

O STF E A HIERARQUIA ENTRE DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Carolina Machado Cyrillo da Silva¹

1 – Introdução; 2 – Sobre a hierarquia das normas e a supremacia da Constituição; 3 – Direitos Humanos e Direitos Fundamentais; 4 – O Supremo Tribunal Federal e a tese da posição hierárquica dos Tratados Internacionais em matéria de Direitos Humanos e o § 3º do Art. 5º da Constituição incluído pela EC nº 45; 5 – Considerações finais; 6 – Bibliografia.

1 INTRODUÇÃO

A reforma da Constituição Federal Brasileira de 1988, ocorrida através da Emenda Constitucional nº 45 de 30 de dezembro de 2004 (de agora em diante EC/45), conhecida como “reforma do poder judiciário”, introduziu no ordenamento jurídico brasileiro regra que não diz respeito à reforma do judiciário, mas sim a estrutura das regras no Brasil, em especial com a introdução do § 3º no art. 5º da Constituição, que levou a seguinte redação: Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Com o acréscimo do referido parágrafo veio a baila a discussão sobre a posição hierárquica das normas no ordenamento brasileiro, em especial no que diz respeito a possível inconsistência do sistema no que concerne a prevalência dos direitos humanos na Constituição Brasileira, exposto no art. 4º da Constituição Federal, e a tese ventilada pela dogmática brasileira sobre a impossibilidade de inclusão através do Constituinte de reforma (emenda Constitucional) de Direitos Fundamentais com a mesma força daqueles advindos do Constituinte originário,

¹ Mestra em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e professora da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 1 – Jan./jun. de 2016	Trabalho 05 Páginas 68-80
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

bem como, a posição do Supremo Tribunal Federal (de agora em diante apenas STF), por maioria, de que os instrumentos de Direito Internacional do Direitos Humanos vigentes na entrada em vigor EC/45 apenas ingressam no ordenamento jurídico na condição de normas infraconstitucionais (ainda que supralegais), endossando a tese de que, admitir que os tratados internacionais de direitos humanos criam regras de hierarquia Constitucional, seria equivalente a admitir que regras estranhas ao sistema Constitucional Brasileiro tem o condão de modificar e/ou alterar as regras Constitucionais através de fonte externa, inclusive impondo a necessidade de verificação de todos os mecanismos de controle de constitucionalidade (ou de convencionalidade) para os referidos instrumentos .

Portanto, o que se pretende propor é a discussão sobre o status do Direito Internacional dos Direitos Humanos na Constituição Brasileira, enfrentando os argumentos sobre a hierarquia das normas no ordenamento jurídico brasileiro.

2 SOBRE A HIERARQUIA DAS NORMAS E A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

Para o positivismo jurídico os indivíduos só possuem direitos jurídicos na medida em que estes tenham sido criados por decisões políticas ou práticas sociais expressas. O positivismo proposto por H.L.A Hart se caracteriza por dar legitimação à validade das regras através dos atos das instituições públicas nos padrões constitucionais aceitos por determinada comunidade por elas governada. A este padrão máximo H.L.A Hart chama regra de reconhecimento. A regra de reconhecimento está diretamente relacionada à validade das outras regras do sistema (regras primárias e regras secundárias), sendo a regra de identificação do sistema jurídico.

Todo sistema de normas e de atos jurídicos é, ao mesmo tempo, hierarquizado e dinâmico. Ele é hierarquizado porque os atos jurídicos adquirem validade a partir de sua conformidade a normas jurídicas, que dependem por sua vez de outras normas, e assim por diante, até atingir-se a norma fundamental, que não tem justificação jurídica, mas é pressuposta por todas as normas e todos os atos jurídicos do sistema. Um sistema de direito difere de um sistema formal,

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 1 – Jan./jun. de 2016	Trabalho 05 Páginas 68-80
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

segundo Hans Kelsen , porque ele não é estático, mas dinâmico. Efetivamente, as normas inferiores e os atos jurídicos não podem ser deduzidos de normas que condicionam sua validade, mas que fornecem unicamente o quadro dentro do qual as normas inferiores, bem como os atos jurídicos que as aplicam, podem inscrever-se validamente.

Nesse sistema hierarquizado de normas dos sistemas jurídicos estatais jaz no centro, como ensina Raúl Gutavo Ferreyra, a regra constitucional. Por sua vez, a supremacia da Constituição é o postulado no qual se assenta o próprio direito constitucional contemporâneo, oriundo da experiência americana, e assim a constituição goza de superioridade jurídica em relação as demais normas do sistema jurídico, e, por consequência, nenhuma norma ou ato jurídico pode subsistir validamente no sistema se for incompatível com a mesma.

Para Germán Bidart Campos dizer que a Constituição goza de supremacia significa dizer duas coisas possíveis, a saber: a) que a Constituição material é a base ou fundamento que dá efetividade e funcionalidade à ordem jurídico-político de um Estado; ou, b) que a Constituição no sentido formal por estar revestida de superlegalidade e supremacia impõe como dever-ser que todo o mundo jurídico inferior a ela seja congruente e compatível.

A prova dessa superioridade pode ser encontrada na existência de mecanismos de controle da constitucionalidade das demais regras do sistema através do que se conhece como jurisdição constitucional.

Contudo, resta esclarecer se existe hierarquia de normas jurídicas intraconstitucional, ou seja, se dentro de uma mesma Constituição alguma norma tem status mais elevado que as demais, ou se tais regras, como explica Alf Ross exercem a função de norma básica de um sistema de direitos e portanto imodificáveis mediante procedimento jurídico.

Para tal exposição é interessante exemplificar os casos de constituições como a Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, que possuem normas jurídicas imodificáveis. Na Constituição brasileira existe um núcleo duro de normas que não podem sofrer reforma, tampouco supressão e exercem a

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 1 – Jan./jun. de 2016	Trabalho 05 Páginas 68-80
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

função de “coto vedado”, isto é, são direitos que estão excluídos da negociação parlamentar da reforma constitucional.

São as chamadas pela doutrina brasileira de “cláusulas pétreas”. Luis Roberto Barroso discorrendo sobre o tema esclarece que existe na norma constitucional brasileira um âmbito de superrigidez material, mas que tal não acarreta de posição hierárquica superior dessas normas, mas sim que as mesmas tem uma proteção especial por seu status político. Superioridade política, mas não jurídica. Tal posição baseia-se na legitimidade do poder constituinte originário, como poder livre, ilimitado, soberano, político e essencialmente democrático. Seguramente assenta sua posição em importante precedente do STF do ano de 1996, onde o então Ministro Moreira Alves sustenta que as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para questionar normas Constitucionais.

Por outro lado, a tese básica predominante do STF, parece ir de encontro a tese do novato membro da Corte Luis Roberto Barroso e da antiga composição do STF.

Gilmar Mendes em recente debate sobre a posição hierárquica das regras no sistema jurídico brasileiro, engendrada em polêmica discussão sobre a possibilidade de inclusão de direitos fundamentais através de reforma assim dispôs:

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES “Não podemos falar de cláusula pétrea, Ministro, de norma posta por emenda constitucional.”

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Todo o direito fundamental, ainda que por arrastamento, é cláusula pétrea.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Desculpe-me, Ministro, não é assim que a doutrina trata a cláusula pétrea. Não. Normas que são introduzidas por emenda constitucional não são cláusulas pétreas

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Vossa Excelência que falou que foi colocado por emenda. Por emenda constitucional, obviamente não é cláusula pétrea.

A SENHORA MINISTRA CÂRMEN LÚCIA - E acrescentar os direitos fundamentais nas cláusulas pétreas, não, Ministro?

A SENHORA MINISTRA CÂRMEN LÚCIA - Mas o que for acrescentado como direito fundamental no artigo 5º não se torna cláusula pétrea?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não. Também não.

A SENHORA MINISTRA CÂRMEN LÚCIA - Por emenda constitucional?

GILMAR MENDES - Também não. Há uma vasta doutrina em torno desse assunto.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 1 – Jan./jun. de 2016	Trabalho 05 Páginas 68-80
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

É fato que Gilmar Mendes, acompanhado de Paulo Gonet Branco e Inocêncio Coelho Oliveira consigna o seguinte:

Se o poder constituinte de reforma não pode criar cláusulas pétreas, o novo direito fundamental que venha a estabelecer – diverso daqueles que o poder constituinte originário quis eternizar – não poderá ser tido como um direito perpétuo, livre de abolição por emenda subsequente.

Em outras palavras os autores parecem dizer que, ainda que uma emenda constitucional crie direitos fundamentais, tais direitos fundamentais serão diversos daqueles criados pelo poder constituinte originário, que na dicção do § 4º do art. 60, da Constituição não podem ser objeto de deliberação tendente a abolição por emenda Constitucional. Ou seja, existirão no ordenamento jurídico brasileiro duas classes de direito fundamentais, a saber: aqueles que não poderão ser objeto de emenda tendente a sua abolição (os direitos fundamentais postos pelo poder constituinte originário) e os direitos fundamentais que podem ser objeto de deliberação e supressão, postos pelo Constituinte de reforma.

Daí surge a primeira inquietação: se os tratados internacionais em matéria de direitos humanos ingressam no ordenamento jurídico, quando submetidos aos quórum previsto no parágrafo 3º do art. 5º, com força de Emenda Constitucional, os direitos neles reconhecidos ingressam no ordenamento brasileiro como direitos criados pelo poder constituinte de reforma e, portanto, são direitos possíveis de revogação, abolição ou supressão por nova emenda constitucional, o que parece conflitar, *prima facie* a prevalência dos direitos humanos na Constituição Brasileira, exposta no art. 4º da Constituição Federal.

3 DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais, como bem ensina Norberto Bobbio, são direitos históricos, pois surgem a partir de determinado contexto social e cultural da humanidade, nascendo de forma gradual, modificando-se e desaparecendo conforme as necessidades existentes nas sociedades em um dado momento. Assim foi com o surgimento dos direitos de liberdade (ou direitos de primeira geração/dimensão), dos direitos sociais ou prestacionais (ou direitos de segunda

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 1 – Jan./jun. de 2016	Trabalho 05 Páginas 68-80
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

geração/dimensão), dos direitos de solidariedade (ou direitos de terceira geração/dimensão) e assim será com os demais direitos que a humanidade eventualmente considerar como sendo fundamentais no decurso de sua história.

Por sua vez para Ingo Sarlet direitos fundamentais são os direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito Constitucional positivo de determinado Estado; a expressão ‘direitos humanos’, por sua vez, ‘guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem Constitucional e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)’. Os direitos naturais não se equiparam aos direitos humanos uma vez que a positivação em normas de direito internacional já revela a dimensão histórica e relativa dos direitos humanos.

Assim sendo, quando da ocorrência desta correlação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, emerge então o que Flávia Piovesan chama de Direito Constitucional Internacional, subentendendo-se aquele ramo do direito na qual se verifica a fusão e a interação entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional. Esta interação assume um caráter especial quando estes dois campos do direito buscam resguardar um mesmo valor.

Por certo, um traço que difere os dois planos é a fonte de sua criação, ou origem, os direitos fundamentais como expressão da fonte estatal e o direito internacional dos direitos humanos de fonte supra estatal (ou até universal). No entanto, o enfrentamento da correlação entre as duas fontes de produção de normas e as possíveis inconsistências dos sistemas normativos, ocorrem quando as Constituições Contemporâneas estabelecem em suas regras estatais disposições normativas concernentes ao direito internacional dos direitos humanos, ou quando as mesmas constituições incorporam ou estabelecem status constitucional às regras advindas de fontes supra estatais, através de seus próprios mecanismos de criação jurídica.

Ensina Raúl Gustavo Ferreyra, que o século XXI obrigará uma atualização da própria definição do conteúdo do Direito constitucional, dado de que

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 1 – Jan./jun. de 2016	Trabalho 05 Páginas 68-80
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

sua “internacionalização” parece inevitável. Por esta razão, discorre o jurista argentino que se for reconhecida a existência de fontes de produção jurídica estatal e fontes de produção jurídica supra estatal, se estaria amortizando o peso da controvérsia e, conseqüentemente, o Direito internacional dos direitos humanos poderia hospedar-se no âmbito da noção de Direito Constitucional. Mediante esta construção “sistema constitucional” albergaria no seu sentido conceitual tanto as regras estipuladas no texto Constitucional estatal, como as que, existindo fora dela, tem também igual hierarquia e nível, mas não estão incorporadas em seu marco normativo, apesar de que algumas compartilham da primazia do sistema jurídico estatal.

Por certo, no que concerne a interação entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, a mais acertada proposta é a da reforma constitucional Argentina de 1994 quando através do art. 75, inciso 22, da Constituição Federal Argentina elevou ao status (hierarquia) Constitucional alguns tratados internacionais em matéria de Direitos Humanos. Segundo Raúl Gustavo Ferreyra há na doutrina Argentina, por exemplo, quem entenda que a reforma constitucional de 1994 incorporou no texto constitucional argentino mais de quatrocentas disposições jurídicas provenientes dos onze instrumentos de Direito internacional dos direitos humanos que gozam de hierarquia constitucional, segundo o enunciado do art. 75, inciso 22º, da Constituição Federal Argentina, consideram que as mesmas formam parte do sistema jurídico constitucional, no sentido acima delimitado. Por outro lado, há quem pense, como é o caso do referido autor, que as regras de Direito internacional dos direitos humanos não foram “incorporadas” senão que possuem “hierarquia constitucional”.

Aqueles que não são dotados de hierarquia Constitucional ficam definidos como superiores as leis, a hierarquia supralegal. De tal supralegalidade, como diz Germán Bidart Campos fica investido o direito de integração e o direito comunitário decorrente.

Por sua vez, no que diz respeito a Constituição Federal Brasileira de 1988, em sua redação original trouxe a regra do art. 5º § 2º que dispõe que os direitos e garantias expressos na constituição não excluem outros advindos de

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 1 – Jan./jun. de 2016	Trabalho 05 Páginas 68-80
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Diante desse dispositivo constitucional a doutrina passou a ser dividida nas seguintes vertentes a cerca da posição hierárquica do direito internacional dos direitos humanos: a) aqueles que entendem o status supraconstitucional; b) os que entendem o status constitucional; c) os que entendem o status supralegal, mas infraconstitucional; e d) os que entendem que tem status de lei ordinária (status legal).

Inspirada na reforma Argentina, emenda-se a Constituição de 1988 através da EC/45 para incluir o §3º no art. 5º e reconhecer a natureza constitucional das normas internacionais de direitos humanos, consagrando a doutrina do status Constitucional dos tratados, porém, dispondo que para receber o status Constitucional de emenda à Constituição os tratados devem vir aprovados através do quorum qualificado, impondo sua aprovação pelo Congresso Nacional nos limites formais que já vinham estampados no art. 60, § 2º do texto constitucional (forma de aprovação de emenda constitucional). Portanto, impondo que para que os tratados internacionais em matéria de direitos humanos ganhem o status Constitucional sigam a forma mais rígida de aprovação se comparada à forma de aprovação comum de Tratados, até então praticada (aprovação do Congresso Nacional, em conformidade com o art. 49, I da CF, ou seja, quorum de lei ordinária, ou seja, maioria simples).

Assim, se por um lado o dispositivo sedimentou a tese doutrinária de que as normas internacionais de direitos humanos têm hierarquia constitucional, por outro, gerou uma enorme gama de problemas de difícil solução, alguns que já vem sendo resolvidos pelo STF, que não esgotam o principal que quero propor:

a) aqueles tratados que porventura não obtiverem o quorum qualificado de aprovação, não terão natureza de norma constitucional? Ainda que o Brasil se pautar pela prevalência dos direitos humanos?

b) É possível a retroatividade da norma contida no art. 5º, § 3º em relação às normas internacionais de direitos humanos anteriormente ratificadas pelo Brasil?

Os dois problemas acima vem sendo solucionados pelo Supremo Tribunal Federal da seguinte forma:

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 1 – Jan./jun. de 2016	Trabalho 05 Páginas 68-80
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

4 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A TESE DA POSIÇÃO HIERÁRQUICA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS EM MATÉRIA DE DIREITOS HUMANOS E O § 3º DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO INCLUÍDO PELA EC Nº 45

O Plenário do Supremo Tribunal Federal no ano de 2008 decidiu que com a introdução do Pacto de São José da Costa Rica, que restringe a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia (art. 7º, 7), no ordenamento jurídico brasileiro restaram derogadas as normas infraconstitucionais definidoras da possibilidade de prisão do depositário infiel, revogando, portanto, a Súmula 619 do STF que autorizava a prisão do depositário infiel.

No julgamento prevaleceu a tese do status de supralegalidade, mas não do status Constitucional, do Pacto de São José da Costa Rica, tese que foi inicialmente defendida pelo Min. Gilmar Mendes no julgamento do RE 466343/SP, que faz a seguinte consideração:

De qualquer forma, o legislador constitucional não fica impedido de submeter o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica, além de outros tratados de direitos humanos, ao procedimento especial de aprovação previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição, tal como definido pela EC nº 45/2004, conferindo-lhes status de emenda constitucional.

No entanto, vale mencionar que no RE - 466343, o Min. Celso de Mello, embora tenha concluído pela inadmissibilidade da prisão civil do depositário infiel, defendeu a tese de que os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil teriam hierarquia constitucional e não status supralegal, pois destacou a existência de três distintas situações relativas a esses tratados: 1) os tratados celebrados pelo Brasil (ou aos quais ele aderiu), e regularmente incorporados à ordem interna, em momento anterior ao da promulgação da CF/88, revestir-se-iam de índole constitucional, haja vista que formalmente recebidos nessa condição pelo § 2º do art. 5º da CF; 2) os que vierem a ser celebrados pelo Brasil (ou aqueles que o Brasil venha a aderir) em data posterior à entrada em vigor da EC 45/2004 para terem natureza constitucional, deverão observar o procedimento do § 3º do art. 5º da CF, ou seja se submeterem ao quórum qualificado da emenda Constitucional; 3) aqueles celebrados pelo Brasil entre a promulgação da CF/88 e a superveniência da

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 1 – Jan./jun. de 2016	Trabalho 05 Páginas 68-80
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

EC 45/2004, assumiriam caráter materialmente constitucional, porque essa hierarquia jurídica teria sido transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade .

Assim, a discussão está em exigir ou não o cumprimento da formalidade de aprovação normativa requerida pelo art. 5º, §3º por parte das normas internacionais de direitos humanos internalizadas antes do advento da Emenda Constitucional n. 45.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal ainda não enfrentou o problema central da posição hierárquica dos instrumentos internacionais dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro, a saber, se eles encontram-se formalmente em posição hierárquica inferior aos direitos fundamentais estabelecidos pelo poder Constituinte originário.

É certo que negar a posição hierárquica constitucional plena aos instrumentos internacionais dos direitos humanos é negar a própria Constituição Brasileira, em especial o art.4º que dispõe que a organização jurídica Brasileira observará a primazia dos Direitos Humanos, neste sentido valem os ensinamentos sobre o tema de Germán Bidart Campos quando conclui que:

Si luego define la supremacía de la constitución respecto de él, incurre en una contradicción consigo misma o, al menos, en una incongruencia, porque niega la jerarquía que el próprio derecho internacional se atribuye como principio o norma general de su ordenamiento. La contradicción no se redime por decir – con acierto – que la constitución es la fuente primaria del orden jurídico estatal y que, como tal, escalona jerárquicamente sus distintos planos según decisión propia. Y no se redime porque sigue siendo incongruente que si se asume dentro del derecho interno al producto de la fuente internacional, se lo haga desvirtuando el principio básico del derecho internacional, que es el de su primacía.

Portanto, a prevalecer a posição doutrinária da tese da suprallegalidade mas da hierarquia inferior a Constituição, ou a tese da possibilidade de diferença entre norma constitucional advinda do poder originário e do poder de reforma , estar-se-ia considerando que mesmo com hierarquia constitucional o direito internacional dos direitos humanos não guardam o mesmo status de imutabilidade dado aos direitos fundamentais, em evidente posição hierárquica inferior dos primeiros em relação aos segundos.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 1 – Jan./jun. de 2016	Trabalho 05 Páginas 68-80
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do breve recorrido que se fez nas páginas precedentes e todo debate posto na doutrina e na jurisprudência sobre a posição hierárquica dos direitos internacionais dos direitos humanos feita no Brasil, após a inclusão do § 3º do art. 5 da CF, através da EC/45, segue um problema sem solução, a saber:

Mesmo que as normas de direitos internacionais dos direitos humanos sejam internalizadas através do quorum exigido para emenda Constitucional, na forma do § 3º do art. 5º, incluído pela EC/45, como solucionar a tese lançada por Gilmar Mendes, Paulo Gonet Branco e Inocêncio Oliveira de que o poder constituinte de reforma não pode incluir no ordenamento jurídico normas imodificáveis (cláusulas pétreas) e, portanto, os direitos fundamentais incluídos através de emenda Constitucional não tem a proteção de serem direito perpétuo livre de abolição por emenda subsequente?

Por dedução lógica, se os tratados internacionais em matéria de direitos humanos, pós EC nº 45, na forma do § 3º, do art. 5º, ingressam no ordenamento jurídico com status de reforma (equivalentes a emenda constitucional), os mesmos podem ser objeto de deliberação e/ou eliminação por emenda Constitucional superveniente, havendo nítida hierarquia entre os direitos fundamentais concebidos pelo poder constituinte originário (perpétuos, livres e imutáveis) e àqueles advindos das fontes de Direitos Internacionais de Direito Humanos, pois ingressam no ordenamento como emenda Constitucional e terão formalmente caráter inferior em relação aos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal pelo Poder Constituinte Originário, dado que, por virem da reforma, são possíveis de abolição por norma jurídica de reforma superveniente.

Em outras palavras, a prevalecer a tese acima, desenvolvida pela doutrina e usada no STF, os direitos internacionais dos direitos humanos jamais terão verdadeira hierarquia constitucional no âmbito do estado Brasileiro, pois, mesmo que tenham status Constitucional esse será um status constitucional precário, pois os direitos dali decorrentes poderão ser abolidos por nova emenda Constitucional. Assim, a prevalecer a tese dominante, existe nítida hierarquia formal

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 1 – Jan./jun. de 2016	Trabalho 05 Páginas 68-80
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

entre direitos fundamentais oriundos do poder Constituinte originário e o direito internacional dos direitos humanos no Brasil, pois esses na melhor das hipóteses, ganham a hierarquia equivalente as emendas constitucionais.

6 REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE MELLO, Celso. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal, in TORRES, Ricardo Lobo (org.) **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar.

ALCHOURRÓN, Carlos e BULYGIN, Eugenio. **Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales**. Buenos Aires: Astrea, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BIDART CAMPOS, Germán J. **Compendio de Derecho Constitucional**. Buenos Aires: Ediar, 2008.

BIDART CAMPOS, Germán J. **Manual de la Constitución reformada**. Buenos Aires: Ediar, 1997.

BIDART CAMPOS, Germán. **El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa**. Buenos Aires: Ediar, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. São Paulo: Campus, 2004.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERREYRA, Raúl Gustavo. Fundamentos Básicos de Direito Constitucional, in **Revista Superior de Justiça**. Vol I. Salvador: Leud, 2011.

FERREYRA, Raúl Gustavo. **Notas Sobre Derecho Constitucional y Garantías**. Buenos Aires: Ediar, 2008.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 1 – Jan./jun. de 2016	Trabalho 05 Páginas 68-80
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

HART, Herbert H.L. A. **O Conceito de Direito**, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

NINO, Carlos Santiago. **Fundamentos de derecho constitucional**. Buenos Aires: Asrea. 2005.

KELSEN, Hans. La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional) in **Escritos sobre la democracia y el socialismo**, Editorial Debate, Madrid 1988, tradução de Juan Ruiz Manero.

KELSEN, Hans. Les Rapport de Système entre le Droit Interne et le Droit International Public, in **RDC**, Paris, 1926, vol. IV, t. 14.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Coimbra: Aremnio Amado, 1979.

MANILI, Pablo Luis. **El bloque de Constitucionalidad. La recepción Del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino**. Buenos Aires, La Ley, 2003.

MENDES, Gilmar et all. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: IDP/Saraiva, 2007.

MORESO. José Juan. **La Constitución: modelo para armar**. Madrid: Marcial Pons, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito constitucional Internacional**. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

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

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 1 – Jan./jun. de 2016	Trabalho 05 Páginas 68-80
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com