018, p. 124).

Segundo Canotilho (CANOTILHO, 1993, p.225), A dignidade passou a ter uma nova dimensão, a de que o Estado existe em função do indivíduo e não o contrário. Do princípio da dignidade são extraídos os demais direitos fundamentais (BARROSO, 2020, p. 186). Como

assegura Bonavides (BONAVIDES, 2001, p. 233), a dignidade humana é um super princípio, é a tradutora da matriz constitucional, conferindo unidade e sentido ao Estado Democrático Social de Direitos. Além de ser o cerne da nossa Constituição, tem valor interpretativo do sistema jurídico, e funções diretas de ordem negativa e positiva (PÉREZ LUÑO, 1995, p. 292-318).

A função positiva estabelece os deveres ou tarefa do Estado no sentido de efetivar os direitos sociais (SARLET, 2009, pgs. 121-122). A função negativa consiste em garantir os direitos de liberdade, ambos deveres têm como razão justificativa a proteção da dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade humana pode também ser utilizado como limitador dos direitos fundamentais. Tal limitação ocorre através da ponderação em caso de colisão entre princípios fundamentais, cuja solução deve ser resolvido considerando o critério da proporcionalidade e da dignidade humana (SARLET, 2009, p. 129). Por fim, a dignidade desempenha o papel de *Schankren-Shankren*, ideia oriunda do direito germânico, segundo a qual a dignidade desempenha o papel de limite desses limites (SARLET, 2018, p. 129). como não existirem direitos absolutos, a dignidade funciona como limite dos limites (SARLET, 2018, p.129).

Entende-se que a introdução do §3º, da Emenda à Constituição n. 45/2004, implicou em nítida redução da cláusula de abertura constante no §2º, do art. 5º, por reduzir as chances de incorporação de tratado com status constitucional, e consequentemente, como cláusulas pétreas.

A sua vez os tratados aprovados com anterioridade caso não recepcionados pela emenda, seriam excluídos de sua hierarquia constitucional, redundando em violação à dignidade como forma de proteção, em sua dimensão negativa (SARLET, 2015), pois tal a restrição operou-se em sentido contrário ao princípio supremo, ceifando o cerne do §2º, tornando-o sem propósito. Não há como respaldar a emenda também pela atuação da dignidade como limite dos limites, pois negar o caráter constitucional do §2º como feito, implica em negar a própria existência do "direito a ter direitos" e ferir a dignidade de forma desproporcional (SCHOLLER, 1999x, p. 101). Portanto, se verifica que há inconstitucionalidade da norma por violação à dignidade da pessoa humana como restrição dos limites, ocasionando nítido retrocesso as normas protetivas (SGARBOSSA, 2005).

CONCLUSÃO

A partir do tema de pesquisa proposto, com base na análise de legislação e doutrinaria conclui-se que o art. 5, §3º, da Constituição Federal, é inconstitucional tendo em vista que viola

os limites materiais implícitos referentes ao processo de Emenda à Constituição, pois usurpou a usurpou a competência do originário ao conferir equivalência à emenda à Constituição a tratados de direitos humanos e o limite implícito atinente aos direitos fundamentais, além do limite previsto no art. 60, §4º, da Constituição, já que com o advento do parágrafo terceiro restringiu a possibilidade de inclusão de novos direitos fundamentais pelo art. 5º, §2º, ferindo de morte seu núcleo, a dignidade.

A dignidade da pessoa humana apresenta diversas funções em nosso ordenamento jurídico, dentre as quais atuar como limite dos limites, aquilo que a doutrina germânica denominou de schranken-shranken, que, no caso, foi violada pela Emenda n. 45/2004, que ao introduzir no art. 5º, o § 3º, reduziu a cláusula de abertura a novos direitos fundamentais, em flagrante violação do papel de limites da dignidade, ou seja, o núcleo essencial desses direitos foi esgotado pela restrição imposta pela reforma, resultando em grave retrocesso no que tange à proteção da dignidade.

Por outra parte, ainda que se considere a constitucionalidade do dispositivo do art. 5º, §3º da Constituição, isto, implicaria o dever de recepcionar com status constitucional e equivalência à Emenda Constitucional, os tratados internacionais de direitos humanos por força do art. 5º, § 2º, que já os atribuía status materialmente constitucional, garantindo-lhes apenas o status formal pelo fenômeno da recepção, sob pena de violação a dimensão negativa o princípio da dignidade da pessoa humana.

Em suma, entende-se que os tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao direito interno possuem status constitucional – apesar da existência de defensores das teses da supraconstitucionalidade, da equivalência à lei ordinária, da supralegalidade e da pro ser humano – uma vez que esta é a única que retrata a cláusula de abertura do art. 5, §2º, da Constituição Federal, bem como o papel garantidor de direitos humanos do texto constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALTHAZAR. Ubaldo Cesar; STEIN, Jaqueline da Silva. Da recepção do art. 104 do Código Tributário Nacional pela Constituição Federal: análise sobre sua validade, vigência e eficácia. **Constituição, Economia e Desenvolvimento.** Revista da ABDConst. Curitiba, 2015, vol. 7, n. 13, Jul.-Dez. p. 605-619, pg. 607.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais**. Tradução de José Manuel M. Cardoso da Rosa. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 1994.

BARCELLOS, Ana Paula. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**, 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BIDART CAMPOS, German J. **Teoría General de los Derechos Humanos**. Buenos Aires: Astrea, 1991.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Apresentação de Celso Lafer. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. 7ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 5ª ed. Brasília: UnB, 1994.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da democracia participativa.** São Paulo: Malheiros, 2001.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira; e Franco, Karuba Marzano. Art. 5º, parágrafos 1º a 3º, do Capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos. In: **Comentários à Constituição Federal de 1988**. (Coord.) Paulo Bonavides [et.al]. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, Distrito Federal: Senado, 1988.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

DANTAS, Paulo Roberto Figueiredo. **Direito processual constitucional.** 8. Ed., São Paulo: Saraiva 2018.

ELEFTHERIADIS, Pavlos, The Standing of States in the EU. **Transnational constitutionalism: international and european modes**. (Ed.) Nicholas Tsagourias, ed., Cambridge: Cambridge University Press, Forthcoming, Oxford Legal Studies Research Paper No. 36/2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Diritti fondamentali** – Um dibattito teórico, a cura di Ermanno Vitale. Roma: Bari, Laterza, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990, V. 1.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Significação e alcance das cláusulas pétreas**. Revista de Direito Administrativo, 202:11, 1995.

FERRAZ FILHO, José Francisco Cunha. In **Constituição Federal Interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. (Org) Costa Machado. (Coord) Anna Candida da Cunha Ferraz. 10. ed. - Barueri: Manole, 2019.

FIGUEIREDO, Marcelo**.** La internacionalización del orden interno em clave del derecho constitucional transnacional. In: (Coords.) BOGDANDIY, Armin; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales. **Estudos avançados de direitos humanos: democracia e integração jurídica**: emergências de um novo direito público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais**: Limites e Restrições, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FRIEDRICH, Tatiana Scheila. **Proteção dos Direitos Humanos**: Constitucionalização do Direito Internacional ou Internacionalização do Direito Constitucional? RBDI, v. 8, n. 8, 2008. Disponível em http://revistas.ufpr.br/dint/article/view/16128/10846.

HÄRBELE, Peter. **L'État constitutionnel**. Tradução de Marielle Roffi. Aix-en-Provence-Paris: Presses Universitaires d'Aix-Marseille Economica, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992. Tradução de General Theory of Law and State (Col. Ensino Superior).

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

LASSALLE, Ferdnand. **O que é uma Constituição?** Belo Horizonte: Líder, 2001.

LOPES, Anselmo Henrique Cordeiro. **A força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos e a Emenda Constitucional n. 45/2004.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 549, 7 jan. 2005. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/6157. Acesso em: 05.06. 2021.

MARTINS, Ana Maria Guerra. **Curso de Direito Constitucional dos Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 9. ed. São Paulo: Forense, 1980.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **A incorporação dos tratados internacionais sobre o meio ambiente no ordenamento jurídico brasileiro**. Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia-MG, v. 33, n.1/2, p. 79-103, 2005.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Método, 2014.

MELLO, Celso Renato Duvivier de Albuquerque. **Responsabilidade internacional do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**: O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 12. ed. ver. e atualizada – São Paulo: Saraiva, 2017.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1991. v. 2.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 43. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, Carmem Letícia da Maia**. A hierarquia supraconstitucional dos tratados de direitos humanos e o controle de convencionalidade de normas da constituição.** Orientadora: Danielle Pamplona. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2018.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 18. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2018.

RAMOS, Elival da Silva. **A Inconstitucionalidade das Leis**: Vício e Sanção. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e mudança constitucional**: limites ao exercício do poder de reforma constitucional. Revista forense, v. 89, n. 324, p. 23-39, out./dez. 1993. Revista de informação legislativa, v. 30, n. 120, p. 159-186, out./dez. 1993.

SAMPAIO, Nelson de Souza. **O poder de reforma constitucional**. Bahia: Progresso. 1954.

SANGÉS, Néstor Pedro**.** El "control de convencionalidad" como instrumento para la elaboración de un ius commune interamericano. In: **La Justicia Constitucional y su internacionalización¿Hacia un ius contitutionale commune en América Latina? (**Coord.) BOGDANDY, Armin Von, MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer, ANTONIAZZI, Mariela Morales. Tomo II. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Unam. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13ª Ed. rev. e atual. 2. tir., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. A reforma do judiciário e os Tratado Internacionais de Direitos Humanos: Observações sobre o §3º, do Art. 5º, da Constituição. In: **Interesse Público** – Ano 8, n. 37, maio/junho de 2006 – Porto Alegre: Notadez, pgs. 46 a 65.

SARLET, Ingo Wolfgang. Art. 5º, §2º, do Capítulo I - Dos direitos e deveres individuais e coletivos. In **Comentários à Constituição do Brasil**. J.J Gomes Canotilho Et. al. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, 7. ed. Rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Integração dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro**. Consultor Jurídico. mar. 2015. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-mar-27/direitos-fundamentais-integracao-tratados-direitos-humanos-ordenamento-juridico#_ftn1. Acesso em 05 de junho de 2021.

SGARBOSSA, Luís Fernando**. A Emenda Constitucional nº 45/04 e o novo regime jurídico dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos**. Revista Jus Navigandi, 2005.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**: que é o terceiro Estado? Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.

SIGNORINI, Terezinha de Jesus de Souza. **A recepção de tratados internacionais sobre direitos humanos no Brasil após a Emenda Constitucional n. 4**. Revista Eletrônica do

CEJUR/Universidade Federal do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Direito, V.1, n3 ago./dez. 2008 , Curitiba : UFPR, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. Rev. Atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Chiara Michelle Ramos Moura, **Noções introdutórias de hermenêutica jurídica clássica**, 2014. Disponível em Âmbito Jurídico <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-126/nocoes-introdutorias-de-hermeneutica-juridica-classica/>. Acesso em 02.06.2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**, 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional.** 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

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

THAYER, James Bradley. **The Origin and scope of the american doctrine of con-stitutional law**. Harvard Law Review, n. 129, 1893.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado, **A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos**, in Arquivos do Ministério da Justiça, ano 46, n. 12, jul./dez. 1993.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional**. In: Arquivos de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.